



ARNOLDI
VINNII I. C.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM
COMMENTARIUS.

TOMUS SECUNDUS.

Sept 36
Andover 13
Vol 4th

ARNOLE
VINNIV

INSTITUTION
COMMENTARII

TOMUS SECVNDVS

ARNOLDI VINNII I.C.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM

COMMENTARIUS
ACADEMICUS ET FORENSIS.

EDITIO NOVA

IN USUM HISPANÆ IUVENTUTIS ADORNATA

*In qua Auctoris textus ad Batauricar. Edd. fidem exhibetur: Græca Latio
donatur: Patrii Iuris fontes, tum Ius ipsum & receptæ de eo in
praxi DD. Hispanorum opiniones singulis quibusque §§.
indicantur atque exponuntur-*

TOMUS SECUNDUS.



SUPERIORUM PERMISSU

VALENTIÆ

Apud BENEDICTUM MONFORT Typogr.

MDCCLXXXVI.

ARNOLDI VINNI J.C.
 IN LIBRUM TERTIUM
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
 ACADEMICUS ET FORENSIS.

TITULUS I.
DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. lib. 38. tit. 16. Cod. lib. 6. tit. 55. & 58. Nov. 118.

Ratio ordinis cum argumento tituli.


 Ecursis omnibus supremæ voluntatis partibus redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis propositis §. ult.

Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq. eum primo explicandum suscepit per quem hereditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento vel ab intestato. Quoniam igitur de hereditate ex judicio defuncti acquirenda hæcenus solum tractavit, cujus semper prior & potior causa est, l. 39. de adq. her. l. 89. de reg. jur. quod reliquum est ad tractationem illam absolvendam, de hereditate legitima seu ea quæ lege ab intestato deferatur pertexere prius voluit quam ad ceteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hereditates quæ ab intestato deferuntur eadem passim & lege deferri dicuntur nomenque legitimarum hereditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hereditas dici possit lege obvenire, l.

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 d. l. 130. Hinc etiam heredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. l. 70. & 77. de adq. her. l. 2. & tot. tit. ff. de suis & legit. her. Succeditur ab intestato vel ingenuis vel libertis. De ingenuorum successionem tractat priore loco: deinde de successionem libertorum, & demum tit. 8. Hoc autem titulo solum agitur de successionem 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 proceditur ut primi & statim post descriptionem intestati prodeant qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur,

tur, sui scilicet heredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. 14. commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & feminis descendantium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit Nov. 118. in unoquoque ordine succedentium suo quaque loco indicabimus ubi res id postulare videbitur; & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum adjectis institutis patris post explanationem tituli de success. cognat. qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

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

L. 1. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. An appellatio intestati etiam ad pupillum furiosum prodigum pertineat.
2. Appellatione rupti quid hic significetur.
3. Quando successioni ab intestato locus testamento irritato factum.
4. De testamento destituto.

1. **D**escriptio est intestati, cui similis Ulpiani in l. 1. pr. de suis & legit. Ait, qui aut omnino testamentum non fecit. Testamentum non fecisse atque intestato mortuus esse dicitur non solum is qui non fecit testamentum cum facere potuerit, verum etiam is qui cum civis Romanus esset & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus furiosus prodigus, d. l. 1. in 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 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. de reb. dub. l. 37. ff. de vulg. & pup. l. 6. C. ad Tertyll. l. 10. C. de legit. hered. Quamobrem dubitandum non est quin recte sentiant qui cum Bart. in d. l. 1. de suis & legit. statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. consule Forster. lib. 3. de her. quæ ab intest. cap. 4.

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

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

3. *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. Inst. 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 deducitur ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec

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

4. *Nemo heres extiterit*] Etiam id testamentum ex quo nemo heres extitit nullas vires habet, *§. 2. Inst. sup. quib. mod. test. inf. l. 9. de testam. tut.* ac proinde non adita hereditate paterfam. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l. 64. de verb. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, *§. 7. & 8. inf. hoc tit. §. 2. Inst. sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnumquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injust. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. test.* & tamen ab irritò, strictius accepto vocabulo, distinguitur in *d. l. 1. de suis & legit. her.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irritò. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat ut intestatus decessisset quis intelligatur, & is cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hereditatis & effectui succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam; quam videbimus in *§. 7. inf. buj. tit. & §. 6. tit. seq.*

TEXTUS.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

NON reperitur inter reliquias legis XII. tabb. caput aliquod quo mortuo paterfamilias intestato sui heredes nominatim ad successionem vocentur. Ceterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, arg. *§. 2. Inst. sup. de her. qual. & diff. l. 3. C. de suis & leg.* & quidem mox immediate post legem testamentariam: quod mihi non obscure ostendere videtur caput legis de successione agnatorum quod extat apud Ulp. in *fragm. tit. 26.* in hæc verba: *At si intestatus moritur cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt paulo antè cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates data cuique patrifam. libera testandi potestate: quæ legis illa particula est relata his verbis à Pomponio in *l. 20. de verb. sign. Uti quisque legasset sue rei ita jus esto;* & plenius à Cic. *lib. 2. de invent. & Cornificio lib. 1. Rhetor. ad Herenn.* Deinde verba sequentia *cui suus heres nec extabit* aperte ostendunt proxime præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato; & quidem quo sui heredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos heredes dumtaxat lex successionem hanc pertinere voluerit alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicitur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. ad *legg. XII. tabb. tab. 5. p. 204. seqq.* Ceterum fundamentum totius successionis legitimæ à decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est quod quicumque non erant ejusdem gentis ab hereditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati qui alterius erant gentis.

tis. Uxor quæ in manum convenerat defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti; adeoque non vocabatur *uxor* quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est quod hereditates legitimas Veteres vocant *gentilitias*, quasi quæ soli defuncti genti debeantur. Loca Veterum quæ huc pertinent jam collegit laudatus Gothofr. *ibid.* p. 204. Conf. omnino ill. Bynkersh. *obs. lib.* 11. cap. 1. HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt sui heredes.

2. Sui autem heredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint, veluti filius filiaque, nepos neptisque ex filio, pronepos proneptisque ex nepote, ex filio nato prognatus prognataque. Nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimonii non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum Divaliarum constitutionum quæ super his positæ sunt tenorem heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum 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 præstiterant. Quod obtinere censuimus etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtrahiti. Ita demum tamen nepos neptisque pronepos proneptisque suorum heredum 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 heres esse non potest. Idque & in ceteris liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque qui si vivo patre nati essent in potestate ejus futuri forent sui heredes sunt.

COMMENTARIUS.

1 Legitimati an ad feudi successionem admittantur.

2 Cessare bodie editum de conjungendis cum emancipato liberis.

Hic §. prolixus est, sed planus; continet enim repetitionem eorum quæ jam antè diversis in locis tradita & illustrata sunt, maxime in §. ult. *Inst. sup. de nupt.* §. 2. *Inst. de exher. liber.* §. 2. *Inst. de her. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Sui heredes ita à nobis d. §. 2. *de her. qual.* definiti sunt, liberi defuncti qui in potestate morientis fuerunt & tempore delatæ hereditatis primum in familia defuncti gradum obtinent: quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, junct. §. 7. *infr. hoc tit. l.* 6. *de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptisque] Ordo est, pronepos proneptisque, prognatus prognataque 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.* 196. §. 1. *de verb. sign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est dicendi.

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 qua naturales, non veteri solum jure, *l.* 1. §. 2. *de suis & legit.* sed etiam novo ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his qui adoptati sunt ab extraneo, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Sed de horum successione plura *inf. §.* 13. & 14. *buj. tit.*

Quibus connumerari &c.] Recenset hic duos modos quibus liberi extra nuptias quæsitæ ceterum nati ex concubina muliere libera quam pater uxorem habere poterat jus suorum heredum 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 legitimis efficit & in potestate patris, d. §. ult. *Inst. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, *Nov. 74. & 89. Revisæ quæ sup. ad d. §. ult. de nupt.*

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 stricte 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 expresse jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce sublati. Extat constitutio in *l. 11. C. de natur. lib.* Hinc apparet mendose legi textum qui claudit *d. §. ult. Inst. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic ut ex Hotomanno eam illic restitimus.

1. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti qui legitime nati sunt exclusis omnibus legitimatis, *lib. 2. Feud. tit. 16. vers. naturales*: Vult. 1. *feud. 9.* Sonsbec. *de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72.* Hotomann. ad *d. vers. naturales*; quamvis major pars Interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. VINN. Quo jure etiam Hispani utuntur. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 1. n. 6.* ADDIT. Feudistæ post Andr. de Isernia in *d. vers. naturales.* Curt. *tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. n. 41.* Zas. *de feud. part. 8. D. Talden. comm. hic cap. 13.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, Curt. *d. loc. n. 39.* Item *ibid.* Borcholt. *de feud. cap. 7.* sed de hoc item dictum sub *§. ult. Inst. de nupt.*

Ita demum nepos neptivæ] Quamvis semper filius qui est in potestate simul suus heres sit; in persona tamen nepotis & ceterorum descendendum sæpe contingit ut in potestate sint adscendentium nec tamen numerentur inter suos heredes, puta si nepotem filius pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui heredis non sufficit esse in potestate nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est nemo te in tuo ordine antecedit. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui heredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui heredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub *§. 2. Inst. de exher. lib. & §. 2. de her. qual.* Diserte autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omisssis 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. hoc tit.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis heredibus. *Nov. 118. cap. 1.*

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

Postumi quoque] Postumi qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate primumque gradum in familia obtinuissent suorum heredum numero sunt, *1. pen. Inst. sup. de tutel.* sicut & in aliis fere omnibus juris partibus qui in utero sunt pro jam natis habentur quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. hom.* De diversis postumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhered. lib. & §. 26. de legat.*

TEXTUS.

Quomodo sui heredes fiunt.

3. *Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes; & licet furiosi sint heredes possunt existere; quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis adquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris assensus acquiritur furioso sed ipso jure.*

COMMENTARIUS.

1 *An uti dominium ita & possessio rerum hereditariarum suis heredibus continuetur.*

Hoc quoque loco inculcantur pleraque quæ relata & explicata sunt *§. 2. Inst. de hered. qual.* Ait *ignorantes.* Sui heredes ipso jure, id est sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate heredes fiunt; & ideo non ut extranei hereditatem adire dicuntur, sed heredes existere, *l. 14. de suis & legit. hered.* Quo jure posito consequens est ut heredes existant etiam ignorantes; atque hinc si quis

ex suis heredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hereditatem patris ut jam potestate juris quæsitam ad quoscunque heredes transmittit, l. 3. *C. de jur. delib.* Quinetiam inviti & nolentes heredes fiunt, eaque de causa necessarij quoque heredes appellantur, d. §. 2. cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Ceterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, d. §. 2. & tamen post abstentionem nihilominus heredes manent quoad multa effecta. Unde illud, non est sine herede qui suum heredem habet licet abstinenter se, l. 30. §. 10. *de fideic. libert.* VINN. Sed repece notata ad d. §. 2. quo loco etiam monuimus jure Hispano omnes heredes esse voluntarios. ADDIT.

Et licet furiosi] L. 63. ff. *de adq. her. l. ult. §. 2. C. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessariò sequitur: quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus adquiri 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. succes.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hereditas quam dominium continuatur, l. 11. *de lib. & post.* Ob eam enim causam sui dicuntur quòd non alienarum sed suarum quodammodo rerum heredes esse videantur: quippe suus heres patri vivo quasi coheres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo non novum acquirit dominium, sed quod prius cœptum erat tunc plenius habere incipiat, d. l. 11. d. §. 2. *Inst. de her. qual.* cumque ipso mortis momento statim heres existat, l. 1. §. 7. *si quis om. caus. test.* jacere hereditas numquam dici potest. Pulcherrime Hotom. 9. *observ.* 10.

1. Ceterum non ut rerum hereditariarum dominium ita & possessio suis heredibus continuatur; quoniam possessio cum facti sit citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. l. 8. *de adq. poss. l. 19. ex quib. caus. maj.* Et quod traditum est in l. 23. *de adq. poss.* adita hereditate jura quidem omnia ad heredem transire possessionem vero non transire nisi naturaliter apprehensa sit, id non magis ad extraneos pertinet quam ad suos heredes. Nam ut concedamus existentiam in suis heredibus partem vim habere cum additione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari valde absurdum est. Immo eandem

prorsus vim habet aditio in heredibus extraneis quam in suis immixtio. Movere neminem debet quod in l. 30. *ex quibus caus. maj.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad heredem; de effectu enim usucapiendi loquitur, quòd quoad hunc effectum qui sine possessione nullus est, l. 25. *de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & heredis ita conjunguntur ut usucapio numquam interrupta videatur, l. 31. §. *penult. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset etiam hereditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hereditatem aditam impleri potest, l. 40. *de usuc.* Illud nimis jejunum est quod vulgo objicitur, dominium non adquiri sine possessione; nam hoc ad modos acquirendi qui sunt ex jure gentium pertinet, in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, l. 64. *de furt. l. 19. §. 1. quemadm. serv. amitt.* add. Vigl. ad d. §. 2. *Inst. de her. qual.* Gail. 2. *obs.* 129. Mynsin. 3. *observ.* 38. Anton. Fab. *Cod. suo de ineff. testam. defin.* 4. Christin. *vol. 4. decis.* 26. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif.* Tiraquel in isto tractat. Chassan. *de success. rub.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio cur possessio ad heredes non transeat redditur in l. 1. §. 15. ff. *si quis testam. liber. esse jus.* quia videlicet ea tantum quæ hereditatis sunt in heredem transfunduntur, possessio autem hereditatis esse negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque consuetarium videtur, ut & quod mox sequitur ex eadem juris ratione est. In extranei hereditate contra observatur, quippe quam pupillis sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, l. 9. §. 49. *de adq. her.* etiamsi perspicue lucrosa sit neque ullum ab additione periculum immineat, l. 9. §. 2. *de auct. tut.* §. 1. *Inst. sup. de auct. tut.* Pupillis infantibus quomodo extranei hereditas adquiratur cognoscere obiter ex l. 65. §. 3. ff. *ad senat. Treb. l. 18. C. de jur. deliber. tractatio* non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso] Immo nihil curatoris assensu furioso adquiri potest, ac proinde nec hereditas extranei; cum per rerum naturam fieri non possit ut consensus alterius accommodetur ei cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hereditatem jure civili adire potest. Plane potest si velit bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, l. 1. *de bon. poss. fur. im-*
mo

mo ex constitutione Justiniani etiam debet ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

cus ei succedat; sed potest dici ipso quidem jure suum heredem esse sed desinere.

TEXTUS.

De filio post patris mortem ab hostibus reverso.

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

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis &c. non fuerit] Respicit ad id quod dixit initio §. 2. suos heredes 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 postliminii consideramus nulla hic exceptio est; nam cum postliminium fingat eum qui ad suos reversus est semper in civitate fuisse, secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator in excipiendo spectavit rei veritatem; revera enim suus heres non est nec in potestate morientis patris qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus qui apud hostes decessit invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, ut ait Jurisconsultus *l. 12. qui test. fac.* qui in potestate morientis non fuit; & tamen hic etiam in potestate & suus heres 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 abusus est nominum legis Corneliæ pro juris postliminii; nisi sit ἀνάσθημα μνημονίων (*memoriæ lapsus*) sit.

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest cum fis-*

Vid. l. 13. tit. 2. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Casus superiori contrarius, quo scilicet fit ut qui mortis tempore in potestate defuncti est & proximum in familia gradum obtinet suus tamen heres 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 heres excluditur fisco prælato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam.* Basil. *45. tit. 1. ἐπὶ τυραννίδι κατακρίθῃ.*

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio cœpta etiam post mortem rei peragitur; nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur aut potius criminium persecutio, *l. ult. ff. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accus. mort.* Quid intersit 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. 20. de accus. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententiâ per quam quasi adhuc viveret memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum heredem esse sed desinere] Patre mortis suæ tempore nondum damnato ac proinde libero & cive Romano decedente filius non potest non suus heres esse, cum, ut dictum est, statim à tempore mortis hereditas suis heredibus adquiratur; sed quia tempus sententiæ & secuti postea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit ut jus suitatis extinguatur aut potius perinde habendum sit ac si mortis tempore suus heres non fuisset & jam à die contracti criminis desiisset esse in potestate, arg. *l. 15. l. 31. §. ult. de donat. l. ult. ad leg. Jul. maj.*

TEXTUS.

De divisione hereditatis inter suos heredes.

6. *Cum filius filiave & ex altero filio nepos*
ne-

neptivæ existunt pariter ad hereditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur nepotes neptivæ in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptivæ sit ex filio & ex nepote pronepos proneptivæ simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptivæ item pronepotes proneptivæ in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita sed in stirpes hereditatem dividi: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptivæ 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.

L.3. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

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

1. **L**ocus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hereditatis inter suos heredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Gajo lib. 3. *Inst. apud Rufin. tit. de legit. succ.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, *περὶ σπονδῶν* succedi dicitur cum in tot partes hereditas dividitur quot sunt capita sive personæ succedentium; in stirpes *κατὰ οὐκᾶς*, 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 representationis, id est ex persona ejus in cuius jus & locum successerunt.

2. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque de-

scendentium solos usus fuit qui ex filiis progeneriti 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. ff. de suis & legit. hered. ll. 2. & 3. C. eod. l. 8. §. 8. de inoff. testam. Ulpian. in fragm. tit. 26. §. 1. Gaj. lib. 2. tit. 8. §. 2. Etenim ratio succedendi in stirpes ut ex citatis locis intelligere licet tota est ex jure singulari suorum heredum; nec aliud fundamentum habet quam quod filii-fam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, l. 11. de lib. & post. §. 2. *Inst. sup. de her. qual.* & jam heredes *κατὰ πρῶτον*; quodque hinc filio è familia patris sublato statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt & jus sui heredis idem illud quod pater ante habuit quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. *Inst. sup. de exher. lib. l. 13. de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto consequens omnino est ut nepotes & deinceps ex matris descendentes in successione avi ab intestato & ceterorum per patrem ascendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe licet plures numero non amplius consequantur quam patrens eorum cujus personam repræsentant laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, d. l. 8. §. 8. ff. de inoff. test. d. l. 2. C. de suis & legit.

3. Ceterum postquam exemplo suorum heredum matris etiam & aviæ hereditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata: placuit & hic quoque eandem rationem in divisione hereditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, §. ult. sub fin. *huj. tit. l. 9. C. de suis & leg. Nov. 118. cap. 1.* In linea quoque collateralis fratrum & sororum filii jure representationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione, *Nov. 118. cap. 3.*

4. *Nec qui gradu proximior ulteriorem excludit* Quem tamen excluderet nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere & jure representationis quasi eodem gradu cum proximior existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant quomodo accipiendum sit quod præcedit, pariter ad hereditatem vocantur, nempe non de æqualitate partium hereditatis in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui

sui heredes & ideo æquali jure & pariter si-
ve simul cum patruis suis ad successionem
avi vocentur, l. 3. C. de suis & legit. Quod
autem in specie illic proposita etiam here-
ditas in partes æquales dividi debet, ex
accidenti est, ubi nepos ex uno filio & al-
ter filius concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve) Et pari-
item ratione si sit ex nepote pronepos pro-
neptisve, & ex altero pronepote abnepos vel
abneptis simul vocabuntur. Nam jus repræ-
sentationis intra certum descendendum gra-
dum conclusum non est, per l. 1. §. 7. de
conjung. cum emanc. lib. Nov. 118. cap. 1. Nec
aliud hoc loco propositum Justiniano fuit
quam exemplis que forte hic attulit decla-
rare quomodo remotiores concurrentes cum
proximioribus succedant: quæ & communis
est Interpretum nostrorum sententia. Vid.
Gomez lib. 1. var. resol. cap. 1. n. 15. Schrad.
de feud. part. 7. cap. 5. n. 41.

5. In parentis sui locum succedere) Ratio
successionis in stirpes, quæ modo à nobis fu-
se explicata est. Ait, ex altero filio duo plu-
resve; quare & si unus tantum sit filius & ex
altero filio sex nepotes, ille unus integrum
semissem hereditatis & tantum solus quan-
tum nepotes omnes habebit. Quod si plu-
res sint filii, singuli tantum capiunt quan-
tum nepotes ex filio præmortuo universi. Et
convenienter si duo aut plures sint nepotes
ex diversis filiis & ex alio nepote pronepo-
tes, hi pronepotes universi non plus ferent
quam nepotum singuli. Quibus casibus mix-
ta est successio. Observandum autem est non
minus neptes ex filio quam nepotes in locum
parentum succedere, l. 1. §. 6. de suis & le-
gitim.

6. Item si ex duobus filiis nepotes] Exem-
plum simplicis successionis in stirpes cum so-
li sunt nepotes ex diversis filiis; & hoc ca-
su maxime est conspicua vis repræsentationis,
quæ ex jure suitatis primam traxit originem.
Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut
proprio singuli jure succedere posse videan-
tur; tamen postquam semel placuit nepotes
in locum patris sui demortui aliave ratione
exuti jure sui heredis succedere: non debuit
hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut
soli nepotes ex diversis filiis & numero in-
æquales seu pauciores cum pluribus ex hac
vel illa stirpe concurrentes in capita here-
ditatem dividerent, l. 2. C. de suis & legit.
ber. Quare sic in universum recte definiemus,
descendentes ex masculis omnes qui sunt di-

versarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes
gradus, in stirpes non in capita succedere.

TEXTUS.

Quo tempore suitas spectatur.

7. Cum autem queritur an quis suus heres
existere possit; eo tempore querendum est quo
certum est aliquem sine testamento decessisse:
quod accidit & destituto testamento. Hac ra-
tione si filius exheredatus fuerit & extraneus
heres institutus, & filio mortuo postea certum
fuerit heredem institutum ex testamento non fieri
heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non
potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo
tempore certum est intestatum decessisse patrem-
familias solus in-entur nepos, & hoc certum est.

COMMENTARIUS.

1. Quando questioni propositæ locus. Et n. 4.

2. Plura exempla huc pertinentia.

3. Removentur quæ hic obijci posse videntur.

1. **E**T si certum est in causa successio-
nis ab intestato primum locum
obtinere suos heredes, tractari tamen potest
quo tempore inspiciendum sit an aliquis suus
heres existere possit, mortisne defuncti tan-
tum, an etiam alias delatæ ab intestato he-
reditatis. Enimvero hæc quæstio locum ha-
bere non potest cum nullum testamentum de-
functus fecit aut non jure fecit: quo casu
palam est tempus mortis à tempore delatæ
hereditatis non separari, ac ne tunc quidem
cum testamentum factum est sed vivo ad-
huc testatore viciatum aut destructum; nam
hic quoque necesse est ut tempus delatæ he-
reditatis 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
heres scriptus ex testamento hereditatem non
adierit. Cum enim lex hereditatem nemini
deferat ab intestato quamdiu ea ex testamen-
to adiri potest, l. 39. de adq. her. hic jam
tractationi propositæ locus sit, utrum cum
queritur an ut quis tamquam suus heres
succedere possit inspiciendum sit tempus mor-
tis testatoris, quo adhuc sua vis testamento
constat; an tempus testamenti deserti, ut suf-
ficiat vel eo tempore suum esse quo heredi-
tas ab intestato deferri seu certum esse in-
cipit defunctum intestatum decessisse nemi-
nemque ei ex testamento heredem fore? quod

posterior placuit, l. 1. §. 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 heres existat qui eo tempore quo is de cujus hereditate agitur decessit suus heres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfam. testamento facto decesserit exheredato filio ex quo ei nepos erat, & post exheredati mortem contingat institutum heredem non esse; hoc enim casu nepotem avo suum heredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulp. d. l. 1. §. 8. *de suis & legit. & Papin. d. l. 7. unde lib.*

2. Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exheredatus extraneo sub conditione instituto pendente conditione decesserit & postea defecerit conditio. Ulpianus d. l. 1. §. 8. 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, §. 6. seq. tit.

Quod accidit & destituito testamento] Id est cum ex testamento nemo heres extiterit, vel quia heres institutus heres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfam. tam institutum facit quam si aut nullo facto testamento aut eo quod factum erat ante mortem evacuato decessisset, *sup. in pr. buj. tit. d. l. 1. de suis & leg. her. l. 1. de injust. rupt. test.*

3. Si filius exheredatus & extraneus heres institutus & filio mortuo] Ait exheredatus: nam ut valeat testamentum quo filius ipse non instituitur exheredatum cum nominatim esse oportet, l. 30. *de lib. & post. sup. pr. tit. Inst. de exhered. lib.* Ait filio mortuo, deliberante forte herede instituto, d. l. 1. §. 8. *de suis & legit. hered. d. l. 7. unde liberi.* Necesse autem est ut quæstioni locus sit filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus heres patri existet, l. 20. *de bonor. poss. cont. tabb.* Hinc colligunt per exheredationem non tolli jus familiæ, & recte; alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet atque ipso statim jure everteret testamentum avi. Vid. nostra ad §. 4. *Inst. sup. de pup. subst.*

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

4. Nepos suus heres existet] Nec obstat

nepoti quod filius exheredatus patri suo superstes fuit; quia filio non est delata hereditas: quæ ratio redditur in d. l. 1. §. 8. *de suis & legit.* significatur in l. 6. *pr. vers. plane de injust. rupt. & d. l. 7. unde lib.* ac simul removet quod objici posset, quamquam ejusdem potestatis est, in suis heredibus successionem non esse; videlicet quia isti regulæ tunc locus est quando quæsitum est de nepote ut suo herede admittendo post delatam filio hereditatem, d. l. 1. §. 8. An jure civili hodierno in descendantibus locus sit edicto successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur à Bart. Bald. Salic. Castr. in l. 3. *C. unde lib.*

TEXTUS.

De nota post mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur.* Plane si & conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento suus heres 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 hereditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

COMMENTARIUS.

- 1 Species; & cur in ea filius non obstat nepoti aut nepos non rumpat.
- 2 Conceptum & natum post mortem avi hoc non pertinere; & quare.
- 3 De adoptato à filio emancipato.
- 4 Amplius de concepto & nato post mortem avi.

1. *Post mortem avi natus tamen vivo conceptus*] Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens & quamdam continens amplificationem: nempe si quis filio exheredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederet heres institutus omiserit hereditatem. 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 natum post avi mortem non minus quam si antè natus fuisset avo suo ab intestato heredem fore; neque magis ob-

stare nepoti fillum quam in casu præcedenti, propter eandem rationem quia filio non est delata hereditas, ut qui mortuus sit eo tempore quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur vero hic nepos postumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Jurisconsultus in *l. 6. pr. vers. plane de injust. rupt.*

2. *Plane si præ conceptus & natus*] Quod dictum est §. præ. nepotem avo suo heredem 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 Ulpiano in *l. 1. §. 8. de suis & leg.* De nepote vero concepto post avi mortem ait, hunc nepotem mortuo patre suo non posse deserto testamento suum heredem avo existere; & addit rationem quia nullo jure cognationis patrem sui patris attingit. 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 apertissime traditum. Sed de eo videbimus postea.

3. *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 hlio emancipato non posse adoptivum illum vel tamquam suum vel tamquam inter liberos hereditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis hoc exemplum positum esse loco alieno; sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cum non sint sui] Vocem *sui* delendam esse Contius & 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 dumtaxat, ut probet suos non esse ne cognatos quidem esse ait; ceterum tota disputatio ex professo de suis heredibus instituta est ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

Quantum ad hereditatem] Recte quantum

ad hereditatem; 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 & leg.* Quod succedant in jus patronatus docet Paul. *l. 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusin acceptam pro descendantibus, item ad jus retractus, D. Tuldén. *comm. hic cap. 4.*

4. *Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati*] Sicut is qui post mortem avi concipitur non vocatur ad legitimam avi hereditatem tamquam suus heres, ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest; quia ut lex XII. tabb. eum vocat ad hereditatem 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 injust. rupt. l. 1. §. 8. unde cogn.* Quare quod dictum supra est, nepotem qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur avo suum heredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto 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 abusivum, vel potius ἀναφορικῶς (*per relationem*) accidere, *l. 8. de suis & legit. ber.* Pileus, ut refert Accursius *hic*, putavit nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere ex Nov. 118. cap. 1. sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus Joann. Fab. & Angel. *hic.* Sane d. Nov. nihil juvat opinionem Pilei, utpote qua tantum tollitur differentia sexus gradus & potestatis. Add. Bachov. in *Treutl. vol. 2. disp. 16. thes. 1. D. Tuldén. in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait proposito Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maxime consentaneum esse ut hoc quoque emendatum voluerit; ceterum cum id expresse non fecerit, hujusmodi causa eveniente opus esse remedio Principali per *l. 2. de reb. eor. qui sub*
B 2
sut.

tur. VINN. Potest tamen nepos etiam post avi mortem conceptus & editus bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere, quia licet non sit avo agnatus, est tamen liberti aviti patronus eoque jure ad hujus successionem vocatur, l. 47. §. pen. ff. de bon. libert. Vid. Balduin. & Giph. ad hunc §. HEIN. Adi Gomecium tom. 1. var. cap. 1. n. 8. & seqq. ubi sententiæ hujus textus quamplurimas subjungit exceptiones, eam autem ad majoratus non extendi pro certo tradit Molin. lib. 1. de Hispan. Primog. cap. 6. n. penult. & ult. ADDIT.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

2. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent; neque enim sui heredes 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 heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno & eo qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuit solus jure civili heres est & solus suus heres; sed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat.

COMMENTARIUS.

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

1. **L**iberis emancipatis contingit capitis deminutio per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut late docetur lib. 1. Inst. Proinde cum nec sui heredes sint qui in potestate esse desierunt, nec agnati propter mutationem familiæ: verus legitima hereditas quæ lege XII. tabb. suis dumtaxat heredibus & post hos agnatis defertur ad eos non pertinet, l. 11. de suis & leg. l. 1. §. 8. ad sen. Tertyll. l. 7. de cap. minut. Ceterum 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, vique ipsa restituit iis jus suorum heredum dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum unâ cum suis heredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus prætor quod jus civile in suis tantum heredibus requirebat jussit liberos emancipatos vel heredes institui vel exheredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. 3. Inst. sup. de exher. lib.

Neque ullo alio jure] Lex XII. tabb. ad legitimam hereditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos heredes 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 hereditatem liberti, infr. tit. Inst. de succ. libert. ac proinde nodum in scripto quærit Hotomanus dum pro his verbis per legem XII. tabb. legendum existimat præter legem &c.

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

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

TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. At hi qui emancipati à parente in adoptionem

ptionem 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 pertinent extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, &que extraneorum loco sunt; & quantum ad naturalis patris bona pertinet nibilo magis 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.

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 post mortem ejus; & quid 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 pertinet 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 juris, §. 1. Inst. sup. de adopt.

1. Non admittuntur] L. 4. unde liber. Et enim prætori hoc solum propositum fuit ut succurreret emancipatis quæ tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat qui se dederunt in adrogationem aliumque sibi patrem quæsiiverunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum heredum & agnationis nanciscuntur. Ad hæc prætor emancipatos vocat inter suos heredes & tamquam suos, tit. seq. in pr. l. 6.

§. 1. de bon. poss. ratio autem non patitur ut quis jus sui heredis habeat in duabus 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, §. 13. inf. hoc tit. 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 totum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, l. 1. §. 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. 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 quodnam adoptivam uxorem habere non possum, l. 55. 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. hoc tit.

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 hereditatis ex alie-

no penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt, l. 32. de ber. inst. Sed longius ista αἰτιολογία (rationis redditio) petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæ sita aliis liberis aut agnatis hereditas ex postfacto & accidenti 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.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. Minus ergo juris habent adoptivi filii quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati, & jure civili perdunt gradum liberorum & à prætore non admittuntur; & Recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui heredes esse possunt desinere filii filiarum nepotes neptesque esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiarum quod per adoptionem consecuti sunt alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

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 & successiones ab intestato quod amittunt jure civili retinere jure prætorio; emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ulloque modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi etsi sui heredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi naturæ; hi plane extranei sunt jusque & nomen liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, l. 1. §. 6. l. 4. unde lib. Regula, Civilis ratio civilia jura perimere &c. plenissime à nobis explicata est sub §. ult. Inst. de leg. agn. tut. & §. pen. Inst. de cap. dem.

TEXTUS.

De bonorum possessione contra tabb.

12. Eadem hæc observantur & in ea bono-

rum possessione quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est neque heredibus institutis neque ut oportet exhereditis, prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in potestate mortis tempore fuerint & emancipatos vocat 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.

COMMENTARIUS.

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

Prætor non tantum 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 exhereditatis] Non enim quævis exhereditatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est; quæ vitiose, pro præteritione habetur, l. 8. §. 2. de bon. poss. contr. tabb. §. 3. Inst. sup. de exher. lib. Incaute D. Tuld. inf. tit. Inst. de bon. poss. cap. 5. pro non recte aut vitiose, dixit inique; nam qui dicunt inique se exheredatos, certum est iis nullum remedium superesse præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo quo jure civili testamento facto liberi sui heredes instituendi sunt aut exheredandi, filii scilicet nominatim filiarum & nepotes saltem inter ceteros, voluit prætor institui aut exheredari etiam emancipatos; eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. 3. Inst. sup. de exher. lib.

1. Eos qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos, l. 1. in pr. contra tabb. Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia; quippe qui exheredati aliud remedium non habebant; eadem tamen & in potestate constitutis sive suis heredibus proposita, si neque instituti neque exhereditati sunt, d. l. 1.

in pr. quamvis horum præteritione testamentum vicietur 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.

2. *Vocat ad eandem possess.*] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est: ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, d. l. 1. in pr. junct. §. 6. cont. tabb. Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt: ita nec hæc eis detur contra illius tabulas, & eandem scilicet ob causam quia alium patrem habent cui sui heredes 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. 5. §. 2. de bon. poss. cont. tabb.

3. *Ita longe minus contra tabb.*] Ἰτα longe minus (arguit) 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 Justinianus cum iis qui adoptati sunt ab extraneo reservet jus succedendi ab intestato, tamen testamento facto præteritos aut exheredatos à successione in totum repellit, d. l. pen. C. de adopt. §. 13. inf. hoc tit.

TEXTUS. Unde cognati.

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

COMMENTARIUS.

1 Cur ab adrogatione emancipati post mortem

patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.

2 Hodie vix esse hujus questionis usum.

1. **D**Eclarat 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 ceteris 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. Inst. sup. de leg. agn. tut. Cur vero minus liberorum numero quam cognatorum à prætoribus habentur, cum utrumque nomen æque naturale sit? Quia absurdum prætori visum est suorum heredum loco esse patri naturali eos qui alium patrem habent cui sunt sui heredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos sed ut suos heredes, quorum numero eos habet, tit. seq. in pr. proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono sed intellectu juris prætorii.

2. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus 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 possessio patris naturalis deferretur liberis tunc cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem: ut disseruimus sup. §. 10.

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agna-

torum ordinem cognatis anteposuit; & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur: quod ultro videtur prætor dedisse jure civili quo agnati soli vocantur cognatis insuper habitis.

Antè enim prætor liberos &c.] Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato aut potius ordines succedendi quos prætor fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui heredes sint sive emancipati. Secundus legitimorum; nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit agnatos. Tertius cognatorum, quos jure civili in totum exclusos vocat deficientibus agnatis, l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in p. quis ord. in bon. poss.

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui.

De adoptivis.

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 neutris 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 subsequuta; 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 hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur vel heredem eum instituere vel exheredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum; neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus moribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione excepturæ sunt quem parens naturalis adoptandum suscepit; utroque enim jure tam naturali quam legitimo in banc personam concurrente pristina jura tali adoptioni servamus; quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum; quæ

specialiter & singulatim ex præfata constitutionis tenore possunt colligi.

LL. 8. & 9. tit. 16. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1. Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Justiniano.
2. Notatur Bachovii oscitatio.
3. Collectiones Tribonianæ minime necessariae.
4. Sabiniano senatusconsulto quid cautum.
5. Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.

I. Hoc §. refertur & inculcatur jus novum quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est l. pen. C. de adopt. & de quo actum sup. §. 2. Inst. de adopt. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit ut non tantum qui adrogabantur in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verum etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur sine ulla distinctione jus liberorum & suorum heredum 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 heredis; & porro, quod huic consequens erat, ut impune à patre adoptivo testamentato facto præteriri aut exheredari posset, hoc uno tamen ei concessio 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 plurativo pro singulari. Nam unus dumtaxat casus reperitur quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hereditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati; cujus etiam solius mentio in d. l. pen. C. de adopt.

Ut possit ab intestato) Et quidem jure sui heredis; hoc enim jus diserte hætenus ei tribui.

baieur, *d. l. pen. §. 1. in fin.* Atque ita occurrit hic casus singularis quo is qui in potestate non est & tantum non extraneus, sui heredis jus habeat voceturque ad hereditatem unā cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Ceterum voluit Justinianus hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, *d. l. pen. §. 1.*

2. Quamobrem vix scio quid sibi velit Bachovius qui pro limitatione hīc addendum scribit ex *Nov. 118. cap. 3.* concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis quia cum utrimque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant &c. Non puto Bachovium tam profunde 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. cap. 3.* quod allegat cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. cap. 3.* non plus juris habere posse quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrimque. Credibile quoque est eum intellexisse liberos adrogatos; nam hi de quibus hīc agimus liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Ut sit, aut alienum est quod Bachovius monet aut fallitur.

Neque jure civili neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes qui transibant in familiam patris adoptivi quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsitī, heredes institui aut exheredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere: exheredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *Inst. sup. de exher. lib. l. 1. in pr. cont. tabb. §. 2. Inst. sup. de inoffic. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex dicta constitutione impune hi præteriri vel exheredari 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 ado-

Tom. II.

ptiva dissolvi, *l. pen. §. 2. C. de adopt.* Hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

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

4. *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 Pii 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 in senatum maximum allegandum curaret, ei curiæ liberationem pareret; quod referendum inter privilegia *πολυπαίδειας* (numerosæ prolis). Meminit quoque hujus senatusconsulti Justinianus 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 Theoph. substituunt *tribus manibus*, ut Alciat. 4. *parerg. 3. tribus mancipationibus*, ut Rævard. *cap. 6. de auct. prud.* Add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofred. ad *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. C. de adopt.*

5. Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit; neque enim adoptati 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
C
quæ

quæ sup. tit. Inst. de adopt. VINN. Et quæ nos ibidem monuimus. ADDIT.

TEXTUS.

De descendantibus ex feminis.

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 connumerant post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni quam in avia vel proavia sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competentis emendatione relinquere; sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque tam qui ex masculis quam qui ex feminis 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 nepotum 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 femina mortua sit cujus de hereditate agitur; iisque licet soli sint adeuntibus agnatos minime 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 avia eos eum 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 constitutio promulgata toti juri ejus derogatum est; & sanximus talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte vel deinceps superstitibus agnatos 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 di-

vidi hereditatem: similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes & inter pronepotes vel proneptes & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris avia vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur; ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

L. 3. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui descendantium lege XII. tabb. & à prætore ad successionem intestati vocentur.
- 2 Juris veteris derogatio qua ratione & an sufficienti nitatur.
- 3 Planius & plenius quam vulgo explicatur quatenus per leg. 4. Cod. Theod. de legit. hered. veteri juri derogatum.
- 4 Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justiniani lege ult. C. de suis & legit. lib.
- 5 Cantiuncula & Mynsingeri error.

HÆc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentia circa successionem descendantium ex masculis & feminis; deinde ostenditur quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum & postremo Justiniani. 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 poterò rem totam explicabo.

1. Item vetustas] Intelligit tum legem XII. tabb. tum jus prætorium. Falluntur enim qui putant legem XII. tabb. ad hereditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus quam ex filiis, totumque illud discrimen quod hic refertur adscribunt mediæ Jurisprudentiæ, inter quos Myns. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam est lege XII. tabb. ex descendantibus eos solos ad hereditatem vocari qui sunt sui heredes, arque 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

tis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non sint sui heredes avo materno, sed patri in cuius sunt potestate; & femina non suam aut patris sed alienam in quam nubit familiam propaget, l. 195. §. ult. de verb. sign. non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excluderenturque non tantum à filiis & filiabus defuncti ab iisve qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos dumtaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem; hosce autem nepotes & ceteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine qui cognatorum est.

Quam avia vel proavia sive paternæ sive maternæ] In aviæ aut proaviæ paternæ successionem nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege XII. tabb. habent quam habent in successionem avi proavivæ, aviæ proavivæ maternorum. Non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui heredes aut agnati sunt quam avo aut proavo materno &c. cum nec filius matri sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedit, nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non faciunt, quia his matris legitima hereditas pridem delata fuerat senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus, inf. tit. 4. huj. lib. & ideo recte ait, nepotes pronepotesque ad aviæ & proaviæ successionem à prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud senatusconsultum jus liberorum in ea successionem habebant.

2. *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 Justinianus l. 9. C. de suis & leg. lib. Justitia derogationis duplici ratione commendatur: (1) quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & feminis injuriosa in ipsam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat qui differentiam inducunt inter masculos & feminas, l. 4. C. de lib. præter. (2) quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis qui ex feminis quam qui ex maribus progeniti sunt conveniens. Quarum tamen rationum, si libere dicendum est, altera vera non videtur, altera minime sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is qui jus percipiendarum hereditatum 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 ordinarum civitatum dare operam ut sartæ testæ familiæ conserventur: non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes propagatores & columnæ familiarum quam feminae in quibus familiæ intereunt ad hereditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis, Numer. 27. v. 8. Vid. Philon. de vita Mos. cap. 3. Hinc jam sponte intelligitur quam ficulneum argumentum sit alterum quod à communione petitur nominis ad inducendam juris aequalitatem inter eos quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

3. *Eundem ordinem & gradum successionis*] Donaverunt Imperatores eundem gradum successionis nepotibus & pronepotibus de quibus hic sermo est, quem habent illi qui succedunt ex lege XII. tabb. & qui vocantur à prætore: hoc est, voluerunt ex feminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere quam prognati ex masculis, ut sui heredes habent ex lege XII. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in successionem concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis in successionem aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in successionem matris præposuerat senatusconsultum Orficianum. Ceterum portio horum nepotum aliquantum memorato Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur) Jus vetus hic accipere debemus tum legem XII. tabb. quæ ex liberis suos dumtaxat heredes ad hereditatem vocabat; tum edictum prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique senatusconsultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hereditas deferretur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit quam spondet principium; plusque sensit quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte) Quamvis prædicti Principes nepotes neptesve ex sexu femineo descendentes cum his à quibus jure veteri in

totum excluderentur ad successionem ab intestato admissi: noluerunt tamen illos cum his æqualiter hereditatem partiri, sed aliquanto plus habere eos qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus quam hos consequi, *d. l. 9. C. de iuis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Casus pertinet ad successionem ascendentium marium, cum defunctus descendantibus unis pater avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus est: de feminarum ascendentium successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes: hic filius quia juvatur prærogativa legis XII. tabb. aut si emancipatus est suffragio juris prætorii, bessem hereditatis ex dict. constitutione feret, nepotes trientem reliquum: id est, hi tertia parte minus ferunt quam mater superstes latura fuisset; illa enim hereditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset: jam si de semisse quem mater habitura fuerat tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur; alter semis autus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hereditate proavi materni inter filium & pronepote natum ex nepte prognata ex filio aut filia: 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 ad 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 hereditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua] Hic apparet plus sensisse Justinianum quam hætenus scripsit. Nihil enim hucusque traditum est quo id quod hic proponitur referri posse videatur. Nam initio locutus est tantum de descendantibus ex masculis, quos solos dixit à Veteribus ut

liberos ad hereditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis qui ex femineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse à divi Principibus cum deminutione tamen tertiæ partis propter suffragationem juris veteris qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit æquum 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 Divor. Principum sane vetus etiam est. Hoc senatusconsulto vocantur liberi ad hereditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractio, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii scilicet & filia; nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione cujus jam sæpe facta mentio; admissi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filia juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est senatusconsulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Casus enim est in quo agitur de hereditate feminae defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis: senatusconsultum Orficianum hereditatem ex asse attribuit soli filio aut filia, 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 hereditate ex senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus] Casus quo quæritur de successione feminae 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 superstitis concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote neptive nato natave ex altero filio aut filia demortuis. Hi pronepotes proneptesve in totum à successione proaviæ repelluntur senatusconsulto; à Principibus autem unâ cum filio aut filia admittuntur, ceterum cum deminutione illa quam diximus partis aviæ: quod datum honori senatus, ut scilicet tertiâ minus con-

sequantur quam habituri fuissent avi aviæ, qui si viverent ex æquo cum fratre aut sorore maternam hereditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito si hinc nepos tantum sit aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Recte nimirum censet Hotomannus nihil amplius hic laturos nepotes quam pronepotes; sed æqualiter omnes illos ad aviæ, hos ad proaviæ hereditatem 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 detrachere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permessa est.

Licit soli sint, aduentibus, agnatos minime 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. Liquer enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice Theod. l. 4. de legit. her. 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 hereditatis. Hoc enim est quod in dict. constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quamdam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Ceterum hæc pars dictæ constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Justiniano, l. 9. C. de suis & leg. propter l. ult. C. eod. quæ quartâ illa ademta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum &c. ita Principalis dispositio &c.] Dicendum erat: quemadmodum lex XII. tabb. filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hereditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut unâ cum superstitis 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 superstitis, sive suis heredibus quos solos decemviri, sive emancipatis quos præterea admittit prætor; & quemadmodum senatusconsultum Orficianum 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 detrachionem tertiæ partis quam diximus pati.

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

Ne hi qui ex transversa linea veniunt potiores] Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt unâ cum iis qui recta ex nobis descendunt ad successionem admittantur vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendantibus qui non sunt de familia defuncti.

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

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

5. *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. Ceterum nihil minus cogitasse Justinianum patet tum ex sæpe 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 femineo non concurrentibus cum illis liberis qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte qua istis tertiæ deductio tribuitur intacta; tum ex ipsius constitutione Justiniani ad quam hic se refert, scilicet *l. ult. C. de suis & legit.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *infra. post. tit. 5.*

TITULUS II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. lib. 38. tit. 16. Cod. lib. 6. tit. 58.

Continuatio & argumentum tituli.

Hucusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege XII. tabb. soli sui heredes, §. 1. *tit. præced.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu femineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit; insistit enim Imperator vestigiis legis XII. tabb. qua nemo ex ascendentibus ad hereditatem vocatur: non pater ad hereditatem filii; quia si filius in potestate fuerat nec habere poterat heredem 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. C. de suis & legit.* Ajo, qua patrem; nam jure patroni vocabatur etiam ad hereditatem legitimam, *d. l. 10.* Non mater; quia & ipsa filio eadem ratione extranea, & ideo à prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De senatusconsulto Tertulliano videbimus *tit. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum

naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his & quomodo succedant, & tum mares tum feminæ; hinc quo ordine vocentur, & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hereditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo heredum legitimorum.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, existat qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

COMMENTARIUS.

Existat] Nec speretur fore ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum ut suus heres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est; puta si defuncti uxor prægnans sit quæ suum heredem 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.* Ulpian. in fragm. *tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim tabb. ad agnatum proximum

ximum] Dictum hoc paulo crassius. Nam lex XII. tabb. ex liberis eos solos ad hereditatem vocat qui sunt vere sui heredes, 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 XII. tabb. non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit agnatisque de tulit hereditatem.

Ad agnatum proximum] In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quaeritur; in secundo agnatum esse non sufficit, sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis ipsis legis XII. tabb. §. 5. *infr. hoc tit. l. 2. §. 4. de suis & legit. in leg. XII. agnatus proximus familiam habeto.*

TEXTUS. De agnatis naturalibus.

1. Sunt autem agnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognitione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres agnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur; nec requiritur an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui post mortem patris nascuntur jura consanguinitatis nanciuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem, sed iis qui tunc proximior gradu sunt cum certum esse coeperit aliquem intestatum decessisse.

COMMENTARIUS.

- 1 Modestini locus in l. 5. unde legit. expositus.
- 2 Quot modis nomen agnatorum usurpetur.
- 3 Qui nostris consanguinei; & unde sic appellantur.
- 4 Prærogativa consanguinitatis sublata.

Cognati per virilis sexus personas] Eodem modo describit agnatos lib. 1. *Inst. tit. de leg. agn. tut. & Juriscons. l. ult. §. 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.

Ceterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale & proprium eorum qui vel per femine sexus personas conjunguntur, *d. l. ult. §. 2.* vel capitis deminutione jura agnationis amiserunt; quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit nomen generale atque utrisque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpe usuvenit, ut notavimus *sup. §. 1. tit. Inst. de adopt.* eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est.

1. Alio autem sensu dixit Modestinus in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & agnatos, *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, *διαφερά ἐστι, ἢ περὶ τοῦ τοῦ εἶδος τῆ γένους* (differentia est, quæ species generi, seu præ genere abundat) & ibid. *Γένος δὲ τὸ μὲν πᾶσιν ἔχει τὰς τῶν ὑπ' αὐτὸ διαφοράς, ἐπερὶ τὰ δὲ ἐδερῆς.* (genus virtute quidem omnes continet quæ sub ipso sunt differentias; actu autem nullas).

2. Agnatorum quoque nomen modo generalius modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ult. §. 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse agnatus proximus, *l. 12. de suis & legit.* Specialiter vero agnati appellantur qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsentī titulo. Sed & ex his quidam nati sunt nomen speciale vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti; unde altera vocis restrictio, agnatique specialissime 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. VINN. Ad denda & illa significatio qua agnati distinguuntur à gentilibus, quos post agnatos tertio loco admitterebant XII. tabb. Vide apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebat ergo primo domus, dein familia, postremo gens. Agnati ergo sunt quotquot ex eadem familia; gentiles qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero in *Top. cap. 6.* definit, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servavit, qui capite non sunt diminuti. Sic ex gr. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi in-

ter se erant agnati; omnes Domitii ex utraque familia gentiles, modo essent ingenui nec capitis deminutionem passi. Unde *gentiles* erant ejusdem nominis, ut est apud Festum in voce *gentilis*; *agnati* ejusdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus non amplius in usu erant. *Pariat. LL. Moss. & Rom. ibid.* HEIN.

3. *Qui & consanguinei vocantur*) Fratres *δμοπατρις*, id est ex eodem patre nati consanguinei nostris dicuntur. Gajus lib. 2. *Inst. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hered.* Hinc Virgilius 6. *Aeneid.* soporem appellat *letbi consanguineum*, quem Homerus 2. *Iliad.* *Κασίγερτον θανάτου* Græci *ἐκαιμὸς* vocant, teste Theophilo. Dicuntur & *σύναιμος*. Sophocles in *Ajac.* τὸ τῷ μακέρτος σύναιμος ἀποκαλεῖται fratrem furiosum vocantes. Ita consanguineum interpreta- beris, l. 1. §. 9. l. 2. in pr. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ff. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. her. Cassius con- sanguineos definit qui sanguine inter se connexi sunt, d. l. 1. §. pen. de suis & leg. quæ definitio nimis lata videtur; nam & ceteri agnati atque adeo cognati omnes san- guine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur, ut in l. 2. unde 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 aliqui communi appellatos esse: for- tassis quia hi eundem sanguinis auctorem im- mediate habent, & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit quam ex matre: quippe cum etiam Peripatetici, si Ga- leno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Juris- consultus l. 4. unde cogn. oriuntur; qua de causa etiam non refert eodem patre nati com- munem matrem habeant an diversas, l. 1. C. de legit. her.

4. Hodie vero fratres jure solius con- sanguinitatis prærogativam non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt præfe- runtur iis qui conjuncti sunt ex uno dumtaxat; nec qui ex eodem solum patre conjun- guntur 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 fra- tribus germanis quam uterinis. Canonistæ ver-

bo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem, x. de consang. & affin.

Fratres patruales qui etiam consobrini] Ag- natorum numero sunt & duorum fratrum fi- llii, qui fratres patruales appellantur, & κατα- χρεστικῶς (*abusivè*) consobrini; proprie enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini, vid. *infr. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps ceteri virili sexu ab eodem ori- ti in infinitum invicem agnati sunt, l. 2. §. 1. de suis & legit. Quemadmodum autem gradus numerentur docebit nos idem *tit. 6. infr.*

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

Qui proximior gradu sunt &c.] Legitima hereditas tantum proximo deferitur, l. 2. §. 4. de suis & legit. & diserta sunt verba ipsa legis XII. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tem- pore delatæ hereditatis; quapropter si nul- lum factum est testamentum proximus intel- ligitur qui tunc fuit cum patet familias more- tur; si factum est testamentum qui tunc cum certum esse coepit ex eo testamento here- dem existere non posse. Sed hæc iterum & fusius §. 5. & seq.

TEXTUS.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque agnationis jus con- sistit, veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit.* Nec dubium est quin ii improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex ceteris agnatis suis, veluti frater aut pa- truus aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatus inter tuos esse non dubitatur.

COMMENTARIUS.

Agnatorum nomen civile est, l. ult. §. 4. de grad. & affin. uti & suorum here- dum. Proinde quemadmodum nihil interest quoad jus suicitatis utrum naturales sint li- be-

beri an adoptivi, §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus agnationis attinet nihil refert utrum nativitate conjuncti sint an adoptione. Nam & qui adoptatur iisdem fit agnatus quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hereditatem consequitur vel ipsi illius, l. 2. §. 3. *de suis & legit.* l. 23. *de adopt. Ulp. in collat. Rufin. tit. 16.* Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.

Improprie consanguinei) Recte; nam ex definitione Cassii consanguinei proprie 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. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio dicta lex 23. *de adopt.* quo in loco manifestum est jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Ceterum etsi adoptati proprie consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis & propter hoc legitimæ successionis cum aliis qui sunt in familia habent, l. 1. §. *u. t. de suis & legit.* l. 44. *de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, l. 2. §. 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 dabitur] Hotomannus agnatus legit in casu accusandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus est *inter suos heredes*; sed illa lectio manifeste vitiosa est, & vox *heredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *tuos*, quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De masculis & feminis.

3. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero attinet ita placebat ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hereditates (etiāsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui aut patris tui filia, vel amittæ tuæ hereditas ad te

Tom. II.

pertinebat; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur; ex qua parte ita scilicet admittuntur si neque agnatus ullus neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabb. nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cujuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabb. junior Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à successionem agnatorum repellat, omnia alia successionem incognita; donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; & cognationis lineâ proximitatis nomine introducta per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabb. sequentes & ejus vestigia hæc in parte conservantes laudamus quidem prætores tuæ humanitatis, non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente & agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabitur ad successionem venire omnium agnatorum; ex agnatis autem mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes & ad jus duodecim tabb. eandem dispositionem exæquantes; nostra constitutione sancimus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive femini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura sicut germanæ non habent.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando consanguinitas ab agnatione distingui & quam ob causam cepta.
- 2 Femina agnate non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore.

D

3 Quid

- 3 *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus: ubi quedam non vulgaria.*
 4 *Veteris jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

Locus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem feminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege XII. tabb. feminae agnatæ juxta ac mascululi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hereditatem vocabantur: quod jus cum mediæ ætatis Consultorum interpretatione coangustatum esset restrictumque ad consanguineas, id est sorores *ὑποπατρίδας*, exclusis remotioribus quæ tantum à prætore postea admittæ 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 infra §. ult. *Inst. de succes. cognat.*

1. *Ut ipsæ consanguinitatis jure*] Hoc est fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est consanguinitas cœpta est distinguī ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus; & quia post consanguineas mulieribus 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 XII. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximus ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretionē detulisset hereditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus visum fuit utilius esse ac rationi magis consentaneum ut hereditates ad masculos potius quam ad feminas pervenirent: non tantum quia masculi Reipubl. 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 feminis intereunt per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit dum solis agnatis hereditatem 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 proprie designantur non agnati, l. 3. l. 4. *unde cognati.* In suis heredibus 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 agnatus ullus neque proximior cognatus*] Feminas agnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successionē 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 agnatus 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 successionē cognatorum uti quisque proximior est ita in alterum excludit; nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

3. *Media jurisprudentia*] Cujacius & Hotomannus quos Pacius & Tuningius sequuntur existimant Imperatorem ita loqui, cum intelligat *νομοθεσίας*, seu leges quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam prisca temporibus in desuetudinem abierat, ut aperte testatur Gell. lib. 20. cap. 1. Jus autem quod hic media jurisprudentia introduxisse dicitur ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. Paul. 4. sent. 8. Ulp. *in fragm. tit. de legit. her.* §. 6. ac diu etiam post obtinuit adeoque duravit usque ad tempora Justiniani qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, l. pen. C. *de legit. her.* Præterea ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia sanxerat ne quis virginem neve mulierem heredem 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 hereditatem patris admisit, proculdubio magis removit sorores à successio-

ne fratrum; & si nec ex testamento feminas heredes esse voluit, multo minus ab intestato; quippe plus semper tributum voluntati testatoris. Facit §. 12. *sup. tit. 1. buj. lib. 1. pen. §. 1. C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem quod Horomannum, nimirum locus Pauli 4. *sent. 8.* ubi sic scribit: *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum.* Ceterum *lex duodecim tabularum nulla discretionem sexus agnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis rogatione Voconia effectum ne feminae ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur quam jure civili, hoc est disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l. 2. §. 5. de orig. jur.* Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc quam illo posito veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, πὺς μετὰ τὸν δωδεκάδελτον σιφὺς, *Prudentes post XII. tabb. legem*) non magis nobis Paulus adversabitur quam alios juvabit qui Voconium plebiscitum intelligunt; videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione ut sibi caveret; cum id quod de legitima consanguinearum successione & reliquarum agnatarum exclusionem scribebat alterutro quidem jure effectum sciret; utro autem effectum esset in præsentia non occurreret nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione juri civili adscribemus quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus; & idque ex ipsius etiam sententia Pauli; quippe cum in omnibus disjunctionibus à disserente significetur unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum testatur Augustinus 3. *de civ. Dei cap. 21.* prudentum auctoritate atque interpretatione legitimis feminarum successiones coërcitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia feminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Ceterum cum ea lex ut nimis rigida paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum denovo fuisse jus pristinum, non quod XII. tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio, quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur. VINN. Verissimum est hoc jus esse ex jure civili, id est ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum illud inventum esse ex rationibus Voconianis, quibus

& eversa abolita lege Voconia locus esse potuit. Conferantur omnino quæ erudite ad Pauli *recept. sent. lib. 4. tit. 8.* disseruit vir cl. Anton. Schultingius. Inde autem non sequitur jus civile hic sit idem ac *jurisprudentia media.* Nimirum uti omnem jurisprudentiam quæ prætoris edictum antecessit vocarunt *veterem*; ita media est quæ per Edictum perpetuum inventa; nova quæ per constitutiones novorum Principum. Ita rem ego concipio; nec multo aliter vir cl. Jac. Perizon. *de leg. Voc. p. 198.* HEIN

Imperiali dispositione anterior] D. Wesembecius putat mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus Remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translata in Orientem imperii; tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma Reipub. & vetera instituta exolescere coeperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissime legibus stante adhuc Repub. latis aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas jure civili, hoc est disputationi fori accessit, ex quo Augustus constituit ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsarent legesque interpretarentur, *l. 2. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de Imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus prætores sue humanitatis] Εἰληπτικός (*defective*) more Græcorum; intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theoph. in paraphrasi reddidit, *ἐπαινεῖ μὲν τῆς φιλεργατίας τῆς πελάτωσης*; laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est, Luc. 16. v. 8. *ἐπὶ τὸν δὲ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδίκας.* Et laudavit Dominus villicum iniquitatis. Eadem reticentia est apud nostros cum ajunt, *noxæ dedere*, *satis legatorum desiderare*, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. satis dotis fieri*, *l. 22. §. 4. sol. matrim.* id est, nomine noxæ, nomine legatorum, nomine dotis. Cic. 5. in *Verr.* *aliquid lucri vel accessionis dare*, id est nomine, vice accessionis. Cels. lib. 1. *laudatur Hippocrates artis & facundia.*

4. *Quare etenim &c.*] Tota vetus jurisprudentia responderet æquissimum esse ut plus maribus tribuatur quam feminis, propter onera quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia Reip. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam 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. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret nihil sibi ea lege videri utilius; quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias, ne ditatus insolenter sese efferat & insultet ipsis viris; ideoque merito Marcum Catonem, illam familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu cui impense semper favet declamitat, *lege pen. C de legit. her. l. 4. C. de lib. præ.*

Nostra constitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. her.* ubi similiter, ut hoc loco, legem xii. tabb. prolixè commendat ut quæ bene humano generi prospexerit. Ceterum ubi visum est eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluderit. Tandem longissime ab ea recessit sublata omni agnatorum prærogativâ, *Nov. 118.*

Secundum sui gradus prærogativam] Ita ut ex constitutione Justiniani feminae omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit quam prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque sexum in suo ordine exæquavit Justinianus: ita *d. Novellâ 118.* jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis sororum.

4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem; ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, unâ cum bis ad jura avunculi sui perveniant; & mortuo eo qui patrui quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt.

His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes sed in capita dividenda.

L. 5. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*

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

IN calce superioris tit. descendentes ex feminis transtulit in ordinem suorum: proxime præcedenti §. feminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accessitos 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 *legis pen. C. de legit. her.* capita, quorum in priore feminis agnatis quocumque gradu sint jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

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

1. *Germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius*] Ἀδελφεὺς ἰσοπατρὲς ἢ γυν. ἰσομητρὲς ἰὺς, sororis consanguineæ vel uterinæ filius. Theophil. 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 *Andr. act. 1. scen. 6. v. 57.* Si te in germani fratris dilexi loco. Idem in *Adelph. act. 2. scen. 4. v. 5.* O mi Æschine ὦ mi germane. Magis id probat locus Ciceronis pro *Milon. cap. 27.* Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit: ubi germana expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quam qui consanguineæ tantum aut uterinæ. Nomen à germine deducit

etum Festus scribit: *Germani*, inquit, est, quod ex arborum surculis nascitur; unde & germani quasi eadem stirpe geniti. Græcis dicuntur ἀνδραδέες, ἀνδραδείωντες. Podarces ἀνδραδείωντες Protesilai Iliad. 13.

2. *Vel sororis uterinae*] Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eandem habuerunt matrem dumtaxat, ἀπομήτριοι, seu ἐμνοῦς-σπιοι. Sic autem hic loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata; & constat eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse, agnatosque adeo omnes quantumvis gradu remotissimos ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est ab ipso Justiniano jam ante editam legem pen. C. de leg. her. fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, l. ult. C. ad sen. Tertyll. quod repetitum postea lege ult. §. 2. C. de legit. her.

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. Novella 118. omnes pari jure ut jam dictum est.

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

Frater & soror superstites non sunt] Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiae jure repræsentationis ut in stirpes veniant, d. Nov. 118. cap. 3. Nov. 127. cap. 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. hoc tit.

Non in stirpes sed in capita) Ut hereditas in tot partes distribuatur quot sunt heredes;

ut puta: duos fratres habui quorum unus unum filium alter duos reliquit: hereditas non in tres partes dividitur, quarum singuli singulas ferent, l. 2. §. 2. de suis & legit. Ulpian. in fragm. 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 aliqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hereditatem avi unâ cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, 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.

De proximis vel remotis.

5. Si plures sint gradus agnatorum 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 usa 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 agnatorum pertineat ad eos hereditas.

COMMENTARIUS.

L Ex duodecim tabb. proximum vocat) Hisce verbis: Agnatus proximus familiam habeto, l. 195. §. 1. de verb. sign. Ulpian. in fragm. tit. 26. Voluit ergo lex in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hereditatem capere; eaque causa est cur inter agnatos semper in capita non in stirpes hereditas 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. her. Ceterum ut etiam dictum est §. præced. Justinianus Nov. 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus omnes admittantur

tantur] Lex xii. tabb. 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. Quodsi 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, ll. 8. & 9. de legit. tut. §. ult. Inst. sup. de cap. dem.

Proprie proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque 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 hereditatem pertinere: quemadmodum & Ulpian. d. l. 2. §. 4. de suis & legit. qui sic eo loco scribit: *Legitima hereditas tantum proximo defertur. Nec interest unus solus sit an ex duobus prior pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel ceteros antecedant vel soli sint; quia & is proximus est quem nemo antecedit: & is ultimus quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque qui solus occurrit.* Adde l. 1. §. 5. unde cogn. ll. 92. 155. & 162. de verb. sign.

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. Proximus autem si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur quo mortuus est is cujus de hereditate queritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem exiturum; tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit ut proximior mortuo proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus.

COMMENTARIUS.

x Tempus delatæ ab intestato hereditatis non semper unum esse & idem.

x. CUM queritur quo tempore spectandum sive an quis suus sit sive

an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est semper spectari tempus delatæ ab intestato hereditatis. Ceterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim utrum is de cujus bonis queritur 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 hereditatis cum tempore mortis concurret; posteriore eum qui tunc est cum testamentum deseritur; quia mortuo paterfam. testamento facto non ante hereditas ejus ab intestato deferri incipit quam certum est neminem ex eo testamento heredem exiturum, l. 2. §. 5. & 6. de suis & legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn. Ueberius hæc exposuimus sub §. 7. superioris tit.

Tunc enim proprie quisque intestatus] D. Contius legit. Tunc enim etiam proprie &c. quomodo Ulpian. l. 1. de suis & legit. eum etiam cujus ex testamento hereditas 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 destitutum est intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus] Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum cum haberet patrum & patrum filium: deliberante herede scripto patruus decessit; mox heres institutus repudiavit hereditatem: patrum filius admittetur, 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.

De successorio edicto.

7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus qui secundum ea quæ diximus vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur.

Quod

Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes non in totum sine adminiculo relinquebant sed ex 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 agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam; cum satis absurdum erat, quos cognatis à prætore apertum est hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutellarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat non erat in lucro permissum.

COMMENTARIUS.

1. *Olim in legitimis hereditatibus successionem non fuisse, & quamobrem.*
2. *Quomodo accipiendum quod dicitur, successio non esse in suis heredibus; & num id postea mutatum.*
3. *Cur Imperatori visum successionem in agnatorum hereditate admitti.*

1. **J**ure antiquo in legitimis hereditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hereditas non transmittebatur. Ulp. in fragm. tit. 26. §. 4. & ideo fratre, verbi causa, decedente antequam adiret aut repudiaret hereditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. sent. 8. Atque hoc est quod scribit idem Ulpian. l. 2. in pr. de suis & legit. Si sint consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis, id est agnatis remotioribus, non deferri. Rationem hujus juris suggerit Paul. d. loc. quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia lex XII. tabb. hereditatem 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 hereditatis. Quod si illi hereditatem omississent aut non adiissent morte præventi sequentibus gradibus non deferebatur, sed vacabat hereditas, eoque redibat ad fiscum ut cetera bona vacantia: quod jus imperator hic abrogat data legitimis heredibus successione exemplo cognatorum.

2. *In eo genere*] In secundo scilicet ordine heredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in suis heredibus successio est, te-

ste Ulp. l. 1. §. 8. de suis & legit. ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo; ut postquam filio semel delata est hereditas nepoti ut suo heredi aut agnato non deferatur, l. ult. C. unde lib. alioqui constat nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & unâ cum liberis primi gradus admitti ad hereditatem avi. Putant autem plerique etiam d. legem ult. correctam esse per hunc §. aut certe per Nov. 118. cap. 1. sed contrarium, teste Jasone, tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

Nihil magis legitimo jure sequentes] Quid si plures sint eodem gradu agnati & quidam ex his omiserint hereditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint quominus adirent? Reliquis qui adierint illorum portio accrescit, & licet decesserint antequam accresceret ad heredes tamen eorum pertinet, l. 9. de suis & legit. §. ult. Inst. infr. de sen. Orfic. Ulp. in fragm. tit. 26. §. 4.

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

Agnationis jure eis recluso) Recluso dixit pro ocluso; ut & iterum postea, hoc agnatis esse reclusum, contra auctorem loquendi consuetudinem, quibus recludere est quod clausum erat aperire, reserare, Virg. 8. Æneid. v. 244. Infernas reseret sedes & regna recludat. Horat. lib. 3. carm. od. 2. Virtus recludens immeritis mori Cælum &c. Justinus tamen lib. 1. cap. 9. de pellicibus regis loquens, dicit singulas separatim recludi, pro occludi. In l. pen. C. de legit. her. recluditur dixit Justinianus pro excluditur, cum ait: Germana ejus ab eadem successione recluditur.

Constitutione nostra) Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam inf. in pr. tit. 7. huj. lib. & multis aliis locis; sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hereditatem 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 be-

neficii usus postquam cognati per omnia agnatis exæquati Nov. 118. cap. 4.

3. *Quod cognatis à prætoris apertum*] Duas rationes affert Imperator cur in agnatorum hereditatibus locum esse velit successioni. Prima est quæ hic redditur, quia prætor eam admisit in ordine cognatorum, l. 1. §. 6. & §. 10. de succes. edict. & ut verum fatear mera quædam juris subtilitas est quod proximior agnato deficiente ulterior admitti non possit. VINN. Ex quo patet falli Aleandrum & Oiselum qui ad Gaj. Inst. lib. 11. tit. 8. §. 23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto prætoris unde cognati. Propriorem enim cognatum eo casu exclusisse remotiorem agnatum certissimum est. Vide vir. cl. Ant. Schulting. jurispr. vet. p. 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum] Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex XII. tabb. voluit quia eosdem vocavit ad hereditatem, successioni locus est; & proximior agnato vel mortuo vel capite minuto qui post eum est in administratione succedit, l. 3. §. pen. de leg. tur. justum & equum est ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur emolumento potius hereditatis, juxta l. 10. de reg. jur.

TEXTUS.

De legitima parentum successionem.

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; cum apud Veteres non aliter hoc obtinebat nisi specialiter contracta fiducia parens manumississet.*

COMMENTARIUS.

1. *Filiusfam. heredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2. *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*
3. *Quo jure olim pater ut pater successerit filio emancipato.*

1. **T**Ractatur hic de legitima successionem parentis, non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manu-

missor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit non satis liquet. Illud constat, in filiofam. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri quo filius omnia patri adquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiofam. in his bonis heredem sibi testamento instituere: jus tamen vetus hæcenus patri conservatum fuit ut si filius intestatus decessisset bona ista pater jure peculii occuparet, ll. 2. & 9. de castr. pecul. Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensiarum quæ reliqui peculii. Atque hucusque filiofam. heredem ab 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.

2. Extat constitutio Leonis & Anthemii l. 4. C. de bon. quæ lib. qua res liberorum defunctorum primò eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus; si hi quoque desint tertio loco parentibus; nec ergo jam amplius tanquam peculium, sed ut hereditas. Eadem proculdubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensiarum. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat: omnino credibile est nec potuisse castrensia; quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in princ. tit. Inst. quib. non est permis. fac. test. cum ait, si filiofam. qui castrense peculium habent intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc est jure hereditario ex posteriorum Principum constitutionibus; nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset, nec cuiquam hereditario jure deferri: de quo in explicatione d. loc. fusius disseruimus. Novel. 118. parentes sine discretionem sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hereditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti.

3. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem est patri manumissori legitimam intestati hereditatem delatam fuisse; at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi patet ex eo quod præteritus suo jure de officioso agere potuit, l. 1. §. ult. si à par. quis man. l. 14. de inoff. quod utique nemo potest nisi

nisi qui jus succedendi ab intestato habet ; & tamen jure civili heredem eum esse non potuisse , argumento est quod eo jure ad hereditatem tantum sui heredes & his non existentibus agnati vocantur ; pater autem neque suus est neque agnatus filio emancipato. Dices , à prætoris 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 unà 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 petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud senatusconsultum , l. 10. de suis & legit. l. 2. §. 15. ad sen. Tert. §. 3. inf. tit. seq. Ego sic existimo , patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati , cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum , & jure patris etiam matri : quod jus ei expresse reservatum fuerit senatusconsulto , dictamque legem 2. C. ad sen. Tertyll. à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora & nominatim ad leg. 4. C. de bon. quæ lib. & leg. 11. C. comm. de succes.

Qui contracta fiduciâ &c.] Id est qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus , de qui-

bus in §. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emtore imaginario contrahere de liberis sibi remancipandis quos ipse deinde manumittebat , eoque facto ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequabatur , tit. ff. si à par. quis man. Ceteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiduciâ , hoc est , ea lege & fide saltem interposita ut liberos sibi traditos emtor manumitteret : qui ob id dicebatur pater fiduciarius , teste Gajo lib. 1. Inst. tit. 6. §. 3.

Semper videantur quasi contracta fiduciâ fieri) Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit lege ult. C. de emanc. lib. salvo tamen jure antiquo patris manumissoris , ut scilicet adhuc ad legitimam hereditatem filii vocetur ceteraque jura patroni consequatur perinde ac si contracta fiduciâ eum emancipasset. Parum autem subtiliter locuti sunt Compositores cum ajunt emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiduciâ. Cur enim aut quomodo fieri videri volunt quod penitus sublatum est ? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni quoad commodum hereditatis non amplius utitur , arg. Nov. 118. cap. 2. VINN. Videntur Compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem , quæ cum Codice Justiniano intercidit , qua Imperator sanxerat ut pactum fiduciæ semper interpositum esse fingeretur , etiamsi expresse interpositum non esset. Sed hac constitutione post legem ult. C. de emancip. lib. non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in Codice repetita prælectionis. Ceterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum quod immemores novæ istius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS III.

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. lib. 38. tit. 17. Cod. lib. 6. tit. 56.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

Hoc titulo docet Imperator quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hereditatem vocetur. In sequenti quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

Tom. II.

TEXTUS.

De lege XII. tabb. & jure prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur & proponebat maculorum progeniem , &

E

eos

eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hereditatis 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 XII. tabb. ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hereditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos dumtaxat ordines heredum ab intestato fecerat, suorum scilicet heredum & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui heredes invicem sunt nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Potuit tamen contingere ut & mater ex lege XII. tabb. filii heres esset: (1) si esset ejusdem familiæ vel gentis, ex. gr. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset ex eaque procreasset liberos. Hic enim mater tamquam agnata succedere poterat si erat proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset; sic enim eodem erat loco quo filiafamilias, adeoque & filiis tamquam agnata succedebat. Ast posteaquam media jurisprudentia agnatas, præter sorores, excluserat, & uxores rarius in manum convenire cœperant: rarissima quoque fuit matrum successio antequam senat. Tertylliano illis propiceretur. HEIN.

Nisi quod prætores ex proximitate] Pro nisi utendum erat conjunctione discretiva ceterum 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 heredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De constitutione Divi Claudii.

1. Sed hæc juris angustia postea emendatae sunt. Et primus quidem Divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.

COMMENTARIUS.

HÆ juris angustia emendata] Hoc est ipsi legi XII. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hereditatis etiam matri & liberis datum senatusconsultis; ac dehinc cum antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite unde legitimi, l. 2. §. ult. unde legit.

Primus D. Claudius] De Claudio nihil apud alios reperitur quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi hæc referas quod Suetonius scribit cap. 19. eum feminis dedisse jus quatuor liberorum: quo etsi quid significet obscurum est, opinor tamen cum intelligere jus liberis succedendi, cujus hæc fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, ceterum non omnibus, verum iis dumtaxat quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas poenas legis Papia, quarum una erat quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale satyr. 9.

Jura parentis habes, præter me scriberis heres.

Legatum omne capis nec non & dulce caducum. Adulterum inducit Poëta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait quod poenas orbitatis lege Papia constitutas jam non patitur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset vicem ejus supplere, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium à Claudio concessum apud Suet. cap. 19. pertinet ad legem Juliam & Papiam; eoque id consequabantur feminæ ut tutelâ liberarentur, solidum & caducum caperent, poenas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fusius in comm. ad leg. Jul. & Pap. Procul dubio hoc privilegium à Claudio non tam omnibus feminis quam quibusdam speciali beneficio concessum est. Vid. Cujac. not. poster. ad hunc §. HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum] Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret: quomodo Pompon. l. 6. de jur. dot. patri succursum esse scribit, ut filiâ 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.

Ad senatusconsultum Tertyllianum.
De jure liberorum.

2. *Postea autem senatusconsulto Tertylliano, quod Divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae, 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 hereditatem hujus juri subjecta est.*

COMMENTARIUS.

Divi Hadriani temporibus] Zonaras lib. 2. testatur hoc senatusconsultum factum esse Divo Pio auctore; quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos, quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo Divum Hadrianum hic accipimus non patrem sed filium, Antoninum scilicet Pium qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est & Hadrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Hadriani dicta qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est Divo Pio tribuitur, l. 49. §. 1. in fin. de fidejuss. Ob eandem rationem Hadrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. hic. VINN. Hæc omnia quam incerta sint quamque parum fidei mereatur Zonaras diximus in Antiq. Rom. §. 3. idemque ante nos monuit vir cl. Ant. Schult. in jurisprudent. vet. ante Just. p. 668. HEIN.

Plenissime de tristi successione] Plenissime, id est diligentissime; accurate enim de hac successione senatusconsulto cautum, definitumque qui cum matre concurrant, quos ipsa vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat &c. vide l. 2. hoc tit. *Tristi successione*: luctuosam hereditatem appellat lex ult. C. de inst. & substit. scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet liberos suæ superesse vitæ hospites & superstitēs.

Non etiam aviae] Senatusconsultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hereditatem detulit, non aviae aut ulterioris gradus ascendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendantium. Unde petenda ratio legis

9. C. de legit. her. quæ in successione intestatæ sororem præfert aviae, 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 Justinianus Nov. 118.

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod senatus non simpliciter matribus omnibus sed quæ multos cives Reipubl. peperissent prospexit; & nimirum ingenuis quæ ter, libertinis civibus Romanis quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint. Paul. 4. sent. 9. in pr. & fin. Ulp. in fragm. 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 heredem 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 hereditatem ex senatusconsulto admitteretur non impendebat 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 hereditatis acquirebatur, quam matri consuleretur. At hodie usumfructum tantum in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit per l. 6. C. de bon. quæ lib.

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus sive ulterioris. Sed & filia suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est aviae suæ. Pater vero utriusque non etiam avus & proavus matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filia excludat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre ad-*

mittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei & mater liberis onerata, frater quidem matrem excluderat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur.
- 2 Qui ex liberis filia defunctæ.
- 3 Qui ascendentium.
- 4 Qui lateralium.

CONTINET hic §. declarationem senatusconsulti Tertulliani; doceturque 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 femine successionem, ut mox apparebit.

1. *Qui sui quive suorum loco*] Hic necesse est casus ponatur quo filius mortuus est; siquidem filia suos heredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos qui sui defuncto heredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi; ceterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, l. 2. §. 6. *hoc tit.* Quid autem juris hodie si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum heredum; sed tamen quia Justinianus expresse iis servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur matri præferendos esse, l. pen. §. 1. C. de adopt. Quid si quis decesserit relicta matre & item filia quam in adoptionem dederat? Et quidem in adoptionem dati neque sui heredes sunt patri naturali neque suorum heredum loco. Placuit tamen cessare senatusconsultum & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, l. 2. §. 9. *hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpe diximus prætorem suorum numero habere, eosque tamquam suos vel cum suis heredibus vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum & præcipue Justiniani 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 quæ-

ratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

2. *Filia sue mortuæ*] Casus ubi de filia intestato mortuæ successionem quaeritur. Ait sua, id est quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius lib. 3. de Repub. Est, inquit, genus injustæ servitutis cum ii sunt alterius qui sui possunt esse. Persius sat. 4. v. 88. *Vindictâ postquam meus à prætore recessi*; & alioqui nec huic senatusconsulto nec successionem ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. præc. Utique illud palam est, liberos suos heredes matri non esse. Apud Wesembecium vox sua 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. ber. Ut autem filius & filia matri præferrentur nec inter eos & matrem divideretur hereditas constitutionibus opus fuisse ideo Hotomannus & Bachovius scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio senatusconsulti Tertulliani, filius & filia Orficiani; & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertulliano aut præferuntur aut cum matre concurrunt; unde si intestatæ mulieri consanguinei extant & mater & filia, ad solam filiam ex senatusconsulto Orficiano hereditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro l. 1. C. ad senatuscons. Orfician. Plane illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes nepesque admittantur & matri defunctæ præponantur, d. l. 11. C. de suis & legit.

Pater vero utriusque non etiam avus & proavus] Jam cum matre conferre incipit ascendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem scilicet naturalem; nam adoptivus matri non nocet, l. 2. §. 15. l. 3. *hoc tit.* Ait utriusque, id est, & filii & filia intestato mortuorum, de quibus distincte antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor heres pater existat, sive non manumissor bonorum possessio competat, d. l. 2. §. 15. l. 10. de suis & leg. Non etiam avus & proavus. Neque avus neque proavus, ait Ulpianus, in Tertulliano matri nocent quamvis fiduciam contraxerint, d. l. 2. §. 15.

3. *Cum inter eos solos*] Scilicet, ajunt Hotoman. Wesemb. Pac. inter patrem & matrem: qui manifestus error est; pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proxime antecedens, nempe si mortuo jam antè patre defuncti inter avum aut proavum & matrem

solos de hereditate agatur : hoc casu significat Imperator matrem potius esse ; ast ubi simul pater superest cui avus anteponatur, non item : verbi causa , nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitionibus : hic avus manumissor quia speciali jure tamquam patronus patri , id est filio suo in potestate retento , præfertur , matrem quoque cui pater obstat propter patrem excludet , l. 5. §. ult. *hoc tit.* neque enim matri prodesse debet quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo si avus solus extet cum matre , avus etiam manumissor matri postponetur , d. l. 2. §. 15. eod. Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii regulam si vinco vincentem te multo magis vinco te , non procedere ubi non sunt pares termini ego dicerem , ubi non meo jure te vinco sed propter tertium. Non absimilis casus est qui proponitur ab Ulp. d. l. 2. §. 18. eod.

4. *Frater consanguineus excluderat matrem, sotor 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 æque ac fratres admittantur ; neque enim ut matrem ita & sorores à fratribus excludi. Porro cum fratres dumtaxat & sorores hoc loco matri obijciantur , existimandum est ceteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit , credibile est fratres & sorores uterinos senatusconsulto fuisse excludi ; ceterum Justinianus hos etiam cum matre admisit , §. 5. *inf. hoc tit.* Novellâ 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 Cujacii Theophilus quoque juvat , qui vertit *ἐχρησται παιδων* (*quæ habet jus liberorum*) ; & §. 5. eandem appellat *δικαιον παιδων χειρομένην* (*liberorum jure ornata*) Cicero 1. *Tusc. cap. 35.* *Mæstus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum. De jure liberorum sublato.

4. *Sed nos constitutione quam in codice nostro nomine decorato posuimus matri subveniendum esse existimavimus , respicientes ad naturam & puerperium & periculum & sæpe 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 legitimæ plenam matribus sive ingenuis sive libertinis etsi non ter enixæ fuerint vel quater , sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt , ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COMMENTARIUS.

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

Impium esse credidimus] Non debebat 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 infantum exponendorum audaciæ ; forte & flagitiis aliis feminarum obviam ire , quæ (qui tum temporis mores erant) frequenter abortionibus operam dabant : cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.

*Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quæ steriles facit atque bomines in ventre necandos
Conducit.*

Quid enim peccavit] Cur non omnia 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 coelibes verum orbes etiam poenâ affecit quavis nil peccantes ; cum nemo divinare possit uxorem quam ducit infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt , & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes partim matrem adjuvabant partim eam prægravabant, 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 deminutione 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 hereditates simul vocemus; ita tamen ut siquidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ & mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero mater superstiti & fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis jura habentibus intestatus quis vel intestatus moriatur, in capita ejus distribuatur hereditas.

COMMENTARIUS.

Partim adjuvabant partim prægravabant] Ejusmodi extat constitutio Constantini lege C. Theod. de legit. her. Adjuvat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert tertiam 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 lex 2. d. tit. Gravabatur etiam mater jus liberorum habens si torum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi ademta rerum filii defuncti paternarum, l. pen. d. tit.

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

Matrem omnibus legitimis & sine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honestantur, l. ult. C. de jur. 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 ter non pepererint solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus à quibus antea excluderentur, 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 hætenus augeret ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut siquidem solæ sorores] Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi sive rationem distribuendæ hereditatis 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 hereditas dividatur, totque partes fiant quot sunt persone succedentium, d. l. 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 utrimque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos matribus proximis, ita eas oportet suæ soboli consulere: sci-

scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repelluntur.

L. 12. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Ita eas oportet suæ soboli consulere) Matri onus tutelæ impositum non est, quia virile munus est tutelam gerere; at petendi tutores negotium inunctum, quod maternæ pietati maxime convenit. Quod si petere neglexerit ut indigna à legitima hereditate filii repellitur, l. 2. §. 1. & 2. qui per. tut. l. 2. §. 23. & seqq. hoc tit. ubi hic locus fuse explicatur.

Non petierint vel in locum remoti) Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis relictisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, d. l. 2. §. 23. hoc tit. idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat; quod matri concessum Nov. 118. cap. 5. VINN. Hæc autem servanda esse apud Hispanos ex prædicta lege 12. tit. 16. Part. 6. monet Pichard. ad hunc text. ADDIT.

Intra annum) Quid ergo si intra annum pupillus moriatur non petito tutore, an tum mater excusabitur à poena? Non puto: quia requiritur ut petat confestim, ubi primum potuit, id est prætoris copiam habuit huic rei sedentis, d. l. 2. §. 23. & §. 43. ubi Græci, huic rei sedentis, τῆς ἐπὶ τῇ διοικήσει τῶν πνευματικῶν πραγμάτων (id est administrationi rerum pupillarum) Quod vero hic dicitur, & in l. 10. C. de legit. hered. 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. §. 43.

Impuberum morientium) Ex contrario ergo si puberes moriantur quibus tutor petitus non est mater ab eorum hereditate non excludetur; quod & diserte rescriptum est in l. 3. C. hoc tit. & ideo in d. l. 10. C. de legit. her. expresse additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem qui testamentum facere poterat intestato mori malentem, ultero matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hereditatem pertinere, per l. 8. §. 1. de jur. codicill.

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiæve, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano senatusconsulto admitti.

COMMENTARIUS.

Quemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsitii ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, l. 2. unde cognati: ita & mater ex senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hereditatem filii filiæve, tam eorum qui vulgo quæsitii sunt quam qui procreati ex justis nuptiis, l. 2. §. 1. hoc. tit. Et contra etiam vulgo quæsitii ex Orficiano admittuntur ad legitimam hereditatem matris, l. 1. §. 2. eod. §. pen. tit. seq. Nimirum mater semper certa est, & in his senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, l. 7. de cap. min. cumque vulgo quæsitii patrem non habere intelligentur à quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, l. 4. unde cogn. VINN. Atque hoc jure etiam nunc utimur. Gregor. Lop. gloss. 3. ad l. 11. tit. 13. Part. 6. ADDIT.

TITULUS IV.

DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. lib. 38. tit. 17. Cod. lib. 6. tit. 57.

TEXTUS.

Origo & summa senatusconsulti.

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 filia legitima hereditas, etiamsi alie-

no juri subiecti sint, & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

L. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

LEge XII. tabb. nec mater liberis nec liberi matri ab intestato succedebant; nam duo dumtaxat genera lex agnoscebat, suos heredes & agnatos, cujusmodi nec mater liberis nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *pr. præc. tit.* Ceterum cum placitum esset hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiarum: æquum erat ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris; cum adeo 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 hereditas delata fuerat senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore antè consultum fuerit quam liberis causam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis est ratio quam reddit vir cl. Ant. Schultingius p. 669. quod mater si vellet pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Cum ergo sæpius contingeret ut liberorum hereditate liberi quam hi materna exciderent: nec mirum videbitur prius prospectum fuisse matri quam liberis. HEIN.

Orficio & Rufo coss. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi consules, Vettius, seu ut alii, Velius Rufus & Corn. Scipio Orfitus, A. U. C. 930. qui vigessimus est à consulatu Flavii Tertylli à quo senatusconsultum Tertyllianum. Lamprid. 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 sæpe eandem rem & senatusconsultis tribuni & orationibus videmus: quemadmodum etiam in proposito Gajus l. pen. *hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat) cautum scribit ut matris intestatæ hereditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subiecti) *Diff. l. pen.* uti ex contrario quoque mater licet in potestate

patris sit admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiarum. ita & hi liberi jussu patris adibunt, §. 2. *tit. præc.* Matrem autem de cujus successione quæritur sui juris fuisse cum moreretur oportet; alioqui si jus illorum temporum spectamus heredem ab intestato habere non potuit. Plane hodie post *Nov. 118.* etiam filii & filiarum. intestati heredes habent in adventitiis quorum ipsis concessa proprietates.

Et præferuntur consanguineis) Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hereditatem 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 præferantur matri; & quamvis ex. gr. ex duobus filiis alter adierit alter repudiaverit hereditatem matris tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, l. 1. §. 9. *hoc tit.*

TEXTUS.

De nepote & nepte.

1. *Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

L. 3. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Utrumque senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentiâ quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit, atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hereditatem, aviam ad hereditatem nepotum neptumve non admisit: sic Orficianum similiter filios dumtaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus l. 8. *unde cogn.* respondet, nepotes atque adeo etiam vulgo quæritos ad aviæ bona ab intestato admitti: ad edictum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principibus) Principes Valen-

lentinianus, Theodosius & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, l. 4. C. Theod. de legit. her. ut tamen tertia parte minus acciperent quam pater eorum vel mater habituri fuissent: de quo diximus ad §. ult. Inst. sup. de her. quæ ab intest. Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes aequale jus habent, nec sexus, suitatis aut agnationis ulla amplius prærogativa est, Nov. 118.

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones quæ ex Tertulliano & Orficiano senatusconsultis deferuntur capitis deminutione non perimi, propter illam regulam quæ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt; sed illæ solæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

COMMENTARIUS.

REGULA juris est, novas hereditates legitimæ capitis deminutione non perimi, l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legit. l. 1. §. 8. hoc tit. Novas hereditates appellat, quæ novo jure post legem XII. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex senatusconsultis, dd. 11. & l. 3. in fin. de hered. 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. §. 8. Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert in d. l. 7. de cap. min. quod novis legibus & hisce senatusconsultis hereditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur: id est nomine naturali, puta matris aut filii filiæve; quæ nomina ut naturalia sunt ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege XII. tabb. hereditas sic deferitur ut personæ designentur civiliter, id est civili nomine, suorum scilicet heredum & agnatorum: quæ nomina cum civilia sint minima quoque capitis deminutione pereunt, §. ult. Inst. sup. de leg. agn. tur. VINN. Hodie successio seu testamentaria sive legitima nulla capitis deminutione perimitur, arg. 11. 3. & 5. tit. 4. & l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. ADDIT.

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsitis sunt ad matris hereditatem ex senatusconsulto admitti.

L. 11. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

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

Sicut mater ex Tertulliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis: ita vicissim & vulgo quæsitum matri succedunt ex Orficiano, l. 1. §. 1. hoc tit. propter rationem quam paulo ante indicavi & sub §. ult. preced. tit. Succedunt autem matri non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex juxto matrimonio procreatis; nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt quam si legitima soboles deficit; ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, l. pen. C. hoc tit. Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, l. 29. §. 1. de inoff. test. Inter patrem vero & spurios jus idem mutue successionis non est.

1. Porro sciendum est, liberos naturales, id est natos ex concubina paulo meliore conditione esse quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratum sive de successione patris; & utrosque meliores quam natos ex complexu damnato incestive. Naturales seu nati ex concubinato admittuntur una cum legitimis ad matris, etiam illustris, & per matrem ascendentium successionem, d. l. pen. C. hoc tit. Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias unâ cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet. C. de nat. lib. quorum neutrum pertinent ad *προγερῆς* (vulgo quæsitos). Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, d. Nov. 89. cap. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu C. de incest. nupt. quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, cap. cum haberet §. in fin.

fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll. Sane nec putarem jus 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. Palæot. *de nob. & spur. cap. 41. cum seqq.* Gail. 2. obs. 115. Christin. vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64. VINN.

Locus postulat ut de successione naturalium pauca e jure nostro disseramus. Matri omnes liberi naturales, cujuscunque generis ac conditionis sint necessario succedunt tam ex testamento quam ab intestato: modo filios legitimos non habeat, etiamsi parentes, *l. 9. Tauri* (7. tit. 8. lib. 5. *Recop.*) Et licet mater illustris persona fuerit, *d. l. 9.* Soli à materna hereditate excluduntur nati ex damnato coitu; qui vero hi sint docet *d. l. 9.* Cum matri omnes liberi sint naturales; qui patri naturales haberi debeant controversum antea fuerat, nunc vero lege 11. *Tauri* (9. tit. 8. lib. 5. *Recop.*) decissum est naturales patri habendos esse liberos qui ex ea muliere nati sunt cum qua justæ nuptiæ sive conceptionis sive partus tempore contrahi poterant; modo pater filium agnoscat, licet mulier neque in domo neque sola fuerit. His naturalibus liberis integram hereditatem relinquere pater potest; modo filios aut descendentes legitimos non habeat, etiamsi ascendentes habeat, *l. 10. Tauri* (8. tit. 8. lib. 5. *Recop.*) Illud in universum observandum est, tam patrem quam matrem posse quintam bonorum partem alimentorum causa legare liberis illegitimis, qui integram hereditatem capere non possunt, vel quia extant legitimi vel alia justa ex causa, *dd. ll. 9. & 10. Tauri.* Demum liberi illegitimi cujuscunque generis sint jus habent ad alimenta capessenda tam à patre quam à matre, *l. 8. tit. 13. Part. 6.* Et hæc summa est eorum quæ à Gomezio ad *dd. ll. Tauri*, & Azaved. ad *ll. tit. 8. lib. 5. Recop.* disputantur. Quo autem pacto liberi naturales parentibus succedunt: eodem prorsus & parentes ad liberorum naturalium successionem vocantur, *l. 8. tit. 13. Part. 6. ADDIT.*

TEXTUS.

De jure accrescendi inter legitimos heredes.

4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia cau-

sa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint accrescit illorum portio; & licet ante decesserint ad heredes tamen eorum pertinet.

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem: nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus qui simul ad successionem vocentur & eorum aliqui defecerint, portionem illorum ceteris qui adierunt accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter heredes testamentarios verum etiam inter legitimos, sive sui sint sive alterius generis heredes. Quod si nullus eorum qui pari gradu & proximi sunt adierit, sequentibus ejusdem ordinis hereditatem deferri docemur §. *pen. Inst. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis qui adierint accresci] *L. 1. §. 9. hoc tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo heredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta heredem legitimum & fiscum. 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. VINN. Ratio hujus juris proprior dari potest, quia omnis successio, ut ait Paul. *recept. sent. lib. 4. tit. 8. §. 23. proximiori deferitur.* Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur, Paul. *ibid. §. 7. Inst. de legit. agn. success.* ita deficiente uno coherede portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat; ne vocandus esset cum propiore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Alteram rationem reddit Duaren. *de jure accrescendi lib. 1. cap. 1. & 14.* quod qui in eodem gradu sunt conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet ubi questio est de præsumta testatoris voluntate, non ad legitimam. HEIN.

Licet ante decesserint] His verbis non hoc significat Imperator, portionem hereditatis quæ uni ex legitimis heredibus delata sit; mortuo eo antequam hereditatem adeat, ad heredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere; certum enim est hereditatem non aditam non transmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll. portionem autem accrescere portioni, l. 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil heredibus illius legitimi heredis qui non adiit ac-

cere possit; sed si decesserit antequam ipsi accresceret: quod diserte expressit Marcian. d. l. 9. de suis & legit. hoc est, si decesserit postea quidem quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro herede gerendo adquisivisset, sed antequam coheredes defice-

rent eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos heredes qui ipso jure sine additione heredes existunt, l. 14. de suis & leg. & qui ex lege Theodosii hereditatem non aditam transmittunt, l. un. C. de his qui ante ap. tabb. pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos heredes eosque quos inter suos heredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt agnati & hi quos in locum agnatorum tam supradicta senatusconsulta quam nostra erexit constitutio) proximos cognatos prætor vocat.

COMMENTARIUS.

LEX antiqua XII. tabb. duos tantum heredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & senatusconsulta non adierunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam quæ nec sui heredes nec agnati revera sunt, suorum heredum & agnatorum numero esse voluerunt; atque in ordine suorum vel agnatorum unâ cum vere suis heredibus aut agnatis ad hereditatem intestati admitti. Inter suos heredes novæ leges numerant sique per omnia exæquant liberos legitimos, §. 2. Inst. sup. de her. quæ ab intest. Inter eosdem quoque & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu femineo, §. ult. d. tit. In agnatorum ordinem senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. Inst. sup. de leg. agn. succes. l. pen. §. 1. C. de leg. her. Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. inf. hoc tit. Prætor vero 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. 3. unde legit. tertium cognatorum, in quo admisit omnes

quos sola sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficient, l. 1. in pr. l. 2. unde cogn. item eos qui, quod prioribus ordinibus exclusissent, ex nullo alio capite venire poterant, l. 5. unde cogn. §. 1. inf. hoc tit. Tandem Justinianus cognatos omnes etiam heredes legitimos fecit, ademta agnatis omni prærogativâ, Nov. 118.

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili heredes non fiunt; sed jure prætorio bonorum possessores; ac proinde pertinet ad tit. Inst. inf. de bon. poss. Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro heredibus habet, & vi ipsa heredes facit. Post Nov. 118. cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1. Quæ parte naturalis cognatio spectatur, nam agnati capite diminuti 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 hereditatem sive sororis, non æquis tamen patribus sed cum aliqua diminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus licet capitis diminutionem passi non sunt, tamen anteposit eos, & proculdubio cognatis.

COMMENTARIUS.

Porro jam declarare instituit Imperator quidnam illi sint quos prætor in ordine tertio

tio proximitatis nomine vocat; & ad extremum successionem eorum determinat. Revoce-
mus illos ad tres classes. Primum in eo numero
ponit agnatos capite minutos, id est minimam
capitis deminutionem passos; nam media & ma-
xima capitis deminutione interveniente jus om-
ne successionis tollitur, l. 1. C. de her. inst. Igi-
tur ut capite deminuti, hoc est emancipati
aut adrogati, amittebant jus agnationis & le-
gitimæ hereditatis quæ lege XII. tabb. defe-
rebatur: ita nec prætor his dabat bonorum
possessionem jure heredum legitimorum, l. 5.
unde cogn. l. 1. unde legit. Ceterum quia jura
naturalis cognationis & sanguinis minima ca-
pitis deminutione non pereunt sed post eam
salva adhuc & integra manent, §. ult. Inst.
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. un-
de cogn. Ut ecce, frater emancipatus ad fra-
tris sui hereditatem 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 ter-
tio demum loco adnitebatur jure cognatio-
nis naturalis, quod capitis deminutione non
perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis &c.
quos lex Anastasiana] Hæc lex Anastasii de-
sideratur. Inserta sine dubio fuit priori Co-
dici, quoniam hic legenda nobis commenda-
tur; sed in Codice repetita prælectionis po-
sita non est, propter l. ult. C. de leg. her. ut
opinor, qua plenius fratribus & sororibus
emancipatis consulitur & eorum quoque filiis
aut filiabus jus legitimæ successionis datur.
Anastasius enim solos fratres & sorores eman-
cipatos vocaverat, & cum partis aliqua de-
minutione, nimirum ut fratres integri juris
altero tantò 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 composi-
tas & editas promulgatam esse apparet ex eo
quod Imp. in ipsa lege mentionem Institutio-
num facit. Vestigium legis Anastasianæ ex-
tat in l. 4. C. de legit. tut.

Aliis vero agnatis &c. anteposit eos & pro-
culdubio cognatis] Hoc expeditius procedit

post Nov. 118. Pertinent etiam ad hanc clas-
sem qui in adoptionem dati sunt à patre, aut
qui cum sui juris essent se adrogari siverunt;
nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut co-
gnationis jus in familia naturali erga omnes
retineant; ac propterea etiam tertio hoc ca-
pite à prætore vocantur, l. 1. §. 4. unde cogn.

TEXTUS.

De conjunctis per feminas.

2. Eos etiam qui per feminini sexus perso-
nas ex transverso cognatione junguntur, tertio
gradu proximitatis nomine prætor ad successio-
nem vocat.

COMMENTARIUS.

HÆc secunda classis est eorum qui à præ-
tore vocantur gradu seu ordine tertio,
nimirum qui per muliebrem sexum ex trans-
versa cognationis linea conjuncti sunt, qui-
que agnationis jus (quippe quod à patre oritur)
numquam habuerunt, ll. 2. & 4. unde cogn. Ait
autem diserte ex transverso; quia qui sunt in
linea recta eos secundo capite prætor vocat,
quoniam his jus legitimorum heredum com-
petit 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. hoc tit. In cognatione enim sola pro-
ximitas spectatur; agnati vero licet gradu re-
motiores, ordine tamen priores sunt omni-
bus cognatis qui jus legitimum non habent;
sed hodie potiores non sunt ut sæpe dictum est.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. Liberi quoque qui in adoptiva familia
sunt ad naturalium parentum hereditatem 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 scilicet qui jus agnationis per
capitis deminutionem amiserunt, ut notavi-
mus in fine §. 1. hoc tit. Quod si ab adopri-
vo patre emancipati fuerint vivo adhuc pa-
tre

tre naturali recipiunt gradum liberorum, l. 4. unde lib. & perinde admittuntur ad bona patris naturalis ac si ab ipso emancipati essent nec umquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, quæ prator liberos vocat, §. 10. junct. §. 13. Inst. sup. de her. quæ ab intest. def.

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

4. Vulgo quæsitos nullos habere agnatos manifestum est; cum agnatio 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 agnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio qua proximitatis nomine cognati vocantur.

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 junctis non item.
- 3 Natos ex damnato legibus coïtu omnis successionis esse expertes.

IN tertia classe eorum qui nomine proximitatis vocantur sunt vulgo quæsitæ: qui & ipsi inter se & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus agnationis habent. Ajo à latere; quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsitæ sint, etiam legitimæ hereditatis capiendæ ultro citroque jus est ex senatusconsultis & constitutionibus. Post Nov. 118. idem jus successionis inter se habent quod parentes & liberi legitimi.

1. Nullos habere agnatos] Ad spurium nullius hereditas, & ad nullum hereditas spurii jure agnationis pertinere potest; quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur qui vulgo concepti sunt, l. 4. unde cogn. junct. ll. 19. & 23. de stat. bom. Sed nec natorum ex concubina hereditas 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; ceteri omnes matrem sequuntur, d. l. 19. l. 24. de stat. bom. 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 quæsitæ 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 hereditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, l. 4. unde cogn. Ex hoc autem loco apparet consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum: qua de re abunde supra tit. Inst. de leg. agn. succ.

Cognati sunt sibi sicut & matri] l. 4. §. 2. de grad. & affn. 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. 54. de rit. nupt. Ceterum in causa successionis ratione patris jus agnationis nec inter se nec cum patre aut conjunctis per patrem habent, quantumvis nati sint ex concubina; quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, auth. licet C. de natur. lib. VINN. Quod apud Hispanos observandum esse contendunt nostrates ex l. 8 tit. 13. Part. 6. nobis incerta res est. ADD. T. Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem nec legitimis genitorum liberis aliisve per patrem conjunctis succedunt.

3. Contrà vero etiam fratres illegitimi sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre licet diversis patribus geniti, invicem sibi jure agnationis succedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, d. l. 2. unde cogn. & hoc text. dum tamen ex eo complexu orti non sint qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coïtu nati omnis successionis sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento quam ab intestato penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matre (quod est extra controversiam), nec inter se ipsi

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 *cap. ult. Nov. 74. & cap. ult. Nov. 89.* Gloss. comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib.* Cagnol. in *l. pen. C. ad senat. Orfic. Palæot. de nob. & spur. cap. 43.* Forster. *tit. de success. eor. qui ex damnat. cois. conclus. 5.* Ant. Fab. *Cod. suo lib. 6. tit. 33, decis. 3. 7. & 8.* Fachin. *6. contr. 10.* Dissentiunt Christin. *vol. 1. decis. 198.* & ibi citati VINN. Jure patrio matris consanguinei liberis naturalibus succedunt, & hi vicissim consanguineis; consanguinei vero patris naturalibus non succedunt, neque hi illis, *l. 12. tit. 13. Part. 6.* Gomez ad *leg. 9. & seqq. Taur. n. 46. & seqq.* De successione fratrum naturalium adesit *d. leg. 12. tit. 13. Part. 6.* ADDIT.

TEXTUS.

Ex quo gradu agnati vel cognati succedunt.

5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum queramus sive de edicto quo prætor legitimis heredibus 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.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit quam cognatorum.
- 2 In obscuro esse cur sexto potius quam quo alio 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.

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

1. Agnationis jure etsi decimo gradu] No-

minis & familiæ propagandæ studium fecit ut successio quæ agnationis jure nititur latius diffunderetur quam quæ naturali dumtaxat cognatione; nec à prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo.* Hoc dicitur πρὸς διαστολῆς (ad distinctionem) 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 hereditatem, iisdem etsi heredes non extiterint prætor ut custos & minister juris civilis etiam jure legitimi heredis defert bonorum possessionem, quamvis sexto gradu sint remotiores.

2. *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 difficile est dicere. Paulus 4. *sent. 11. in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis quibus personæ propriæ denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesembecius 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 ascendentium aut descendantium, 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 dicto loco eandem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *l. 1. in pr. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile est, in hac ἀπολογία (causæ redditione) 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.

3. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie sublato per Nov. 118. agnationis & cognationis discrimine intelligi debeat sublato quoque esse discrimen termini successionis; quod pene etiam expressum est in calce *cap. 3. d. Nov. 118.*

Gloss.

Gloss. Joann. Fab. Ang. Wesemb. *bic.* Forster *tract.* 3. *cap.* 9.

4. Unum superest non satis expeditum, 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 dependet decisio questionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant, an vero etiam ultra eum. Ut dicamus decimum gradum terminum successionis agnatorum hic constitutum multa suadent. Primum enim eur 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 statuatur, vix umquam ordini 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 *dist. Nov.* 118. utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra; quod & vulgo receptum est, testibus Joann. Fab. Ang. Porc. Myns. Schneid. Wesembec. VINN. Quod apud nos decisum est *l. 6. tit.* 13. *Part. 6. ADDIT.* Sed in contrarium movet quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hereditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sint, §. 3. *Inst. in pr. de leg. agn. succ.* quod & mox ibidem repetit & iterum §. ult. *Inst. inf. de serv. cogn.* Item quod Ulpian. *l. 2. §. 1. de suis & legit.* 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 feminas agnatas consanguineis remotiores jus legitimæ successionis habere, §. 3. *Inst. sup. de leg. agn. succ.* Et denique quod lex XII. tabb. simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui heredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio est ad ea quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet quominus dicamus exempli tantum gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determina-

tive: 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, §. 7. *Inst. 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. VINN. Apud nos explorati juris est deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiscum spectare, *d. l. 6. tit. 13. Part. 6. ADDIT.*

Sobrino sobrinaque nato natave] Bonorum possessio, ait Ulp. quæ ex hac edicti parte datur cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrinum & sobrina natum & natam, *l. 1. §. 3. unde cognat.* 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.

Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium, ita Justinianus naturæ secutus simplicitatem eos ad successionem vocavit *Nov.* 118. quos defunctus quam maxime dilexisse censetur: id quod & aliis gentibus placuisse novimus. Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 7. §. 3.* Cum itaque jam pridem observassent Philosophi, ὅτι μάλιστα συνικνεῖται τὸ ἀφ' ἑ τῷ γενεῖσθαι, ἢ τὸ γινώμενοι τῷ ποιῆσαι, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ ἵκεῖν τῷ ἀφ' ἑ, magis affici causam gignentem erga genitum quam genitum erga gignentem; idque quod ex aliquo ortum est id ei quasi proprium esse; præter causam autem gignentem & genitum magnum inesse monumentum ταῦτο ἀματι καὶ ταύτῃ ἐξ ἑ. eidem sanguini & eidem radici, Arist. *Ethic. ad Nicom. lib. 8. cap. 11.* consequi videbatur, ut successio primum descenderet; si quò descenderet non esset, ascenderet: si nec

ascendere posset, ad latus divergeret. Nov. 118. præf. HEIN.

De successione liberorum.

1. *Jure Novell. liberos omnes non habita ratione familiæ, sexus, gradus, ceteris omnibus in successione parentum præferri; & quæ inde consecutaria.*
2. *Due causæ in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3. *Quis succedendi in hoc ordine modus.*
4. *De liberis legitimis, illegitimis & adoptivis. Remissive.*

1. **S**uccedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit Nov. 118. Primus est descendantium sive liberorum defuncti. Hos voluit ceteris omnibus præferri solosque admitti ad hereditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes ut neque sexus neque familiæ neque gradus ulla prærogativa esset, sed sive masculi sint sive feminae, sive ex masculis sive ex feminis descendant, & sive suæ sint potestatis sive sub potestate, primi sive inferiorum graduum ascendentibus omnibus & lateralibus præpenderentur, 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 hereditatem eamve ad quoscunque heredes transmittendam necessaria iis sit aditio, uti & iis qui ex feminis descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in §. 5. *Inst. sup. de exher. lib.* Deinde sic admitti ut etiam patri in cujus potestate defunctus fuerat præferantur in iis bonis quæ patri ex constitutionibus non adquiruntur: quod etiam expresse d. cap. 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstat 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 hiis suis concurrant, ut jam olim juris fuit in nepotibus suis heredibus, §. 6. *Ins. sup. de her. quæ ab intest.* 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 emancipato liberis, arg. d. cap. 1. quod & D. Gudelinus lib. 2. de jur. nov. cap. 13. post D. Wesemb. in par. ad istud edictum recte ob-

servavit: utut id negent Cujac. ad *banc Nov.* 118. & Hotom. ad calcem tit. *Inst. de her. quæ ab intest.*

2. Duo tantum sunt casus quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur: pater in usufructum virilis partis bonorum (quæ ex hereditate materna ad filios emancipatos pervenerunt, l. 3. *C. de bon. matern.*); conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usufructus eorum, Nov. 53, cap. ult. Nov. 117. cap. 5. *auth. præterea unde vir & ux.*

3. Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum hiis suis concurrant succedunt in stirpes; quoniam jure representationis semper veniunt, ut scilicet in parentis de mortui locum succedant, non habita ratione cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit necne, d. cap. 1. quod representandi jus etiam in pronepotibus & deinceps ceteris locum habet, concurrentibus cum iis qui sunt gradu proximiores, per §. ult. *Inst. sup. de her. quæ ab intest.*

4. Liberi vero omnes qui ejusdem sunt stirpis & gradus in capita succedunt; id est viritim, ut æqualiter hereditas inter eos dividatur, d. cap. 1. Facit §. 6. & d. §. ult. *Inst. de her. quæ ab intest.* Sciendum autem est, Justinianum toto d. cap. 1. Nov. 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio, quibus tamen etiam exæquari sunt in hac causa liberi legitimi, §. 2. *sup. d. tit.* ubi diximus, Nov. 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. pen. *Inst. sup. de senat. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum quod constitutum est l. penult. *C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub tit. *de her. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum aut cognationis omnino, ut sub rubr. tit. *Inst. de adopt.* & sub tit. *Inst. de exher. lib.* VINN.

Ordines successionis quos Justinianus constituit in d. Nov. 118. Leges Regiæ sunt imitatæ, l. 2. tit. 13. *Par. 6.* itaque de his singillatim agendum erit. In primo ordine, in successione nempe liberorum, eodem prorsus modo jure nostro succeditur ac describit Vinnius è jure novissimo, tam quod ad representationis jus spectat, quam quod ad successionem nepotum in stirpes, l. 3. tit. 13. *Part. 6.* Quod vero de successione patris in virilem usufructus partem tradidit Auct. hodiernus usus non servat; nisi quod legitimus bonorum filiorum qui

qui ad justam ætatem non pervenerint administrator sit : textus in *l. 13. tit. 2. lib. 4. legg. Wisigott.* quæ moribus comprobata est. Quæ vero de successione uxoris inopis in quartam bonorum mariti partem, modo honeste se gerat nec secundas ambiat nuptias, commemorantur, confirmata sunt in *l. 7. tit. 13. Part. 6.* cum ex *Wisigott. legg.* in quartam ususfructus partem veniret, *l. 14. tit. 2. lib. 4. legg. Wisigott.* Hodie moris est alimenta viduæ assignare pro re & qualitate defuncti ac mulieris conditione. De filiis illegitimis superius diximus. De adoptivis *l. 5. tit. 6. lib. 3. for. legg.* cautum invenimus eos à naturalibus excludi; præterea adoptiones apud nos in usu non esse superius monuimus. Illud è nostro jure repetere visum est, non posse parentes filiis aut ceteris descendentibus superstitibus erogare, sive in alimenta filiorum naturalium sive in funerum expensas sive in pias causas sive in alia legata, præterquam bonorum quintam partem, *ll. 12. & 13. tit. 6. & 1. 8. tit. 8. lib. 5. Recop. ADDIT.*

De successione parentum.

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

1. **S**ecundus ordo ascendentium est sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hereditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit succedunt soli, & soli inter eos qui sunt gradu proximi, *d. Nov. 118. cap. 2.* Et si quidem ex eadem sunt linea succedunt in capita; quippe in hoc ordine locum non habet representatio, *d. cap. 2. Nov. 118. auth. defuncto C. ad sen. Tert.* sin ex diversa, tamquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni licet impares numero consequantur, *d. cap. 2.* Nec attenditur unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenierit, à paterna linea an à materna, per *d. cap. 2. vers. si autem. Gudel. lib. 2. de jur. noviss. cap. 14. Fab. Cod. suo, lib. 6. tit. 33. de fin. 2.*

2. Quod si cum ascendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti non soli parentes ad hereditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet quod nec

ususfructus portionis fratribus delatæ parentibus quorum in potestate sunt acquiratur, *d. cap. 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. ber.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres consanguinei tantum cum patre aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. auth. defuncto C. ad senatus. Tert. 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 & *l. pen. C. de adopt. VINN.*

In successione ascendentium idem juris apud nos est, ac *d. Nov. 118.* statutum est. Itaque deficientibus descendentibus succedunt ascendentes, *l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.* Jus representationis inter eos non est. Itaque proximior, veluti pater aut mater, avos sive paternos sive maternos excludit, *l. 4. tit. 13. Part. 6.* Si plures sint ascendentes, alii paterni alii materni, hereditas in duas partes dividitur, quarum alteram paterni alteram materni ex æquo ferent, *d. l. 4.* Cum in eos jus representationis non cadat, successio semper fit in capita nunquam in stirpes, *d. l. 4.* neque discretio fit bonorum ut paterna paternis materna redeant maternis, nisi in locis ubi viget lex Fori legg. (*10. tit. 6. lib. 3.*) in qua hæc bonorum divisio statuta fuerat: express. text. in *l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.* Itaque, ut verbo dicam, quæcumque de jure novissimo Vinnius noster, eadem jure Hispano observantur. Una exceptio est, quod ascendentes excludunt fratres germanos & filios fratrum ex leg. 6. *Tauri* (*1. tit. 8. lib. 5. Recop.*) cum tam *d. Nov. 118.* quam *Partt.* jure simul vocarentur, *l. 4. tit. 13. Part. 6.* hodie vero deficientibus descendentibus soli succedunt ascendentes ex *d. leg. Tauri.* Illud observandum est, non posse liberos ascendentibus extantibus neque ex testamento neque ab intestato disponere præterquam de tertia bonorum parte; reliquum hereditatis ad parentes sive ascendentes jure legitimæ spectare, *d. l. Recop.* modo filios naturales non habeant quibus universam hereditatem relinquere fas est, *l. 8. tit. 8. lib. 5. Recop.* De successione parentum illegitimorum diximus supra §. 3. *ad senat. Ofic. ADDIT.*

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.

1. **T**ertius 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. cap. 3. Nov. 118. auth. itaque 3. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris , quo jure fratres qui tantum consanguinei sunt idem jus habent quod germani ; & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet ; nec non ad avunculos æque atque ad filios sororum honoraria , *l. 1. §. pen. unde cogn. Vid. sup. tit. Inst. de legit. agn. succ. & de success. cogn.*

2. 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 Forster. 8. *de success. ab intest. cap. 3.* Fachin. 6. *contr. 3.* Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia ; propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est , *§. 4. Inst. sup. de leg. agn. succes. l. 2. §. 2. de suis & legit. l. pen. in fin. & ultim. §. 3. C. de legit. her.* nec ostendi potest Justinianum quidquam , quod quidem ad hanc causam attinet , innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt , 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 accepturus fuisset , *§. 6. Inst. sup. de ber. quæ ab int.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis , *d. cap. 3. Nov. 118.* Ergo. Ad hoc respondeo , falsam esse istius argumentationis assumptionem si in sensu diviso , de quo quæritur , accipiat , hoc est quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. cap. 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 possunt. Non obstat exemplum nepotum , quos constat in stirpes semper succedere , si ve 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 descendendum nunquam proximitas spectatur , *d. §. 6. & §. ult. Inst. de ber. quæ ab int.* in linea collateralis perpetuo , & sola , *sup. tit. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l. 3. C. de legit. ber.* unde unum tantum casum , eum quem diximus , excepit Justinianus. Arqui , ajunt , fratris filii excludunt defuncti patrum qui eodem gradu est , *d. cap. 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 dumtaxat , 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 proximioribus sunt , si illo-

lorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum tamquam descendendum, quam patruorum aut avunculorum qui instar sunt ascendendum; & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum, propter duplex sanguinis vinculum quam consanguineorum tantum aut uterinorum, *Nov. 84. cap. 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. 12. C. de inoff. test.* Azonis sententia constitutione Caroli V. in comitiis Spirensibus confirmata est anno 1529. probataque & Gallicanis Parliamentis. *Papon. lib. 21. tit. 1. arrest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. decis. 92. n. 3. Costal. in l. 1. §. ult. C. si pars ber. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curii. *Thesaur. dec. 162. Ant. Fab. Cod. suo tit. de legit. ber. defin. 1. Christin. vol. 1. dec. 194.* Atque ita quidem ego olim pro Azone. Ceterum 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 dumtaxat 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 opulenti *us lib. 2. select. quæst. c. 30.*

3. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. Nov. 118. cap. 3. aurb. post fratres C. de leg. ber.* 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. contrà sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda; uti & Forster. *lib. 8. cap. 8.* Gomez ad *leg. Tauri l. 8. n. 8.* Gudelin. *lib. 2. de jur. nov. cap. 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, parentem liberis suis remota questione unde bona obvenerint succedere. Forster. *lib. 7. cap. 4. n. 6. & seqq.* Fachin.

6. *contr. 4. Covar. epit. de succes. ab intest. n. 3.* Deinde Justinianus primo utrumque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistincte 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 ex gr. à communi patre proveniunt nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio, aut efficere ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenerint non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi. Alvarot. in *tit. de success. fratr. §. in his vero. Feud. lib. 2. in tit. 11.* Curt. *tract. de feud. part. 3. n. 56.* Denique si defunctus nulla bona materna habeat sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *d. cap. 3. Nov. 118.* pugnare videntur consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. 13. §. 2. C. de legit. ber. & Nov. 84. cap. 1. §. 2.* Sed verissimum est minimeque 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 pater adhuc vivit & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis quæ à matre profecta sunt consanguineis præferuntur.

4. Postremo veniunt ceteri 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. 84. cap. 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. Inst. de success. cogn.* De lateralibus adoptivis ad *§. 2. Inst. de legitim. agn. success. VINN.*

In successione laterali permulta quæ ex *d. Nov. 118.* controversa erant nostro jure decisa sunt, quod ut plenius intelligatur integram rem exponam. (1) Duobus ordinibus tam descendentium quam ascendentium deficientibus succedunt laterales, *ll. 5. & 6. tit. 13. Part. 6.* inter quos primum locum obtinent fratres germani unâ cum filiis germanorum, qui ceteros fratres tam consanguineos quam uterinos excludunt, *d. l. 5.* Quod vero diximus filios fratrum simul admitti licet gradu remotiori sint, hoc evidens indicium est in locum demortuorum fratrum venire, quare succedunt per repræsentationem & in stirpes, *l. 5. tit. 8. lib. 5. Recop.* Si filii germanorum fratrum soli sint ceteros excludunt. Post fratres germanos eorumque filios vocantur fratres consanguinei & uterini cum filiis eorum; si vero simul concurrant discretio fit bonorum, & consanguinei in bonis paternis uterini in maternis succedunt; in bonis vero aliunde quæsitis æquis partibus admittuntur, per text. express. in *d. l. 6. Part. 6.* Filii fratrum tum consanguineorum tum uterinorum in stirpes cum suis thiiis vocantur & pari jure cum his censentur. Sed insignis jure nostro quæstio est, an filii fratrum cum soli sunt in stirpes an in capita vocentur, in qua disputatione hæsitasse Vinnium nostrum ex commentario discas. Inter nostrates D. Covarruvias in *epit. succ. ab intest.* in capita succedere docet, motus præcipue auctoritate legis

Fori Judicum (8. tit. 2. lib. 4. legg. Wisigott.). Antonius vero Gomez in *comm. ad l. 8. Tauri* strenue contendit filios fratrum succedere in stirpes, etiam cum soli sunt: quam fuisse legis Tauri decisionem magno nisu propugnat. Nostrum tantas componere lites non est; opinio tamen Gomezii magis arideat. Post fratres demum & filios fratrum, inter quos solum ratio habetur repræsentationis ac duplicitatis vinculi in linea laterali, ceteri tam agnati quam cognati, nullo inter eos discrimine, quo quisque gradu proximior est ordine vocatur; si plures sunt in eodem gradu pariter admittuntur: quæ lateralium successio usque ad decimum gradum extenditur: textus est in *d. l. 6. tit. 13. Part. 6.* Demum deficientibus cognatis ad decimum usque gradum conjux ad hereditatem defuncti intestati conjugis vocatur, *d. l. 6.* Si vero nullus eorum extiterit bona defuncti quasi vacantia fiscus occupat, *l. 12. tit. 8. lib. 5. Recop.* De successione illegitimorum naturalium supra monuimus. Illud omittere fas non erat, non posse magistratus sive Ecclesiasticos sive Sæculares se immiscere in intestatorum bonis ad conficienda inventaria, seu ad distribuendam quintam bonorum partem in funeris expensas & alias pias causas, sed heredis officio permitti has res pro conditione personæ ac rei hereditariæ curare; magistratus tamen officium est negligentem heredem ad hæc exsequenda admonere & compellere, *l. 16. tit. 4. lib. 5. Rec. ADDIT.*

TITULUS VI.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. lib. 38. tit. 10. Et l. 3. tit. 6. Part. 4.

TEXTUS.

Continuatio & cognationis divisio.

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, amita, avunculi, matertera. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit

at ea quæ ex transverso numeratur à secundo.

L. 2. tit. 13. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Causæ ob quas cognationum gradus nosse oporteat; & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent.
2. Qua serie gradus numerentur tum in generationis linea recta tum in laterali.

1. **N**ON unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse de-

debet; nam & legitimæ hereditates & tutela ad proximum quemque agnatum redire consueverunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hereditatem quam ad tutelam cognati omnes, id est non tantum agnati sed etiam ceteri cognati servata gradus prærogativâ vocantur, *Nov. 118. cap. 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, maxime post jus Canonicum, quod hic diversa à jure Civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam eo quod in causis matrimonialibus dumtaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *Inst. de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hereditatibus 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, eorundemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti *μεταφορικῶς* (*translatè*) vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis quasi gradibus quibusdam oriuntur, 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. §. 10. de 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 ascendentes; 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 utrimque coeunt, quæ scilicet eorum est qui pari gradu distant à communi parente; vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius.

2. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu; transversa autem incipit à gradu secundo, *l. 1. §. 1. l. 9. de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium, filius recta generatur à patre; & ita deinceps ascendendo aut de-

scendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit quam de cujus hereditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patruus & avunculus ex avo & avia; nam frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens ita & conjunctio eorum ab eo pender. 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 ἴσχυοντος αὐτοῦ πρόωπον* (*ad personam quæ cognationis est auctor*), ut Theoph. *de legit. agn. succ. in pr.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum, de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæritur frater quoto gradu à fratre distet, primum ab uno fratre ascendendum est ad caput utriusque patrem 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 alterum. Pari ratione, si quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem, deinde iterum descende ad ejus filium qui est patruus tuus; & reperies eum tibi conjungi 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.

Primus gradus.

1. Primo gradu est supra pater, mater, infra filius, filia.

Secundus.

2. Secundo gradu supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, soror.

Tertius.

3. Tertio gradu supra proavus, proavia; infra pronepos, proneptis; ex transverso fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est pa-
tris

iris frater, qui Græcis πατέδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græce μητέδελφος dicitur, & uterque promiscue θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græce πατράδελφῃ appellatur. Matertera vero matris soror, quæ Græce μητράδελφῃ dicitur; & utraque promiscue θεῖα appellatur.

L. 4. tit. 6. Part. 4.

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil est quod interpretem desideret. Nomina Græca quæ hic addita, non sunt apud Gajum l. 1. §. 3. & 2. seqq. de grad. & affin. & quædam etiam desunt quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατέδελφος & μητέδελφος apud Cujac. Hotom. Cont. Wsemb. legitur πατῆρος & μητῆρος, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατράδελφῃ & μητράδελφῃ, non agnoscunt, nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione feminina; & discrete Pollux in Ὀνομαστικῷ (Onomastico) scribit: τῇ πατρός ἀδελφῇ (patris sororem) πατέδελφῃ, τῇ δὲ μητρός (matris vero sororem) μητράδελφῃ appellari: θεῖος & θεῖα communia nomina esse constat quibus promiscue fratres & sorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & appellatur, in nonnullis editionibus interpositum est, quæ etiam τῆς, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Plane Polluci τῆς est ἡ μητέδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα tam patris quam matris soror, sed apud hos legitur τῆς. Fratris sororisque filii & filię speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, l. ult. §. 14. de grad. & affin. Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφίδης, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφίδης patruelles vertunt: quo nomine recte notantur à D. Giphano. Æacus Plutonis ἀδελφίδης apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius, fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφίδης, fratruelis fratris filius vel fraternus. VINN. Dicuntur & nepotes, quamvis ea notio sequiorem Latinitatem sapiat. Vide Causaub. ad Spart. Hadr. cap. 2. Voss. de vit. serm. cap. 27. Attamen Ovid. 3. Pont. eleg. 3. ad Cupidinem.

Cæsar ab Ænea qui tibi fratre nepos. quod notavit Barthius ad Guill. Brit. p. 431. Sæculo 4. Licinium Constantini ex sorore nepotem vocant. Hieronym. Chron. n. 2330.

& Oros. lib. 7. cap. 28. Quæ loca suppeditat vir cl. Christ. Cellar. in Cur. poster. p. 235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

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 avie frater & soror: consobrinus, consobrina, id est qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinus eos proprie dici putant qui ex duabus sororibus progeniuntur, quasi consorinos; eos vero qui ex duobus fratribus progeniuntur proprie fratres patruales vocari. Si autem ex duobus fratribus filię nascuntur, sorores patruales appellari. At eos qui ex fratre & sorore progeniuntur amitinos proprie dici putant. Amitine filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

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 & sorore nati sunt propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patruales proprie appellari; qui quæve ex duabus sororibus consobrinus consobrinæque, quasi consorinos; qui quæve ex fratre & sorore amitinos & amitinas dici tradunt Gajus l. 1. §. 6. & Paul. l. ult. §. 15. de grad. & affin. ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinus vocari testantur. Et quamvis amitini numquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est is ab eo consobrinus nominatur, ut in fin. bujus §. etiam Justinianus indicat: tamen ex sorore & fratre natos mutuò 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 Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, patruelium uterini, l. 1. de parricid. nec enim potes illo loco patruelem & ma-

truel-

truellem consobrinus 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 *ἰμωπάτριος* fratrem sororemque consanguineos, matruelem *ἰμωμήτριος*, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eundem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matrueilibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

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 proavia frater & soror; item fratris patruelis vel sororis patruelis, consobrini & consobrina, amitini & amitina filius, filia, propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrum magni, amite magnæ, avunculi magni, matertera magnæ filius, filia.

COMMENTARIUS.

Propior sobrino] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina, item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina recte omnimodo dicitur, l. 1. §. ult. l. ult. §. 16. vers. personæ ff. de grad. & affin. l. 2. C. unde leg. Paul. 4. sent. 11. Festus in verbo propius. Usitatus tamen est propior sobrino, pro quo Tacitus lib. 12. annal. cap. 64. dixit sobrinus prior. Lepida, inquit, minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippinæ sobrina prior &c. parem sibi claritudinem credebatur. Neque enim necesse est ut cum Cujacio & Giphano pro prior legamus propior; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus de cujus cognatione queritur, 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) Agrip-

pina illi consobrini filia. Verum ut confusa est utrimque 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.

Sextus gradus.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos trineptis; ex transverso fratris sororisque abnepos abneptis; & convenienter abpatruus abamita, id est abavi frater & soror: abavunculus abmatertera, id est abavie frater & soror: item propatruui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia: item propius sobrino sobrinave filius, filia: item consobrini consobrinæ nepos, neptis: item sobrini, sobrinæ, id est qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur.

COMMENTARIUS.

Item propius sobrino sobrinave filius, filia] Hæc verba omnino inducenda sunt ut superflua. Etenim filii & 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 demto cetera recte habent; neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Wesembacio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, item consobrini &c. expunxit.

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

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est ego ei vicissim sum sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrimque sobrinus dici eos qui ex duobus patruelibus, ex amitino &

consobrinus, ex duobus item consobrinis nati sunt. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin. VINN.* De gradibus cognationum stemma elegantissimum confecit Ildephonsus Rex tabulis iconographicis, *tit. 16. Part. 4.* ubi nomina quæ hisce cognationis gradibus patrio sermone congruunt videre poteris. **ADDIT.**

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

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 adjicit; ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

L. 3. tit. 6. Part. 4.

NOTA.

7. *Generata persona gradum adjicit*] Jus autem Canon. alia dinumeratione utitur in linea transversa; quæ tamen in causis matrimonialibus dumtaxat servatur: videt. ad sedem *cap. parentela caus. 35. quest. 5.*

COMMENTARIUS.

Generata persona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, 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.

De gradibus agnationis.

8. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

Recte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit agnationis gradus eodem modo numerari sicut cognationis, tam enim agnatorum quam cognatorum hæcenus mentio facta; sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. *Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigatur: ideo necessarium duximus post narrationem graduum eos etiam præsentī libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentēs perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

L. 2. tit. 6. Part. 4.

COMMENTARIUS.

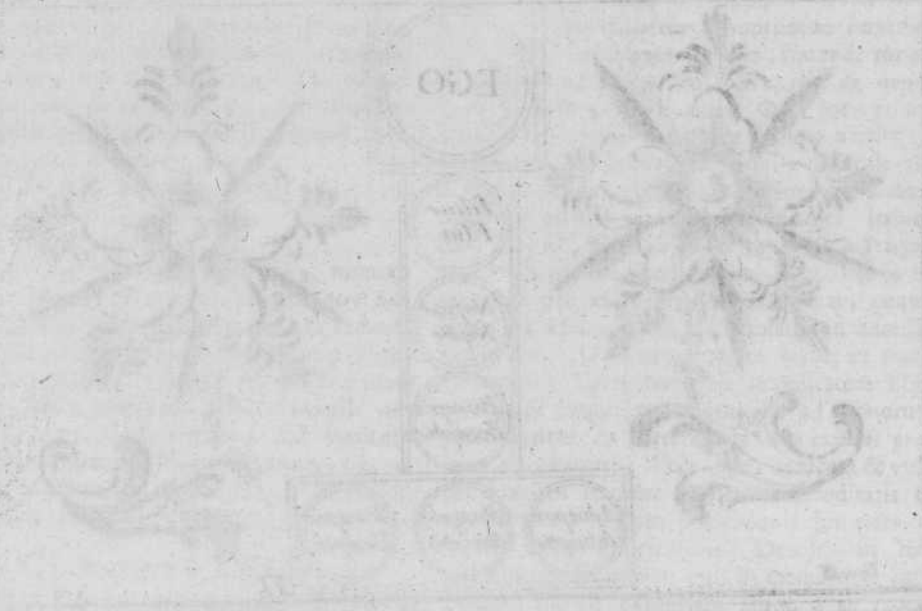
Rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *περί αἰσθήσεως* (de sensu) hanc affert, quod aspectus per se aut vi sua nulliusque alterius operâ percipit, auditus vero per accidens & operâ aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt quam quæ audimus, quæ absunt fere & ideo non ita movent. Horat. in *arte v. 180.*

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

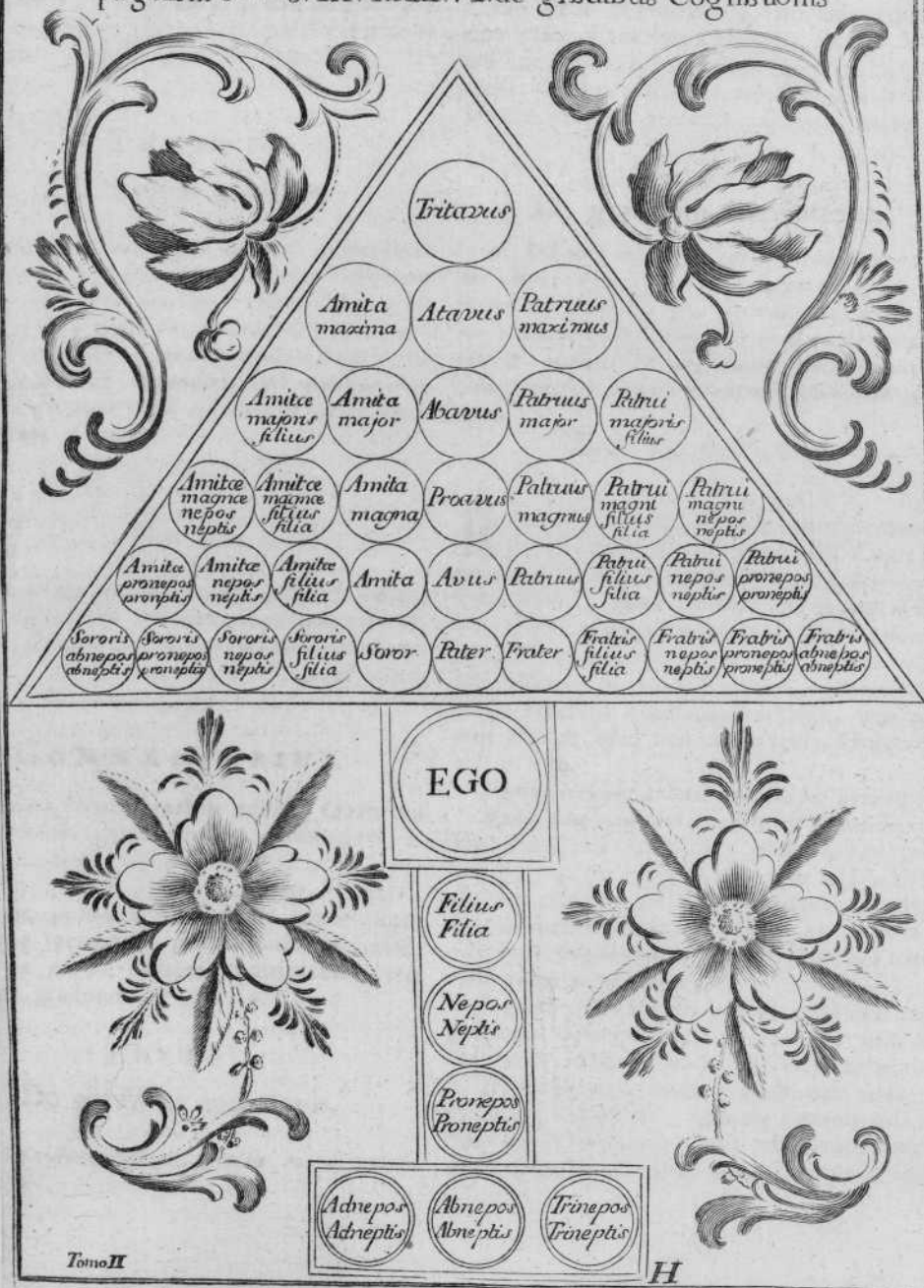
Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur celerius ad animum accedere quam quæ aurium viâ manant. Polyb. 12. *ὀφθαλμοὶ τῶν ὄντων ἀκριβέστεροι μάρτυρες* (oculi præ auribus testes accuratiores).

Præsentī libro inscribi] Hæc graduum cognationis descriptio perit temporum injuriâ. Sed nullo negotio similis delineari & in tabula representari potest: quod cum etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum iuris versantur, nobis nihil opus est hic item tabulam aliquam exhibere.

beginning of the 19th century
1819



TYPUS HIC REFERENDUS EST AD
 paginam 57. §. IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



TITULUS VII.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. lib. 38. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 4.

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 servili conditionis muliere, vel contrā serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, & ad libertatem his pervenientibus ii qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerint, vel dum mulieres liberae 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.

L. 10. tit. 22. Part. 4.

NOTA.

Liberum vel liberos] Liberum, numero unitatis, vide sup. §. 2. Inst. per quas pers. Satis erat dicere, liberos habuerit, l. 148. de verb. sign. VINN. Eodem modo locuti sunt Veteres quidam. Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit*. Add. Quintil. declam. 11. l. 33. C. de inoff. test. Ex instituto ea de voce disputant Voss. de analog. lib. 1. cap. 42. Munker. ad Hygin. fab. 9. & vir cl. Dukerus de Lat. vet. Jct. p. 385. HEIN.

COMMENTARIUS.

Notant fere recentiores omnes in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem

Tom. II.

habere, sed cohærere titulo præcedenti, cuius 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 proximè 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 quæ bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere: ex Ulpian. l. 1. §. 2. unde cogn. & Paul. l. ult. §. 5. de grad. & affn. Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt nec successorem habere possunt nec ipsi alteri succedere, l. 4. C. comm. de success. 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, §. 10. Inst. sup. de nupt. l. 14. §. 2. & 3. de rit. nupt. Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, d. l. ult. §. 5. de grad. & affn. Itaque si, verbicausa, ancilla cum liberis quos in servitute pepererat manumissa fuerat, neque liberi ex senatusconsulto Orficiano ad hereditatem defunctæ matris, neque mater ex senatusconsulto Tertulliano ad hereditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi vocabantur; licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hereditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione] Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam atque à se repletam Cujacius exhibet lib. 20. observ. 34. in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur.

H

tur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, §. 3. seq. tit.

Humanitate suggerente] Etsi servilis cognitionis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest; potest tamen servitute sublata; atque adeo plenum humanitatis est tunc in hac etiam causa cognitionem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem] Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillise, si parentibus manumissi ipsi quoque manumissi sint superstitibus, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excluderentur.

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 exstantibus expresse statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione quam hic significat, d. §. 3. vers. *sin autem tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat l. 2. ad senatusc. Tertyll. Sed non est eadem ratio patris & filii 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 success. ad quod jus Tribonianus dicitur 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. Horom. Giphani. auctoritate quorundam manuscriptorum, & Theophili, apud quem tantum est *ἡ ἐκ διαφόρων* (sive ex diversis) 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.

Collatio ordinum & graduum.

1. Repetitis itaque omnibus quæ jam tradidimus apparet non semper eos qui parem gradum cognitionis obtinent pariter vocari; eoque

amplius ne eum quidem qui proximior sit cognatus semper potiorum esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum & eorum quos inter suos heredes enumeravimus, apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiorum esse quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti; cum alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognitionis obtineant frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognitionis & abnepos quarto. Nec interest in potestate morientis fuerit an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato vel femineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus & quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus qui integrum jus habet agnationis, etiam si longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus aut potiorum haberi eum qui proximiorum gradum cognitionis obtinet, ut pariter vocari eos qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum quique inter suos heredes sunt neque agnationis 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 ceteris ulterioris gradus agnatis.

COMMENTARIUS.

Hic locus ad ea omnia quæ hætenus hoc libro tractata sunt generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu; illius autem quam hujus potiorum 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, remotiorum, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis heredibus, agnatus etiam si longissimo gradu &c.] Agnati quoque & ceteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus sed ordinis; nam cognati demum tertio loco vocantur, sup. pr. tit. Inst. de succ. cogn. Verum in-

inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum; quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extrâ quam quod novissimo jure introductum est *Nov. 118. cap. 3.* si fratrum filii cum patruis concurrant. Ceterum revolve quæ tradita *tit. Inst. de leg. agn. succ.* item de *senatusc. Tertyll. §. 3. & seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confussa sunt, *d. Nov. 118.* ubi Justinianus tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium alterum ascendentium tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum ascendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii; ceteri laterales ab iisdem excluduntur; inter ipsos au-

tem succedunt tantum proximi, *d. Nov. 118. cap. 2. & Nov. 127.* Lateralium quoque proximi solum vocantur; nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti ejusque fratribus ex uno dumtaxat latere conjunctis præferuntur: his jure plenioris sanguinis, illis jure quadamtenus descendendum: qua de re supra explicatum est diligentius.

Exceptis fratre & sorore emancipatis.] Ex constitutione Anastasii, §. 1. *Inst. sup. de success. cogn.* Exceptis item sorore uterina & sororis si ve consanguineæ si ve uterine filiiis & filiabus, §. 4. *Inst. sup. de leg. agnat. success.* Sunt autem hæ exceptiones superflue, quoniam personæ exceptæ agnationis jure præferuntur.

TITULUS VIII.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. lib. 38. tit. 2. Et L. 10. tit. 22. Part. 4.

Ratio ordinis & summa tituli.

Hucusque 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 hereditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege *xii. tabb.* constitutum fuit, aliud prætores introduxerunt quod auctum postea lege *Papia*; postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt de lege *xii. tabb.*

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire; nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum si intestatus mortuus esset libertus herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si iis suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si

vero adoptivus filius fuisset aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse.

COMMENTARIUS.

1. *Legem xii. 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 *xii. tabb.* Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo *xii. tabb.* licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est: Lex *xii. tabb.* patronum nominatim vocat ad hereditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus nihilve ei relictum sit.

1. *Herede suo nullo relicto.]* Intestato liberto mortuo lex *xii. tabb.* primum suis heredibus defert hereditatem; si hi non fuerint, tunc patrono. *Ulp. l. 3. in pr. de suis & legit. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.* ubi sic scribit: *Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Ideoque si ve*

testamento factō decedat licet suus heres ei non sit, seu intestato & suus heres 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 heredes vocantur & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos heredes patronum lex vocat mixtum non est, quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Recte Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. Diserti id dicit Justinianus in constitutione Græca quam ex Basilicis primus extulit Cujac. lib. 20. obs. cap. 34. Ἐπειδὴ δοκῶσι συλλεγεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερωμένων οἱ ἐλευθερωτὲς αὐτῆς, διὰ τὸ τοῦ καλῶνται ἐκ τῆς νομῆς διαδοχῆς. Ὅσπερ ἐπὶ τῶν εὐγενῶν οὐ κατὰ βαθεῖαν ἐγγύτητι καλῶνται, οὕτω καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθερωτῶν. Cum veluti agnati libertorum patroni censeantur, hinc & vocantur ad legitimam successionem. Quemadmodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum. Inde est quod & nomina patronorum & cognomina assumerent liberti. Vide Lactant. Inst. div. lib. 4. cap. 3. Car. Sigon. de nomin. propr. 1418. HEIN.

2. 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 hereditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus prætorum ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, arg. l. 1. de bon. lib. Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis heredem testamentum liberti scriptum repelli. Ceterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege XII. tabb. civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. Quæ de causa postea prætoris edito hæc juris iniquitas emendata est; sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum re-

linqueret; & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodassee 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 heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edito prætorio petierant; nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

NOTÆ.

1. Dimidiam bonorum) Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti quæ in castris quæsita, l. 3. §. 6. ff. de bon. libert. l. 37. C. de inoffic. test.

Æque patrono dabatur &c. bonorum possessio] Theoph. Περὶ τῆς ἐδίδου τῆς contra tabulas; sed aut somniavit, aut locus corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

COMMENTARIUS.

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. Ceterum 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) heredes instituerit; quippe à quibus & non factō testamento patronus excluderetur. Ulpian. in fragm. d. tit. ult. in pr.

Sive intestatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum est quod in hac causa mutavit prætor. Nam lex XII. tabb. etiam adoptivo filio suo herede existente patronum in totum ab hereditate liberti intestato mortui excluderebat. Editō 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 editi veniunt quæ vocantur cognati, §. 10. &

§. 12. *cum seq. Inst. sup. de her. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt nisi testamento heredes scripti; ac proinde clausula sequens, *si modo ex aliqua parte scripti heredes erant*, adjecta est.

Aut prateriti contra tabulas] Hoc ad solos emancipatos referri debet; quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non so- leat qui tempore mortis ejus de cujus suc- cessione agitur in aliena familia fuerunt, *d. §. 12. sup. de her. quæ ab int.*

Exheredati nullo modo] Sed quid si testa- mentum per querelam eversum fuerit? Du- bitandum non est quin liberi patronum exclu- dant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.

De lege Papia.

1. *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 heredem reliquerat liber- tus perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos duarve heredes reliquerat tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat repe- lebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1. *Sestertius & sestertium an idem valeant.*

SECUNDA hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem no- menque ei dederunt suffecti coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, A. U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir cl. D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodo pertinuit; in pauperioribus antiquiora jura patronatus in- tacta reliquit.

Qui sestertium centum millium) Locupletio- res habiti qui sestertium centum millium pa- trimonium habebant: pro quo præcise dixit Africanus *rem centum*, l. 26. *de bon. libert.* Hinc *libertus centenarius* qui rem centum mil- lium habet, l. 16. *de jur. patron.* Etenim

ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex Ve- teribus enuntiandi usus fuit: interdum plena oratione ut dicerent, verbi causa, centum mil- lia sestertium, quomodo hoc extulit Justinia- nus hic; interdum præcise, verbi causa, cen- tum sestertium aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus, *d. l. 26.* ubi per octo- ginta & centum, totidem sestertiorum millia cum intelligere certum est.

1. Quod autem Cantiancula & Mynsing- rus hic scribunt, atque in Dictionario suo pro- didit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula signifi- care & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi qui hoc pri- mus *libro de Asse* docuit, errorem esse Bacho- vius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehen- sum. Sed videtur mihi Bachovius valde osci- tanter, Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa à Poëtis id facti- tatum; quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Ceterum quod porro asserit Bachovius, sestertium neutro genere ea- dem significatione usurpari à Poëtis qua mas- culino à ceteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni: in eo dupliciter errat; nam nec Hotomannus id docuit sed Agricola; & ve- rum non esse contra Agricolam ipse Hoto- mannus demonstrat *cap. 22. d. lib. de re numm.* ubi expresse scribit sextertia à Poëtis dici so- lita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans au- ctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficit. Is *satyra 4.* Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait v. 15.

..... Mullum sex millibus emit,

Æquantem sane paribus sestertia libris.

quod priore versu de minoribus sestertiis Poë- ta dixerat, sequenti de majoribus enuntiatis; significat enim totidem libras mullum istum pependisse quot sestertiis Poëticiis emitus fue- rat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Ro- mani non pronuntiaverint; sed cum ad mille millia ventum esset adverbis numerabilibus u- sos; ut dicerent decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen ar- hac obiter monendum sestertium fuisse qua- tam partem denarii, denarium partem vicissi- mam quintam aurei; ac proinde aureum con- tinuisse sestertios centum, idemque valere cen-

centum milia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora quam haecenus habuimus expectamus à D. Salmasio. VINN. Addi ad hunc locum potest vir cl. Jac. Perizon. *de lege Vocon. p. 171.* Nos quoque rem expendimus in *comm. ad leg. Pap. Poppaeam lib. 1. cap. ult. HEIN.*

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

Sine ullo filio intestatus] Reponendum omnino cum Russard. Cuj. Cont. Hotom. testatus, Theophilus, ἐπὶ διαθήκῃ, condito testamento. Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus, tam ex edicto praetoris quam ex lege xti. tabb. *sup. in pr. & S. 1. buj. tit. Cujac. 3. obs. 13.*

Si tres, repellatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure praetorio, quod patronus à praetore repellatur etiam si 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.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio (quam pro omninatione Graeca lingua compendioso tractatu habito composuimus) ita hujusmodi causam definitur, ut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiae 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 heredes 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, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronus*

patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas praeterierint cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos praeterierint, 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 libertave ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus à nobis in praefata constitutione congregatis quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus; ut tam patroni patronaeque 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 patronae vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est ad liberti vel libertae 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 successione fecimus.

L. 10. tit. 22. Part. 4.

NOTA.

Nostra constitutio] Non extat in Codice Justiniani: sed videsis apud Cujac. *lib. 20. obs. 34.*

COMMENTARIUS.

Quoniam lex Papia nimirum patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exaequaret; & jure praetorio libertus sine liberis decedens cogeatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definivit, ut liberto minore centenario testato decedente patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet sive testatus sive intestatus, tum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscunque sexus gradus aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent exheredati; si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut he-

heredes esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato; testamento verò factō, uti pro misse quem prator patrōno decreverat trientem sine ullo onere obtineret; atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet, verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus patrōni ex latere cognati usque ad quintum gradum, sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet & in capita hereditas divideretur.

Pro mille sestertii 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 Wesembægius; ego in medio relinquo.

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

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

Ex constitutione nostra repleatur) Intelligit haud dubie constitutionem l. 30. *C. de inoff. test.* ut proinde hætenus 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 aut exheredatis relicta erant, patrōno incumbere, l. 4. de cond. & dem. l. 64. §. ult. ad senat. Treb.

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

Qui proximior est] Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui

proximior est in successione liberti præferatur, ut plurium patronorum liberi non in stirpes sed in capita succedunt, l. 23. §. 1. & seqq. de bon. libert. Ulp. in fragm. 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 hereditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patrōni eorumque liberi non jure suorum heredum sed agnatorum jure veniunt, l. 2. §. 1. unde legit. Hætenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis succeditur.

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

COMMENTARIUS.

Lim 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. *Inst. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum quem

heredem 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 cautæ 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 heredem habere poterant, sicut nec ipsi heredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hereditatis, item heredis 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 hereditas primum suis heredibus deferebatur, deinde patronis eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quæ defertur in edicto prætoris in specie legitima dicitur, tit. ff. unde legit.*

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus non tamquam hereditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam heredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur com-

muniter inter suos & extraneos heredes: quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter heredes domini aut patris.

Extraneis heredibus eorum] Id est, extraneis heredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce: L. Ticius qui libertum Latinum habebat decessit liberis suis & quibusdam extraneis heredibus institutis; moritur deinde libertus: ex lege Junia unà cum liberis Titii extranei scripti heredes ad bona liberti veniunt. Ex senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus; iis quoque quæ paulo ante dixerat manifeste 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 peculii jure ad Patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. pen. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutio] Ea est *d. l. un. C. de tit.* qua ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissime libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis, *Nov. 78.*

TITULUS IX.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. lib. 38. tit. 4.

Continuatio.

TEXTUS.

An assignari possit; & quis assignationis effectus.

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 assignaverint, hoc est, testificatus fuerit cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. 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.*

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus censuisse Senatum ut quamvis ad omnes patroni liberos qui ejusdem gradus sunt æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur cui assignatus est; & ceteri liberi qui

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 assignatus est decesserit nullis liberis relictis.

NOTA.

Assignare libertum] Id concessum fuit Senat. sub Claudio A. U. C. 798. Suillio Rufo & P. Ostorio coss. Ipsa legitima senat. verba habes in l. 1. pr. ff. hoc tit. HEIN.

COMMENTARIUS.

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 assignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, l. 8. eod.

Ita demum pristinum jus recipiant] Ad liberos non ad heredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur: quod intelligitur ex verbis extremis senatusconsulti relati apud Ulp. d. l. 1. hoc tit. *Utiq; si ex liberis quis in civitate esse desiisset, neque ei liberi ulli essent, ceteris ejus liberis qui manumissit, perinde omnia jura servantur, ac si nihil de eo liberti eave liberta is parens significasset.*

TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum sed etiam libertam, & non tantum filio nepotivæ sed etiam filiæ neptivæ assignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

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

Sed etiam filiæ neptivæ] Senatus generaliter loquitur, si quis liberos in potestate haberet, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptivæ quam filio vel nepoti assignari posse intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem assignatoris, l. 3. §. 4. hoc tit. quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi assignatoris in potestate sint, Tom. II.

non etiam ut sint sui heredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc assignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habeat, ut eis quos in potestate habet assignare libertum libertamve liceat. Unde querebatur, si eum cui assignavit postea emancipaverit num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in potestate] Cum assignare nihil aliud sit quam jus patronatus quod alioqui pluribus competeret uni proprie ac peculiariter attribuire, in eumque solum derivare: non est existimandum dubitatum fuisse an is demum assignare possit qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantum quis habeat an ulla tunc esse possit assignatio; 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 XII. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus assignatione contractum finibus familiæ conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant & hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantum emancipato facta assignatio nulla est, sed etiam facta ei qui in potestate erat emancipatione ejus evanescit. Congruit l. 1. in fin. hoc tit. 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 assignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, ut in specie legis 9. eod. l. ult. de lib. & post. Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus & utrique libertus assignetur: quæ assignatio in persona ejus qui in potestate est nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet. Ita censeo cum Cujac. VINN. Ego cum Edm. Merill. obs. lib. 7. cap. 13. ita conciliare málum textus, quod

possit pater & emancipato libertum assignare, per ea quæ tradit Modestinus l. 9. ff. hoc tit. si tamen suo assignarit eumque postea emanciparit, expirare assignationem, per §. 2. Inst. hoc tit. quia pater dum emancipat mutasse voluntatem censeatur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit; & de Senatusconsulto.

3. Nec interest an testamento quis assignet an sine testamento. Sed etiam quibuscumque

verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso Senat. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo & Asterio Scapula consulibus.

COMMENTARIUS.

Assignari libertus potest & testamento & codicillis & per modum contractus aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistolâ, chirographo, pure, sub conditione, denique nunc etiam, l. 1. §. 3. l. 7. hoc tit. quod procul dubio ex verbo significasset, quo Senatus utitur sumtum est; & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS X.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. lib. 37. tit. 1.

Ratio ordinis. Bonorum possessio quid? Argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis propositis §. ult. Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq. primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hereditatis jure civili tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hereditatis 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 patrimonii sive rei quæ cujusque eum moritur fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur uti possessio illa rerum singularum quæ facti est & corporalis detentionis, de qua tit. π. & C. de adq. poss. sed tota juris est & dominium tribuit; ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est quam hereditas, d. l. 3. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. cod. l. 117. de reg. jur. unde Græcis dicitur πρᾶσις διαδοχῆς (successio prætoriana). 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.

Cur introductæ bonorum possessiones & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; bonorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque qui recte testamento facto heredes instituti sunt dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed

et remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hereditatem heredes quidem ipso jure non fiunt, nam prætor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, vel per senatusconsulta et constitutiones Principales; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessorum. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, cum id agebat ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit.

COMMENTARIUS.

- 1 Quomodo prætor circa successiones jure vetus emendavit.
- 2 Quanam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ et quam utiliter.
- 3 Qui jure civili succedere possunt, si malint bonorario, heredes an bonorum possessorum efficiantur.
- 4 Cur prætor heredem facere non possit.
- 5 Bonorum possessorum vi ipsa heredes esse et jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minus bene perceptum.
- 6 Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.

1. **E** Mendandi juris veteris gratia] Supra didicimus, legem xii. tabb. successiones ab intestato tam angustis finibus conclusisse, ut intra suorum heredum et agnatorum ordinem consisteret. Postea vero multas personas tum inter suos heredes tum inter agnatos vocatas à prætore senatusconsultis, constitutionibus. Prætozem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit qui naturali cognatione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait prætozem 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. Ajo, jure civili neglectis; nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, l. 22, §. 2. hoc tit. l. 12, §. 4. de Publ. in rem act. Simili quoque correctione et quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor et in he-

reditatibus eorum qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundum tabulas postumis alienis heredibus institutis, l. 3. sec. tabb. et contra tabulas liberis emancipatis præteritis, §. 12. Inst. sup. de her. que ab int. def.

Si alienus postumus] Quis dicatur suus, quis alienus postumus; item cur alienus postumus jure civili heres institui non potuerit neque legatum capere diligenter exposuimus lib. 2. Inst. sub tit. de legat. §. 26. Adde et quæ sub §. 2. Inst. sup. de exher. liber. notavimus.

Honorario jure bonorum possessor] d. l. 3. sec. tabb. l. 6. de inoff. test. Atque ad effectum hujus juris et simul institutionis et legati respiciens dixit alibi, postumum alienum etiam olim heredem institui potuisse, §. 28. Inst. sup. de legat. quod multis ibi argumentis confirmavimus.

2. Sed magis confirmandi gratia] Ait quasdam bonorum possessiones à prætore etiam confirmandi id est adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis, quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam recte institutis heredibus prætor polliceatur; altera ab intestato: eaque item duplex unde liberi et unde legitimi, quarum ad illam etiam suos heredes, ad hanc etiam agnatos et qui agnatorum jure censentur invitet.

Heredes instituti] Heredi testamento recte instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hereditate jure civili heres fiat. Existimo etiam prætozem ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas dumtaxat quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hereditas defertur, ignorabat, hoc est quæ septem testium signis erant obsignatæ, l. 2. C. sec. tabb. aut quæ jure civili ideo non valebant quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritum factum fuerat. Ulpian. in fragm. tit. 23. §. 6. et tit. 28. §. 6. l. 12. de injust. rupt. irrit. §. 6. Inst. sup. quib. mod. test. infirm. Ceterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque ut etiam qui recte heredes instituti erant, alique qui jure civili hereditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoris uterentur, veluti interdicto quorum bonorum l. 1. quor. bon. vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessorum.

ribus quam cum heredibus, l. 3. §. 7. *hoc tit.* l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss. bonorum possessionem peterent; edictumque postea plenius conceptum. Horomannus putat, per bonorum possessionem etiam adquiri possessionem ipsarum rerum: qui manifestus error est; non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur quam adeundo hereditatem, l. 3. pr. §. 1. & 2. *hoc tit.* junct. l. 23. de adq. poss. Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem à prætoribus obtinere ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. Wesemb. par. *hoc tit.* n. 8. D. Diod. Tuld. in *comm. hic cap.* 1.

Suos heredes & agnatos] Suos heredes 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 hereditatem obtineant) & ad spectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia succurrendique liberis emancipatis quos jus civile non agnoscit, §. 9. *Inst. sup. de hered. quæ ad int.* tamen suos etiam heredes prætor edicto complexus est, l. 1. unde liberi, & agnatos quoque & ceteras personas legitimas vocavit, tit. unde legitimi; ne quod iis concesserat quos solos ipse vocat, denegasse illis videretur quos vocat potentior; inque eo juris civilis se adiutorem præbuit. Οὐκ ἐστὶ δὲ σκληρὸς ὁ πραιτωρ, (prætor non est acerbus) ait Theoph. & Theod. Hermop. ad leg. 117. de reg. jur. ὁ πραιτωρ εἰς νόμος φιλαγαθώτατος, jus prætorium humanius est. Hinc illustratur lex 7. §. 1. de just. & jur. & §. 7. *Inst. sup. de jur. nat. gent. & civil.*

3. Solus vocat prætor] Quid ergo si quis testamento heres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hereditatem adire vel ex edicto bonorum possessionem accipere, l. 2. §. 8. *sec. tabb.* hoc quam illo jure succedere maluerint? Hos etiam non heredes sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis sed utilibus actionibus usus recte censet Jo. Faber. Quin amplius, nec suum heredem qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias quam utiles & prætorias actiones exerciturum; directasque quæ apud eum remanent, quia ipso jure heres extitit, esse sine effectu, arg. l. 7. §. 10. de minorib. l. 88. de her. instit.

4. Prætor heredem facere non potest] Heredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium tamquam regina & domina præsidet, l. 2. de legib. aut ejus qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet l. 9. de legib. & ostendunt senatusconsulta Tertullianum & Orficianum; non prætoris qui nudus fuit magistratus δίκαιοδότης non νομοδότης: (juris dispensator non lator), qui tamen tacite 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. notata sub §. 7. *Inst. sup. de jur. nat. gent.*

Loco heredum constituuntur] Prætor successores suos quos heredes facere non potuit bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit ut vicem heredum obtinerent immo vi ipsa ut heredes essent, ll. 1. 2. 3. *hoc tit.* Unde est quod heredis appellatio etiam bonorum possessori absolute tribuitur, & perpetuo appellatione hereditatis bonorum quoque possessio venit, l. 138. de verborum sign. l. 12. §. 2. de cond. & demonstr. l. 1. §. 7. ff. ad senatuscons. Treb. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. Sed & passim Nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, l. 24. §. 1. fam. erc. l. 9. §. 6. de interr. in jur. l. 10. ad senatuscons. Vell. l. 1. §. 8. ut legator. nom. cav.

5. Cum ergo bonorum possessores jus heredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc discrete traditum est ab Ulp. l. 1. *hoc tit.* dominium, inquam; non utique directum aut ex jure Quiritum seu legitimum, sed utile si ve bonitarium, aut si mavis dominium prætorium. Nam bonorum possessor heres honorarius est, heres vero dominum significat. Ita quem prætor secundo decreto in possessionem mittit dominus etiam constituitur, l. 15. §. 16. & §. 33. de damn. inf. Perspicuum est igitur eos errare, ut levissime dicam, qui contendunt prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori quam rerum possessionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, l. 12. §. 1. de adq. poss. immo quam nec tribuit prætor & quæ nemini acquiritur nisi qui eam naturaliter apprehenderit, l. 1. & passim de adq. poss. Domini quoque possessionis, quale alii tantum

successoribus honorariis tribuunt merum commentum est. Clarissimus D. Tuldenus sic hæc explicat: hereditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti statim ut adita est tribuit dominium rerum hereditarium. 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 hereditas, eademque ratione qua hereditas successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est dominium jure prætorio tribuit æque ac hereditas jure civili: textus sunt expressi & clari in *ll. 1. & 3. in pr. hoc tit.* Res hæc ideo minus recte vulgo percepta est, quod in describenda tum hereditate tum bonorum possessione Jurisconsulti improprie locuti sunt, nec vero sed tropico genere usi; nam neque hereditas propriè successio est, ut abunde demonstravimus sub *tit. Inst. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi; sed utraque nihil aliud quam universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & heres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, 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. Vinn. Omnino recte rem explicasse videtur Tuldenus. Bonorum enim possessio pertinet ad ea quæ in jure fiunt, *l. 178. §. 2. ff. de verb. sign.* at successio civilis in voluntate consistit, nudoque animo verbis vel factis declarato acquiritur citra interpellationem magistratus, *l. 20. ff. de adq. hered.* Ita & vir cl. Pagenstech. in *aphorism. jur. lib. 3. §. 41.* HEIN.

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 liberi, l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam Interpretes Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118. in pr.* legitur, *πῶτα ἢ τὸ γένος ἐξ ἀδελφῶν διαδοχῇ τριῶν πρῶτης τάξεως* reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est *βασμῆς* (gradibus) ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpsit 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.*

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

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæc: prima quæ præteritis liberis datur vocaturque contra tabulas. Secunda quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque jure vocatur secundum tabulas. Et cum de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur dat bonorum possessionem, quæ vocatur unde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis quas extraneæ manumissori præferebat. Sant autem decem personæ hæc: pater, 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 patroneque, liberisque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

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 quæ-

quæque edicto proposita fuit. Similis est apud Ulp. in *fragm. tit. 28. §. 6.* Percurramus singula.

1. *Ex testamento quidem hæc*] Bonorum possessio, itidem ut jure civili hereditas, defertur aut testamento aut ab intestato. Quæ testamento factæ 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. ff. de legat. præst. l. 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. 21. §. 2. 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. 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est id improprie atque abusive ab eo dici; nec alio sensu quam quod ea locum non habeat nisi defunctus testamento factæ decesserit; atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successionem intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, *l. 1. in pr. §. 5. ff. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ut ejus qui factæ testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit quia à paucis observatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut ceterorum parentum per partem conjunctorum, *π. & C. de bon. poss. cont. tabb.* quæ species à nobis exposita est sub *§. 12. Inst. de her. quæ ab int. & §. 3. Inst. sup. de exher. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas, veluti ea quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, *§. 1. Inst. sup. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii quem emancipavit, *l. 1. si à parent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod si heres non scriptus testamento sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l. 2. C. de bon. poss. sec. tabb.* Datur si modo tabulæ recte factæ sint. Enimvero prætor non omnes hæc 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.

2. Illa autem contra tabulas, & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam si eo testamento de quo agitur liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec antè ad scriptos heredes pervenitur quam liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint, *l. 2. in pr. sec. tabb.* Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrârint, ea sine re futura est si liberi postea suo jure utantur: de quo plura scripsimus sub *tit. Inst. de exhered. lib. ad calcem pr.*

Unde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, *§. 9. Inst. sup. de her. quæ ab int.* sed interim tamen & suis heredibus edicto proposita, *l. 1. §. 6. unde lib.*

Secundo, legitimis heredibus] Quæ dicitur *unde legitimi*; & generaliter omnibus deferitur quibus lex aut senatus defert hereditatem. Unde & mater quæ ex senatusconsulto Tertulliano venit, & liberi qui ex Orficiano ad legitimam matris hereditatem admittuntur hanc bonorum possessionem petere possunt, *l. 2. §. ult. l. 3. unde legit. Vid. sup. tit. Inst. de leg. agn. succ. & 2. tit. seqq.*

3. *Tertio decem personis quas extraneo manumissori*] Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emtor ille imaginarius seu pater fiduciarius qui filium à patre naturaliter venditum sibi ter ipse manumissit nullo fiduciæ pacto interposito ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hereditas deferrebat, excluso patre naturali ceterisque personis quæ hic enumerantur: videsis quæ *sup. §. ult. Inst. de leg. agn. succ. & sub §. 6. quib. mod. jus patr. pot. solv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestinus. *l. 10. de suis & leg. Ait, decem personis.* Totidem eademque personæ præferuntur fisco in iis quæ à viro relicta sunt mulieri si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nup. VINN.* Parum accurate extraneus manumissor vel emtor filii imaginarius appellatur *pater fiduciarius.* Si enim vel maxime fateamur id vocabulum esse genuinum & antiquum: non prius tamen illud emtori dari potuit quam interposita fi-

TEXTUS.

Jus novum.

ducia, id est contractu de filio tertium sibi mancipato patri naturali remanipando. Hic autem agitur de filii emtore qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remanipaverat sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi adquisiverat jura patronatus. HEIN.

4. *Quinto, tamquam 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. §. 9. de suis & leg. l. 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 familiam suam 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 alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patri sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto, patrono patronæque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, l. 2. §. 1. l. 3. unde legit. VINN. Patronus hic vocatur si forte tempore vel repudiatione effectum esset ut ex præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. ad hunc §. Conf. vir cl. Ant. Schulting. ad Ulp. in fragm. tit. 28. §. 7. p. 673. HEIN.

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

Octavo, cognatis manumissoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, 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. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium reperit in Basil. tom. 6. p. 595. Vid. Schulting. ibid. HEIN.

2. Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictionis; à nobis tamen nihil incuriosum prætermisum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidem & secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas; necnon 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 fiduciâ manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessio in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio tamquam 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 vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluta. Aliam vero bonorum possessionem, quæ unde vir & uxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & alio loco, id est sexto eam posuimus; decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas merito sublata; ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant suo vigore pollentes.

COMMENTARIUS.

1 Ex bonorum possessionibus retentis primæ quæ-

quatuor quando necessariae, quando utiles tantum.

2. Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati necessariam esse; & vix ullam earum utilem.
3. Septima & octava quare sublatae. Ubi quaedam 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, remotiores. Coniunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt quam quæ ab intestato, quas modo separatim & distincte consideravit. Unde fit ut, verbi causa, bonorum possessio unde cognati quæ modo illi quarta fuit hic sexta numeretur.

1. Utpote necessariae] 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. tit. Inst. de inoff. test.* suis vero heredibus præteritis neque olim fuit neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim postumo alieno heredi instituto, nunc non est, *sup. eod. tit. in pr.* Ceteris heredibus testamento facto scriptis nec olim nec nunc necessaria, sed utilis dumtaxat; necessaria tamen si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Ceterum tunc sæpe sine re aut effectu est proximis ab intestato hereditatem evincientibus. *Ulp. in fragm. tit. 28. §. ult. Unde liberi* non necessaria suis heredibus, quippe qui ipso jure heredes 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 hereditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio unde legitimi necessaria: quippe cum agnati ex lege XII. tabb. ceteræ legitimæ personæ ex senatusconsultis aut constitutionibus quibus jus agnationis iis datum est succedere possint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legiti-

mæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum unde cognati.

Unde decem persone] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit nullumque ejus usum relinqui, 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 filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione unde decem persone, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem unde cognati: quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, *Nov. 118.*

2. Itaque tres illæ bonorum possessiones, unde liberi, unde legitimi, unde cognati nullam necessitatem, immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus familiæ agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. *Christin. vol. 4. decis. 1.*

Tamquam ex familia & unde patroni] Ait, se hasce duas bonorum possessiones, tamquam 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. *Inst. 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 libertis 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 successione 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 δὲ πέμπτῃ βαθμῇ ἢ ἐκ πλαγίῃ συγγενεῖς τῷ πάτρωνι, καὶ οἱ κατιόντες αὐτῷ κληρονομεῖσθαι ἢ ἀπὸ ἐλευθέρων* (usque ad quintum gradum patrono ex transverso cognati & descendentes ab ipso liberti hereditate potentiuntur) Falluntur igitur Myns. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successione, ut licet illæ laxius deferantur, hæc tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consistent, d. §. 3. de succ. libert. in cujus §. fine ob hanc causam particula (pene) addita est.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberis non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. d. tit. de 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 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 πάτρων καὶ πατρώσις καὶ παῖδες αὐτοῦ, ἢ ἕως πέμπτῃ βαθμῇ κατιόντες τῶν πατρώων, καὶ μοῖροι. Οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ἐκ πλαγίῃ, οὐκ ἔχουσιν τὴν ἐκτακτικὴν τῆς διαθήκης* &c (patronus & eorum liberi usque ad quintum gradum à patronis descendentes, & quidem soli; qui vero ulterius ab ipsis descendunt & ex transverso cognati jus non habent ad impugnandum testamentum).

Unde legitimi & unde cognati] Itaque liberti 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 ordinariorum claudere iussit. 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. unde vir & uxor*.

Unde cognati manumissoris] Quippe qui-

bus 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 factæ testamento, contra tabulas & secundum tabulas: quatuor tabulis non extantibus, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & unde vir & uxor. Dicuntur ordinariæ, quia certum habeat in edicto ordinem gradum & titulum, l. 1. quis ord. in poss. §. 4. Inst. inf. hoc tit. quæ sequuntur sunt extraordinariæ.

TEXTUS. Species extraordinaria.

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 quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt prætor stabili jure communeravit; 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.

COMMENTARIUS.

1. Extraordinariorum 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 ordinariorum, quas sic appellari diximus quia certo jure atque ordine certisque personis, tum testamento factum tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hereditas: sunt etiam nonnullæ extraordinariæ quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur.

1. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis causâ cognita decernuntur; cujusmodi est ea quæ ventri datur, *tit. ff. de ventr. in poss. mitt.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, l. 1. & passim de Carb. edict.

edict. hæc expresse ordinariæ opponitur in l. 3. §. *pen.* & *ult.* d. *tit.* l. 5. §. 3. de *legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis prout res & equitas exigit à prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in l. 84. de *adq. hered.* l. 4. §. *ult.* cum l. seq. l. 14. §. *ult.* ff. *cont. tabb.* l. 18. C. de *jur. delib.* l. 2. §. 11. ff. *ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam quærelæ 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. *un.* ut *ex legibus* & c. l. 3. unde *legit.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, senatusconsulto Aproniano profert Scipio Gentil. 1. de *jurisdic.* 26. arg. §. 2. *Inst. de succ. libert.* l. 26. ff. *ad senat. Trebell.* 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. success.* l. 8. §. 6. de *injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie l. 12. d. *tit.* scriptis heredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscetur autem hæc bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi cui controversia sit an si 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. §. 7. de *succ. edict.* l. 1. §. 4. unde *lib.* l. 30. §. 1. de *adq. hered.* 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. aliosque veteres Interpretes, Sichard. ad *rubr.* C. qui *adm. ad bon. possess.* n. 10. & *seqq.* Schneid in §. *seq.* n. 7. Myns. *hic ad rubr.* n. 10. Menoch. *remed.* 1. *adipisc. poss.* n. 10. & *seqq.* Grass. §. *bonorum possessio quest.*

3. Tuldén. *comm. in hunc tit. cap.* 3.

2. Sed videamus an non, quod magis arbitror, sint revera hæc distinctæ & oppositæ species & falsa illa DD. opinio. Moveor (1) eo quod edictalis decretali opponitur, ut ordinariæ extraordinariæ, l. 3. §. 14. & *seq.* de *Carbon. edict.* l. 5. §. 3. de *leg. præst.* (2) quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, d. l. 1. §. 4. unde *lib.* & quod hic simile in d. l. 3. §. *pen.* de *Carbon. edict.* eum qui se filium dicit non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. (3) quod decretalis expresse opponitur ei quæ de plano agnoscitur, l. 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss.* (4) quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est quibus qualiscumque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, ut utiles computentur, d. l. 2. §. 1. *quis ordo*, (5) quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata antequam decreta est; cui consequens est quod nec repudiari possit, d. l. 1. §. 7. de *succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, uti in hereditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, d. l. 1. §. 1. & 6. unde *lib.* l. 70. de *adq. her.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt Doctores in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas species & quæ formâ differant. Nimirum edictalem dici & esse quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest: quales naturâ sua sunt ordinariæ omnes; decretalem, quæ non ex solo edicto sed interveniente decreto magistratus datur seu quæ causâ cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, d. l. 2. §. 1. *quis ord. in bon. poss.* l. 3. §. *pen.* *boc tit.* quales naturâ sua Carboniana aliæque extraordinariæ, l. 84. de *adq. hered.* l. 14. §. *ult.* *cont. tabb.* Ajo, naturâ sua: nam ex accidenti fieri potest ut interdum de plano peti & concedi possit quæ naturâ sua decretum requirit; atque in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, arg. l. 1. §. 14. l. 7. §. 1. de *ventr. in poss. mitt.* l. 1. pr. l. 3. §. 4. de *Carbon. edict.* l. 3. §. *pen.* *boc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Wesemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus, Edictalis enim est perpetua; de-

decretalis ad certum tempus datur. Vid D. Pagenstech. *admon. ad ff. part. 6. §. 5.* Unde divisio bonorum possessionis in *perpetuam* & *temporalem*; quam reliquis addunt Doctores cum hac eadem videtur. HEIN.

TEXTUS.

De successorio edicto.

4. Cum 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 consularent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus edictum prætor subiecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est; prætor denuntiavit se inter eos quibus bonorum possessio deferretur successionem permissurum, l. 1. §. 10. de *success. edicto*. 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. hoc tit. l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. quis ordo in bon. posses.* quibus locis verba Jurisconsultorum 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. posses.* 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, §. 7. *sup. de leg. agn. success.* Sed enim cum eo loco Justinianus etiam in hereditatibus graduum successionem inter agnatos admisserit, prætoris est etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere: arg. l. 3. *unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est sublata prærogativâ 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*, *cognatorumque*. Nam quartum, *viri scilicet & uxoris*, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu] Gradus bifariam usurpatur; interdum pro ordine successionis ab intestato, l. 1. *quis ordo in bonor. posses. l. 6. unde cogn.* frequentissime vero, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum successorium, præcipue quidem cognatorum inferiorum causâ comparatum, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto; triplicique omnino de causa prætor e re esse putavit præstitueret certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri possit quando finito jure primorum graduum sequentes eam petere possent, nullove petente insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne si bona hereditaria diu jacerent creditoribus longior mora afferretur, quorum interest mature scire utrum habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniat qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, d. l. 1. in *pr.* & §. 1. de *succ. edict.* VINN. Add. Cic. *pro P. Quint. cap. 15.* & *supra §. 1. Inst. quib. ex caus. alien. non lic.* HEIN.

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, l. 1. §. 12. de *succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur; ceterum admittuntur vel ex capite *unde legitimi*, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, d. l. 1. §. *pen.* & mater quæ ex Terrylliano 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.

De jure accrescendi; & iterum de
successorio edicto.

5. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit; vel si nullus sit deinceps ceteris 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 ceteri ex eodem edicto admittuntur.

COMMENTARIUS.

Non tantum in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. ult. sup. de senatusc. Orfic. tum honoraria, ut docet hic locus & l. 3. §. ult. cum 2. l. seqq. ff. hoc tit. l. un. C. quand. non pet. part. vid. Duar. 1. de jure accresc. cap. 20. & 2. cap. 18.

Non petierit] Si plures sint quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem ceteri non admisserunt, vel quod spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut antè mortui quam bonorum possessionem petierint, ei qui admisit accrescunt portiones quæ ceteris competere si petissent, d. l. 3. §. ult. & 2. seqq. Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones heredum deficientium sine nova additione accrescunt iis quæ pro sua parte heredes extiterunt.

Deinceps ceteris] 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 prætorem admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omnia bonorum possessione unde liberi, petere adhuc possit unde legitimi aut unde cognati, d. l. 1. §. 11. de succ. edict. l. 2. unde legit.

Sed statim ceteri] Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit continuo ceteri admittuntur non expectato tempore petitioni præfinito, d. l. 2. §. 10. de succ. edict. Ex quo intelligimus, tum cum qui se-

mel noluit bonorum possessionem petere jus ejus petenda amississe, 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. de succ. edict.

TEXTUS.

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

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum.
Et quando de plano prætor jus reddere dicatur.

Dies in jure nostro alii sunt continui, alii utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt; utiles illi duntaxat quibus experiundi sui juris potestas est, l. 1. de div. & temp. prescr. l. 11. §. 5. ad leg. ful. de adult. & proinde hi neque ignorant 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. poss. Non enim semper prætoris copia est, l. 26. in pr. & §. 4. ex quib. ea. maj. Dupl. cetero prætor copiam sui facit: interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque morte majorum jus dicere constituit, l. pen. de just. & jur. Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies sessionum appellantur, d. l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss. Cum alio loco civibus se præbet, de plano jus reddere dicitur, l. 9. §. 3. de offic. procons. l. 6. de accus. suntque hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, l. 1. §. 8. ad Turpil. l. 18. in fin. de quest. Quæcumque causæ cognitionem decretumve magistratus desiderant pro tribunali non de plano cognoscenda & expedienda sunt, d. l. 9. §. 1. de offic. procons. l. 71. l. 105. de reg. jur. Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sunt quæ decretum magistratus exposcunt ob quam causam etiam decretales dicuntur, quædam quæ decretum causæve cognitionem non requirunt edictales appel-

latæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari hæc vero etiam de plano possint: hinc fit, ut his omnes dies quibus quovis modo prætoris copia fuit utiles numerentur, in illis sessionum dumtaxat, d. l. 2. §. *quis ord. in bon. poss.* VINN. Non ergo confundendæ locutiones: de plano cognoscere (unde plenaria interpellatio in l. 4. C. de dilat. edit. Haloandr.) & summam cognoscere. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano sed pro tribunali, & tamen cognitio erat summaria, l. 3. §. 8. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. *quis ordo in poss. serv.* Rem omnem accuratius exposuit vir celeberr. Ger. Noodt. de jurisd. lib. 1. cap. 10. p. 135. HEIN.

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis propetenda bonorum possessione curet; sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

COMMENTARIUS.

VERETUS petitio bonorum possessionis solemnitas fuit, ut significat l. 1. C. comm. de succ. Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit; quibus & petebatur & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solum prætoris in urbe & præsi-

dum in provinciis, l. 2. §. 1. & seqq. *quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantinus, exclusisque verborum inanum, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit eum cui bonorum possessio delata est quemvis iudicem & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc quicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, l. ult. *qui adm. ad bon. poss.* Ceterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones quæ non nisi causâ cognitâ decernuntur non pertinet; sed hæc etiam nunc prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque 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 additione hereditatis; & Constantinus tantum necessitatem petitionis solemnis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, d. l. ult. C. *qui adm. ad bon. poss.* VINN. In hisce Regnis bonorum possessionis nullus usus est, sed solum utimur civili additione seu agnitione hereditatis. Etenim bonorum possessiones effectu nihil aliud erant quam hereditates quas deferbat prætor his qui ex juris civilis rigore ad eas non adittebantur. Cum autem hodie distinctio hæc inter jus civile & prætorium evanuerit, nomen etiam bonorum possessionis evanuit. An vero vir & uxor sibi mutuo & quo loco jure Hispano succedant: tum utrum nemine ex consanguineis sese offerente bona vacantia fiscus occupet? Superius diximus. ADDIT.

TITULUS XI.

DE ADQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio & origo.

SEQUITUR nunc species acquisitionis per universitatem: quæ inter hæc genera tertio loco collata est §. ult. *Inst. sup. per quas. pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona adquirimus. 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.

COMMENTARIUS.

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. Inst. 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. Inst. de leg. patron. tut.* cum satis constet eos qui adrogantur tam jure legeque filiosfam. fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, l. 8. *de his qui suis vel al. jur.* sed dumtaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert sed ad jus adoptandi seu adrogandi: quod exterum cum esset populus Rom. receperit, sibi que adscriberet 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. Inst. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo adquiruntur.
Jus vetus.

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

NOTA.

1. Quales operarum] Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videtur Cujac. ad hunc loc.

COMMENTARIUS.

1 Per adrogationem etiam possessionem adquiri adrogatori; & quare.

1. 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. tabb. 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 successionem per omnia similis. Quin etiam non proprietas tantum verum & possessio adrogatori acquiritur, l. 16. *de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quam heredi, ad quem etsi adita hereditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet nisi eam naturaliter apprehenderit, l. 23. *de adq. poss.* Nam adrogatus qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possideres, incipit eumque statim possessorem miniterio suo facit, arg. l. 18. *eod.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de herede: 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. *huj. tit. VINN.* Et ex eo quod & possessio adrogatori sine nova apprehensione acquiritur, interpretanda videtur *lex 15. pr. ff. de adopt. & emancip.* ubi omnia quæ filii fuerunt & adquiri possunt, tacito jure ad eum qui adoptavit transire dicuntur. HEIN.

2. Quales sunt operarum obligationes] Operarum scilicet 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 officii causa præstat; artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab aliquo quam à liberto, nec alii quam patrono deberi possunt; artificiales à quocumque cuicumque recte solvuntur, l. 9. §. 1. *de oper. liberts.* Hinc est, quod

quod artificiales etiam in heredes transeunt, officiales non item, *ll. 6. & 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest nisi adquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est cui soli hæc operæ deberi possunt, ut dictum est. Plane jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi, *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

Jus agnationis] Quæ jura agnationi tributa sunt capitis deminutione pereunt; & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hereditatum, *l. 7. de cap. min. §. 2. Inst. sup. de senatusc. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantum hereditates pertinet quæ lege *xii. tabb.* non etiam ad eas quæ novis legibus aut senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2. Inst. de quo dictum alibi.* Sed nec jus legitimæ hereditatis quod patronus ut patronus habet adrogatione ejus perimitur, *ll. 23. & 39. de bon. libert.*

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

TEXTUS.

JUS NOVUM.

2. Nunc autem nos eandem acquisitionem quæ per adrogationem fiebat coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus, tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familias adquiritur 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 adquiri non possunt antecedant.

COMMENTARIUS.

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

Etiam dominium rerum] Et si jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit: tamen in adventitiis æque ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hætenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis heredem sibi testamento instituere: tamen eo intestato mortuo pater tam res castrenses quam reliquis jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum heredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio, & primo quorundam adventitiorum dumtaxat, postremo eorumdem omnium usufructum tantum patri adquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate; datique ei sunt & in castrensibus, & in peculii adventitii proprietate heredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *ll. 3. 4. & 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori adquiri, non sic accipi oportet, adquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed adquiri jure hereditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. Inst. tit. quib. non est perm. fac. test.* Novellâ 118. ordo successionis mutatus;

TEXTUS.

Effectus hujus acquisitionis.

3. Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii 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.

COMMENTARIUS.

1. Actiones quæ in adrogatum competebant directæ in adrogatorem non dari; neque actionem de peculio ex ante gesto.

2. An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant.

1. **I**N hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & heredis, quod in herede.

redem etiam illæ actiones quæ adversus defunctum competeabant directo dentur, in adrogatorem non dentur quæ competeabant in adrogatum. Neque enim ut heres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori adquirantur id ei tribuitur 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 specialem rationem habet, videlicet quia pater concedendo peculium hoc ipso etiam jus contrahendi hæcenus ei permittere videtur, per l. 1. §. 5. de adq. poss. Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione quam adrogatus antequam adrogaretur contraxit: quomodo accipienda lex. 42. de pecul. ut scilicet sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat bona possideri jubentur, l. 7. §. 15. quib. ex caus. in poss. eat. Adhæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris ut nec peculium habere potuerit.

Ipsa jure adrogato non tenetur] Hæc verba ipsa jure Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipsa jure prætorio; ego mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ (accurata observatione) uti in §. 10. Inst. inf. de act. Hoc enim significat, neminem personali actione teneri nisi qui contraxit aut heredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse neque personam suscepisse adrogati, heredis instar.

Sed nomine filii] 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 de-

fendere patiatur creditores mitti in bona quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt.

2. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur; an salvæ maneat directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur. Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure adquiruntur 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 filifam. etiamsi bona non habeat & patri omnia adquirat 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 istud 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 vero nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse 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 legis 7. §. pen. d. tit. neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent] Hoc ideo ait, quia nunc solus usufructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, §. præc. Ait, legitimo modo disponere: de quo adi. tit. π. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.

TITULUS XII.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii qui libertatem

acceperunt à domino in testamento ex quo non aditur hereditas velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

COMMENTARIUS.

Quartus acquirendi per universitatem modus & postremus inter eos qui propo-
siti sunt §. ult. *Instit. sup. per quas pers.* est
libertatum conservandarum causa bonorum
addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua
introducitur aut confirmata est ut hereditas,
neque jure prætorio ut bonorum possessio,
neque consensu populi ut adrogatio; sed ex
constitutione D. Marci descendit, cui con-
stitutioni causam dedit favor libertatis, l. 2.
ff. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam.
man. Etsi autem is cui bona libertatis causa
addicta sunt neque heres est neque bonorum
possessor: tamen quia in locum defuncti suc-
cedit bonorum possessori assimilatur, l. 4. §.
21. *de fid. lib.* atque in eum tamquam in he-
redem prætorium utiles actiones creditoribus
dantur, l. 3. *d. tit.* Verba constitutionis D.
Marci primum Justinianus refert, deinde ex-
ponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberius sub dis-
junctione dixisset, *vel quilibet extraneus*: qua
disjunctione utitur *lex ult. in pr. C. de testam.*
man. & ita loquitur, quasi constitutio D.
Marci eodem modo disjunctim locuta sit:
quemadmodum etiam Jurisconsultus *lege 50.*
§. 1. *de man. testam.*

Ex quo non aditur hereditas] Fieri enim
sæpe potest ut heres metuens æris alieni he-
reditarii magnitudinem hereditatem adire re-
cuset, 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.

Rescriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium*
Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent.
Si Verginio Valenti qui testamento suo li-
bertatem quibusdam adscripsit nemine suc-
cessore ab intestato existente, in ea causa
bona ejus esse cœperunt ut venire debeant:
is cujus de ea re notio est aditus rationem
desiderii tui habebit, ut libertatum, tam ea-
rum quæ directo quam earum quæ per spe-
ciem fideicommissi relicte sunt, tuendarum
gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus
caveris de solido quod cuique debetur sol-
vendo. Et ii quidem quibus directa libertas
data est perinde liberi erunt ac si hereditas

adita esset; si autem quos heredes manumittere
rogatus est à te libertatem consequantur; ita
ut si non alia conditione velis tibi bona ad-
dici quam ut ii etiam qui directo libertatem
acceperunt tui liberti fiant. Nam huic etiam
voluntati tuæ si ii quorum de statu agitur
consentiant auctoritatem nostram accommoda-
mus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emol-
umentum alia ratione irritum fiat, & fisco
bona agnoscere voluerit & ii qui bonis
nostris attendunt, sciant commodo pecuniario
præferendam esse libertatis causam, & ita
bona cogenda ut libertas ei salva sit qui
eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex
testamento adita esset.

COMMENTARIUS.

Pompilium Rufum] Hæc nomina non con-
veniunt servo, non magis quam *Gajus*
Sejus, l. 23. *de manum.* & ideo assentiri non
possum Theophilo asserenti hunc Pompi-
lium Rufum fuisse unum ex servis Verginii
Valentis testamento manumissis. Ut ut est,
etiam extraneo libero homini ipsa constitu-
tione D. Marci permitti bonorum addictio-
nem ostendunt d. l. 50 §. 1. *ff. de man. test.*
l. ult. *C. eod.* quamvis potius ad extraneos pro-
ductam colligas, ex l. 6. *C. eod.* VINN. Et
exinde quoque colligas recte existimare Theo-
philum, Pompilium istum Rufum servum po-
tius aut statu liberum quam ingenuum vel
libertum fuisse. Statu sane liberos ob spem
libertatis non raro se pro liberis gessisse &
nomina patronorum gentilia ante manumis-
sionem assumpsisse colligere mihi videor ex
l. 11. *C. de fideic. lib.* HEIN.

Testamento libertatem adscripsit] Hoc re-
scriptum locum non habet nisi libertates da-
tæ sint. Ait *adscripsit*. Quid si libertates de-
dit herede testamento non scripto sed nun-
cupato? Placet etiam hic constitutioni esse
locum, d. l. ult. *C. de testam. 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 quis-
quam heres est, d. l. ult. Nemo tamen ex
hoc loco colligat testamentariis heredibus re-
pudiantibus, si ab intestato heres existat li-
bertates præstandas esse; certum enim est
destituto testamento si is qui ab intestato ve-
nit hereditatem amplectitur nec libertates de-
beri, l. 1. *C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut
enim magnus sit libertatis favor, tamen tan-

tum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum heredibus, auferatur. VINN. Aliud obtinebat, si ex gr. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hereditatem & filio succedente servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur, l. 8. C. de fideic. libert. HEIN.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo heres extet qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt ut possideri à creditoribus aut rectâ constituta actione vendi possint, l. 8. ff. quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. aut. jud. poss. Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consulunt.

Addicuntur] Addici igitur bona dicuntur cum ab eo qui jurisdictioni præstet causâ cognita petenti attribuuntur: qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

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

Quibus directâ libertas data] Qui directam libertatem acceperunt statim post additionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Plane 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: fient, 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 additione, quæ vicem additionis hereditatis aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamen-

ti facti; nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum qui heredem non habent vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benigne prælata est; ut etiam si non sit qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur quam si & ipse libertates præstet, d. l. 4. §. 17. de fid. libert. Enimvero si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet cessat hæc constitutio. Sic cum Accursio accipio illud, si alia ratione agnoscat, in d. l. 4. §. 17. de fid. lib.

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certe, si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio; existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus 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 cap. 15. & Justinian. §. 1. Inst. sup. quib. ex ca. man. & §. 1. de her. qual. Creditores injuriâ non afficiuntur; nam per bonorum ex hac causa additionem fit quidem ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; ceterum existit idoneus defuncti defensor qui de solido quod cuique debetur solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, l. 2. & passim quib. ex ca. in poss. l. 35. §. 3. l. pen. de procur. Legatariis ex hac causa nec cavendum est; quippe qui destituto restamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

Quibus casibus locus est rescripto.
De libertate in testamento vel in
codicillis relicta.

3. In primis hoc rescriptum toties locum habet quoties testamento libertates datae sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? FAVOR constitutionis debet locum habere. Certe si testatus decesserit & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

Si certum sit vel incertum utrum
successor existat.

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 coeperit neminem existere, tunc erit constitutioni locus.

De in integrum restitutione.

5. Si is qui in integrum restitui potest abstinuerit hereditate, quamvis potest in integrum restitui potest admitti constitutio & bonorum additio fieri. Quid ergo si post additionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates, quia semel competierunt.

COMMENTARIUS.

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

TEXTUS.

Si libertates datae non sint.

6. Haec constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullae sint datae cessat constitutio. Quid ergo si vivus de-

derit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quaeratur, utrum in fraudem creditorum an non factum sit, idcirco velint sibi bona addici: an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

COMMENTARIUS.

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

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

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

COMMENTARIUS.

CONstitutione Justiniani, quae est lex ult. C. de test. man. jus additionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur: *Jus postulandi annum esto. 2. Si plures simul satisdato postulent, iis bona simul addicuntur. 3. Ejus qui plus se praestitutum satisdabit potissimum jus esto. 4. Qui plus quam alter cui addita bona sunt intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* VINN.

Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. Ratio manifesta, nam ad primum quod attinet, adrogationes apud nos in desuetudinem abierunt; secundus omnino supervacaneus; nihil enim nunc est necesse ut cui bona addicantur qui partes heredis deficientis sustineat, ne libertates testamento datae cadant: cum ut libertates, fideicommissa, & cetera legata valeant jure Hispano heredis additio non sit necessaria, l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. ADDIT.

TITULUS XIII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS QUÆ FIEBANT PER

BONORUM VENDITIONES ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

Cod. lib. 7. tit. 24.

TEXTUS.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emtio, quæ de bonis vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant; sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis 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 adquisitio, 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.

COMMENTARIUS.

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

Qualis fuerat bonorum emtio? Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur; post deinde iis vendendis magistris constituebantur, & postquam aliquandiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emtori uni ex creditoribus aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emtor 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 cap. 13. Cujus bona ex

edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe tacite 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 heredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incongrua est, l. 16. l. 29. de reb. auct. jud. poss. l. 16. de pact. l. 9. ff. de cur. fur. l. 4. C. de bon. auct. jud. poss. Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscripique sectoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Ascon. ad lib. 1. in Verr. spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur & semel pecuniam arario inferebant, ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro lib. 2. de re rust. cap. 10. modos acquirendi legitimi domini enumerans scribit: Tumve cum in bonis sectione cujus publice venit. Hæc bonorum distractio etiam decemviri verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege XII. tabb. introducta: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam poenam 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. VINN. Sed adde tu sis illust. Byrkersk. observ. lib. 1. cap. 1. ubi ab omni crudelitatis suspitione decemviros erudite absolvit. HEIN.

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 emore cui addicerentur de parte ejus quod cuique deberetur pacisci. Ceterum hæc fu-

fusius Theophilus. VINN. Plura & accuratiora reperies apud Car. Sigon. *de antiq. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. 11. & de judic. Rom. lib. 1. cap. 18.* Addeſis *antiq. nostr. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 11.* HEIN.

Cum extraordinariis judiciis) Quid hæc judiciorum diversitatis ad rem præſentem faciat non video, uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sane 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 remittitur, sub *tit. de reb. auſt. jud. poss.* & in Codice quoque relata est, *ll. 6. & 9. C. eod. tit.* Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse tamquam pugnantia, *permitteri bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi*. Plane quod Theoph. refert, bonorum emptorem heredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita ut ex pretio creditoribus satisfaceret, desiſſeque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona sicut olim, *tit. ff. de reb. auſt. jud. poss.* sed tantum pro quantitate debiti, *Nov. 53. cap. 4. §. 1.* unde

auſt. & qui jurat C. de bon. auſt. poss.

Libera mulier servili amore bacchata) Senatusconsulto libera mulier quæ se alieno servo junxerat domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus senatusconsulti Tacitus *lib. 12. annal. cap. 53.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad patres de pœna feminarum quæ servis conjungerentur; 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. Ulpian. *in fragm. tit. 11. §. 10. l. 27. ff. de pos. l. un. C. de sen. Claud. toll. l. 7. C. de murileg. Theoph. hic. Pet. Fab. lib. 1. semest. 25.*) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus 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. in fin. C. de senat. Claud. toll.*

TITULUS XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. lib. 44. tit. 7. Cod. lib. 4. tit. 10. Et lib. 5. tit. 16. Recop.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Duo insignes errores notati.
- 3 Neque definitiones neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.
- 4 Obligationum summa divisio.
- 5 Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.
- 6 Explicatur lex 10. de obl. & act.
- 7 Quæ res faciant ut tantum naturalis non etiam civilis sit obligatio.
- 8 Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant.
- 9 Obligatio mere civilis.
- 10 Obligatio mixta.

1. **T**Ria esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. ult. *Inst. sep. de jur. nat. gent. & civ. personas, res, actiones.* De jure personarum, id est, eo jure 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 domini nostri sunt, ceteraque jura in rem quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem; nec male eos facere qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, domini verbo omnia in rem jura comprehendentes.

tes. De dominio ejusque adquirendi modis actum hæcenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. 6. libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

2. Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est qui ita obligationes à rebus separant, tamquam 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 cetera in rem jura, quam ipsum jus personæ; quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *Inst. inf. de act.* Alter error Vultejii est, qui lib. 1. *disc. schol. cap. 16.* & ad hanc rubr. contendit obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. colleg. *Inst. 2. disp. 3.* Utitur Vultejus 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. Inst. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales cum hereditate usufructu servitutibus, numeratur etiam obligatio ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni: add. l. 49. *de verb. sign.* Apparet vero Vultejum obligationes tantum considerasse in relatione ad personam debitoris; cum præcipue hic considerandæ sint ratione creditoris qui eas contrahendo sibi adquisivit, 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. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit quatenus persona est, id est, id jus quo quisque in civitate censetur propter statum & quali-

tatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas umquam 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. 38. §. 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentialiam obligationum spectemus sive objectum earum sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent quam ad eam disciplinæ nostræ partem quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vultejii 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. *Ποιῶν ἐκ δόξης, (falsa expositio)* & error perspicuus *παρὰ τὸ ἐπὶ πᾶσι* (*præter consequentie leges*). 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, l. 25. *de oblig. & act.* Quin immo contrà 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 §. 13. *Inst. inf. de act.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis, §. 1. & d. §. 13. *inf. 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.

3. Quoniam vero neque definitio neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas dumtaxat pertinent quæ actionem eamque efficacem jure civili producant, & tamen illæ quoque quæ vel

vel non producant actionem vel eam producant quæ exceptione repellere potest, suum quendam usum & effectum jure civili habent: recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus.

4. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est quo adstringimur ad aliquid præstandum. Ceterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul: pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur, in puram naturalem, meram civilem, & mixtam.

5. 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 distat. 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, l. 95. §. 4. de solut. Quod etiam Paulus confirmat lege 84. §. 1. de reg. jur. ubi ait, cum naturam debere quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, d. l. 95. §. 4. de solut. d. l. 84. §. 1. de reg. jur. 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.

6. Nam quod in lege 10. de obl. & act. l. 16. §. 4. de fidejuss. 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 dumtaxat; pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnumquam absolute naturales dicuntur, l. 59. vers. videamus ad sen. Treb. l. 126. §. 2. vers. superest de verb. oblig. nimi-

rum quia tota essentia sua sunt ex jure gentium, l. 5. de just. & jur. à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent; quo tamen respectu cum etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur propter auctoritatem juris civilis.

7. Ut naturalis tantum non 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 dumtaxat quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, l. 6. l. 7. in pr. §. 2. & 4. de pact. Ex ceteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis; quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt ut ex iis etiam ultro agere liceret, d. l. 7. §. 4. ff. de pact. l. 10. C. cod. l. 27. C. de locat. Plura dicemus infra sub §. ultim. huj. tit. Secundo facit qualitas personæ contrahentis ut ex conventionem quantumvis idonea tantum naturalis obligatio oriatur: veluti si pupillus intelligens quod agit contraxerit sine tutoris auctoritate, l. 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de novat. l. 25. §. 1. quand. dies leg. aut servus, l. 14. de oblig. & action. l. 13. de cond. ind. aut is cui bonis interdictum est, l. 6. de verb. obl. Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, l. 16. §. 1. ad senat. Vell. l. 9. in fin. l. 10. de senat. Maced. Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad ἀντιδωρα (ad retribuendum) l. 25. §. 1. de hered. pet. l. 54. §. 1. de furt. & quæ hujus species est, manumissio: unde operarum officium debitor naturalis, l. 26. §. 12. de cond. ind. Ad hanc classem refero etiam eam quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemniter declarata; item eam qua heres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detraktionem Falcidiae, l. 2. C. de fideic. l. 5. §. 15. ff. de don. int. vir. & uxor. l. 1. l. ult. C. ad legem Falcid.

8. 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 gra-

titudinem & 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 totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. cap. 28. debitis gratiæ, alia pecuniæ*; neque convenit beneficia foenerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. cap. 7. 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. §. 12. de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus sollemnis, & ad integra legata præstanda; nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est jure civili repeti potest, *l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Similiter si is cui bonis interdictum est quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *l. 6. de verb. obl.* Tantundem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, *l. 23. §. 2. de cond. ind.* item de intercessione mulierum; nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulti exceptio, *l. 40. ff. de cond. indeb. l. 9. C. eod.* Filii autem familias qui mutuam pecuniam accepit, si paterfam. factus solverit, non repetit, *d. l. 40. l. 9. in fin. de sen. Mac.* Ceteræ obligationes naturales quæ ex conventionem descendunt eosdem pene effectus, si unam demseris actionem, jure nostro habent quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant naturaliter quem obligari, ut videre est *ll. 13. 19. 38. 41. 64. de cond. ind. l. 10. l. 59. de obl. & act. l. 1. de novat. l. 5. §. 2. 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. de cond. ind. l. 1. §. 17. ff. 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 & fidejussor huic obligationi accedere, *§. 1. Inst. inf. de fidejuss.* denique & pignus, *l. 5. de pign.* Minus tamen efficacitas est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta; quippe quæ accessiones dumtaxat recipit, principalia autem illa ut pupillus nocentia respuit: quo aspectu, quod pupillus ita promissit ne naturâ quidem deberi dicitur, *d. l. 41. de cond. ind. d. l. 59. de obl. & act.*

9. Obligatio mere civilis est vinculum solius juris civilis, seu τῆ ἀνεβοῦλαι, (*summi juris*) 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. Inst. inf. de excep.* Hoc genus obligationis propemodum sine re est & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 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 pl. nam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur: quemadmodum & debitor is proprie intelligitur à quo invito pecunia exigere potest, *l. 108. de verb. sign. & ex adverso creditor qui exceptione perpetua removeri non potest, l. 10. eod. tit.* alii per abusionem, *l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero (quod apprimè notandum est) mixta hæc obligatio aut vere talis aut præsumtive: qualis est obligatio judicati & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. 56. de reg. jur.* confessi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. ff. de confess. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est.

Hu-

Hujus generis etiam obligatio est quæ dicitur litterarum, *inf. tit. Inst. de litt. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura.

COMMENTARIUS.

E*st juris vinculum*] Recte vinculum: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta à vinculis corporis. Concepta est definitio relatione facta ad personam debitoris, ita tamen ut simul ostendat quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu & causa efficientem remota adumbrant.

Necessitate adstringimur] Effectus. Obligatio (sic absolute nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit ut nisi obligatus præstet id quod debetur, jure judicioque experiri 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. 2. de verb. obl. §. ult. Inst. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in usu juris cum debita præstatur, *l. 49. de solut. l. 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *inf. tit. Inst. 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 ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur; sed jus tantum ad rem tribuit, id est personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de obligat. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura] Hæc verba referenda sunt ad totum illud quod præce-
Tom. II.

dit, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. Temperatur enim hac adjectione, non (ut male Theophilus) potestas solvendi, sed necessitas; ut intelligamus adstringi nos non quibilibet 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 effecimus sententiam, nimirum eum qui non recte solvit non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnia autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt aut prætorie. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ aut certo jure civili comprobatae sunt. Prætorie sunt quas prætor ex sua jurisdictione constituit: quæ etiam honorarie vocantur.*

L. 5. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

A*ut civiles aut prætorie*] Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur) quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumti, §. 3. *Inst. sup. de jur. nat. gent. & civ.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas dumtaxat quæ legibus aliæve parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur prætorio, id jus significatur quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *l. 7. de just. & jur.* Similis huic est divisio actionum, §. 3. *Inst. inf. de act.*

Constitutæ aut comprobatae] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod

quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt pauca: ex contractu obligatio litterarum & verborum, *inf. tit. 16. & tit. 22. huj. lib. ex delicto*, qua tenetur fur nec manifestus, arg. §. 4. *Inst. inf. de noxal. act. junct. pr. tit. Inst. inf. de perpet. & tem. act.* item is qui damnum injuriâ dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. Inst. de lege Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæ.* 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. 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est qua tenetur is cui ex senatus-consulto Trebelliano restituta est hereditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex sua jurisdictione] Naturalem equitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoriam naturalem quoque est; à prætore autem introducta dicitur ea ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit: cujusmodi est illa qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: qua constituens pecuniam ei cui constituitur: qua is qui detulit jusjurandum juranti; item quæ ex furto manifesto, rapinâ, injuriis nascitur; ceteræque omnes quibus qui obstrictus est honoraria actione tenetur, *vid. inf. §. 8. & aliquot seqq. Inst. de act. & rit. quod cum eo qui in al. pot. item §. 4. Inst. de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil. VINN.* Recte Vinnius obligationem prætoriam omnem naturalem simul esse ait. Quamvis enim prætor aliquando & civiles obligationes firmet, veluti dum *lege 1. ff. commod. ex commodato actionem pollicetur*; propriæ tamen tunc obligatio non est prætoriam, quia vinculum juris jam citra prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Divisio posterior.

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 contrahuntur, aut verbis,

aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

COMMENTARIUS.

- 1 Unde sumta sequens hæc divisio.
- 2 Recte ne Aristoteles delictum speciem faciat συναλλάγματος (contractus).
- 3 Præter quatuor ordinarias obligationum causas quæ hic recensentur esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.
- 4 Medestini obligationum divisio minus accurata in *l. 52. de obl. & act.*
- 5 Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quod duplex.
- 6 Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum: & cur ex eo jure civili non detur actio.
- 7 Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Et n. 10.
- 8 An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.
- 9 De conventionione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione legis 19. de verb. sign.
- 10 Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.
- 12 Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.

1. **A**ut enim ex contractu] *Ἐπιδιαιρέσις* 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 ex propria causa constituta sit, *l. 27. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ: contractus, quasi contractus, maleficio, quasi maleficio. Aristoteles 5. *erich.* 2. uno verbo συναλλάγματος (contractus) hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων (contractuum) facit: *ἐκύσια*, & *ἀκύσια* voluntaria & involuntaria *ἐκύσια* appellat commercia, conventiones, contractus, *ἀκύσια*; maleficia & delicta.

2. Verum enim vero si vox Græca συναλλάγματος respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species συναλλαγμάτων; ipseque Aristoteles cap. 5. ejusd. lib. negat, correctio.

tionem delictorum ad justiciam συλλακτικήν (commutativam) pertinere. Ut ut est, in jure nostro συλλαγμα tantum ad commercia refertur, l. 7. §. 2. de pact. l. 15. de verb. sign. commercium autem uno modo usurpatur pro conventionem & contractum; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, l. 52. de re jud. ubi Triphonius scribit, actionem rerum amotarum ex malo contractu, aut, ut est in codice Florentino, ex malo contractu oriri. Papinianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem, ἐπαίρημα τῶν ἐκείων, καὶ ἀκρίων ἀμαρτημάτων, Latine reddidit, delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur coërcitio, l. 1. junct. l. 2. de legib. Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significantur, l. 16. de neg. gest. l. 23. de reg. jur. ll. 1. 4. & 49. hoc tit. §§. 1. 10. 17. & seq. Inst. inf. de act. §. 1. de perp. & temp. action.

3. Porro sciendum est, quatuor causas obligationis quæ hic à Justiniano recensentur esse quidem illas principales & ordinarias; ceterum esse præterea quasdam obligationes quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiunt, sed ex sola & singulari æquitate. Hujus modi species obligationis est quæ à Celso proponitur in l. 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, §. 29. Inst. sup. de rer. div. denique omnes illæ ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, §. ult. Inst. infr. de leg. Aquil. l. 23. §. 5. de rei vind. Sed nec omnis obligatio quæ ex conventionem est eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo vel ex constituto: quod mox perfectius intelligitur. Atque hanc ego causam esse arbitror quod Gajus l. 1. pr. hoc tit. causas & fontes obligationum indicaturus contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens eas quæ extra hæc facta nascuntur proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficiū, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari nec certa regulâ comprehendi possint. Videtur

autem Gajus in d. l. 1. nomine contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficiū intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, à contractu & maleficio diversa esse idem recte docet lege 5. eod. & ex eo Justinianus inf. tit. Inst. de obl. quæ quasi ex del. Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis divisio.

4. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. l. 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 alii observarunt. Ego singula adamussim examinare nolim; nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paulo accuratius partiiri velis, ita omnes obligationes ad suas species revocari posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel ἀμείων ex sola lege, vel ἐμμέσως intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis sunt omnes obligationes quas Gajus ex variis causarum figuris nasci ait, quasque Vinnius noster n. 3. recenset, & extraordinarios vel irregulares vocat. Factum porro obligatorium est vel licitum, veluti contractus & quasi contractus, vel illicitum, ut delictum & quasi delictum. Rem exposui in elementis jur. hoc tit. §. 771. seqq. HEIN.

5. 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. §. 1. l. 7. de pact. Conventio seu pactio (idem enim hæc duo & idem pactum in genere sumtum valent) est duorum vel plurium in idem placitum & consensus, definitore Ulpiano d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. pollic. In idem, id est in eandem rem, in hoc ut aliquid fiat aut non 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. ff. de pact. l. 10. C. 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, l. 7. §. 1. 2. & 4. ff. de pact. l. 27. C. de locat. in libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, d. l. 7. §. 4. & seqq. ff. de pact. l. 10. C. eod. l. 15. de præscr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1. C. 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. C. de pign. nimirum eadem translatione qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem &c. dicimus. Græcis *ῥήμα σίμφωνον* (nudum consensum) Quod definiunt, *ἥνιστα μὴ προηγοῦνται δόσεις, ἀλλὰ μόνον συστή ἐπὶ δόσει* (quando nudum non perficitur sed solum de dono convenit) Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet ut ex ea actio detur, d. l. 7. §. 4. & seq. l. 45. de pact. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 10. 21. & 28. C. de pact. l. 28. C. de transact. l. 3. C. de rer. permut. cum similib. Immo proverbii vice olim jactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in d. l. 10. C. de pact. & d. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. Et ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit, ut ait Paul. 2. sent. 22. §. ult. Ceterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt jure prætorio exceptionem pariunt, d. l. 7. §. 4. & seqq. l. 13. d. l. 28. C. eod. &c. Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilis esse existimantes quadam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii lib. 2. ad Heren. *Pacta sunt quæ sine legibus observantur ex conventionione, quæ etiam juri præstari dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem lib. 2. de invent. Et explodendi, ut *ἀπολίτικοι* (rerum civilium rudes) qui negant, potestatem civilem constituere posse ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberius disseruimus in tractatu de pactis quem nuper edidimus cap. 5. & 6. ubi etiam nova opinio circum hoc argument. monstra profligamus.

7. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligatio-

nis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, l. 6. de pact. quale est ex gr. pactum donationis, l. 35. C. de donat. item quibus dos constituitur, l. 6. C. de dot. prom. vel jure prætorio, ut constitutum & conventio de pignore, l. 1. & passim de pecun. const. l. 17. §. 2. de pact. l. 1. de pign. act. Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur, l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 13. C. eod. Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus cujus in continenti interpositum est competit, l. 79. de contr. emt. l. 6. §. 1. ff. de act. emt. l. 11. C. de pact. Ceterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat quæ sunt κατὰ τὴν φύσιν τῆς συναλλαγμάτων (contractus naturæ consentanea) secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus cui adjiciuntur tangunt, aut contractum promovent, d. l. 7. §. 5. & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. 72. de contr. emt. Unde Jason ait, pactum quod est contra naturam contractus non vestiri coherentiâ 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 quæ 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. §. 10. commod. l. 1. §. 35. depos. l. 23. de reg. jur. præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, l. 24. & 2. seqq. depos.

8. 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, l. 17. in pr. de pact. l. 11. §. 1. de reb. cred. ad hæc nullas in mutuo

tuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat eam esse extra naturam contractus: denique ob eandem causam, & quia præterea stricti iudicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *l. 8. C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. 30. de usur. l. 5. & l. 7. ff. de naut. fœn. l. 12. C. de usur.* id non ex eo fieri quod in continenti hæc pacta adjecta sint & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis 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. §. 12. de pact.* facilius admissum esse ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri, iisque inesse intelligerentur, arg. *l. 40. de reb. cred.* nec ob stare legem. *99. de verb. obl.* nam quod pacto stipulationi statim subiecto placuit, id perinde habendum ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii in *d. l. 7. Donelli in d. l. 40. & in l. 13. C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc remonent. Neque enim frustra & quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur in bonæ fidei iudiciis, *d. l. 7. §. 5. d. l. 13. de pact.* Quorsum enim hæc adjectio in bonæ fidei iudiciis, nisi ut intelligamus in strictis iudiciis non idem juris esse? Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. 32. §. 3. de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei non in stricti juris iudiciis, *l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse non etiam in strictis iudiciis; 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 iudiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus quibus subjiuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio quo probari possit pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, isa stipulationi inesse ut ad id quod pacto comprehen-

sum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. 40. de reb. cred.* cum pactum subiectum stipulationi inesse dicit, non significat id actionem parere, cum in casu illic proposito non in 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 naturâ sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur Cœdd. *de cont. stipul. cap. 8. concl. 2.* Nos fusius hæc exequimur in eo quem modo dicebamus tractatu de pactis *cap. 9. & seqq. VINN.* Sed rem tamen clarissimam puto si leges conferras. Hæc distinguunt utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris an ex intervallo, itemque addatne obligationi an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat: ex. gr. si decem dedi ut novem debeas, non nisi novem debebis, *l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris nec actionem parit: ex. gr. si decem dem ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur, *l. 17. ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta sive addant sive detrahant obligationi non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. vir cl. Ger. Noodt *de pact. & transact. cap. 12. HEIN.*

9. Conventio non nuda sive vestita, est quæ pari placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoscitur; si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est si negotium civile gestum sit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species upo verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio: Contractus est, conventio habens nomen speciale aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. lege 7. §. 1. & 2. de pact.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandat, depositum, commodatum, pignus & similes contractus, qui quod certum nomen habent dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producant, non utique propter nomen quod extrinsecum quid est

est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprie nomine appellantur; vel potius quia hæc conventiones ob frequentiore usum talem accipere vim ac naturam, quæ etiam si nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur. D. Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 12. n. 3. Alterum genus est earum conventionum quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. de pact. Et hæc quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definitionem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. ipse hoc explicat & innumeris locis significatur, l. 5. per tot. l. 8. l. 15. ff. de præscr. verb. l. 6. l. 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & similib. Alias negotium dicitur, d. l. 15. de præscr. verb. & negotium civile, l. 21. de estim. act. id est tale quod constituit *συλλαγμα* (contractum), 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 Sticum, 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. 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 ultero citroque obligationem, id est negotium unde ultero citroque obligatio nascitur; at nostra definitio etiam ea negotia complectitur ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo d. loc. expresse 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 possita & 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 contractum quæ mutuum obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere ut ultero citroque obliget; sed non minus pro-

prie si unus tantum alteri quam si invicem contrahentes inter se ex conventionem obligentur contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, hoc text. & in l. 1. de oblig. & act. proposita, item l. 1. §. pen. de pact.

10. Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in d. l. 7. §. 1. & 2. de pact. unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima neque ea quæ contractibus addiuntur 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 sine adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu in quo fiunt. Ceterum Doctores hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *coherentia contractus*; quippe qui nuda ea pacta sola appellant quæ efficaciam obligandi non habent & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen Veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, l. 6. l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. 30. ff. de usur. l. 12. C. eod. l. 6. C. de jur. dot.

11. Usu jam 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 meditatae & utiles ab inconsideratis temerariis atque inutilibus: cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec seriò, sed vel narrative vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est cap. 1. & cap. 2. x. de pact. & videmus pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. VINN. De jure nostro expresse decissum est in l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. pacta nuda etiam si inter absentes conventa fuerint actionem & obligationem parere: cujus decissionis effectus late persequitur Azeved. in comm. ad diff. leg. ADDIT. Connanus vir eruditione minime vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventionem obligationem oriri, lib. 5.

comm. cap. 1. sed ei occurritur à D. Grot. lib. 2. de jur. belli & pac. cap. 11.

12. *Aut re contrahitur aut verbis &c.* Τ'νο-
διαίρεσις (subdivisio) primæ speciei, id est earum obligationum quæ sunt ex contractu, sumpta à causis obligationem ex contractu proxime 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 quomodocunque 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. Certe plurimum, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt quam harum trium, re, verbis, consensu, l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. 1. de novat. Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex tit. C. de non num. pec. VINN. Immo multo certius hoc genus contractuum jam sæculo Christi 2. in usu fuisse constat ex Gaj. Inst. lib. 11. tit. 9. §. 12. Alia hujus contractus vestigia in ipsis π. deprehendit Galvan. de usufr. qui & observat, Veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes literarum obligationem omiserunt, eandem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sane multo verosimilior est hæc Galvani quam Vinni nostri sententia, quia & in hac olim verba solemnia intercessisse ex Theophilo ad tit. Inst. de lit. obl. patet. HEIN.

TITULUS XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. lib. 12. tit. 1. lib. 13. tit. 6. & 7. lib. 16. tit. 3. Cod. lib. 4. tit. 1. 23. 24. & 34. Et tit. 1. 2. & 3. Part. 5. Recop. lib. 5. tit. 18.

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. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & passim de præscr. verb. diserteque Paulus in d. l. 1. §. 2. de rer. permut. hac notâ permutationem distinguit ab iis contractibus qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradi-

dita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt Veteres proprie & 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. *segg. de obl. & act.* quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi, titulo & nomine contractus inclusa est.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero, mensuræ constat: 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 aliæ 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 conditio.

L. 2. tit. 1. Part. 5. & vid. integr. tit.

COMMENTARIUS.

- 1 Definitio mutui ejusque definitionis per partes explicatio.
- 2 Materia mutui; & an panes ad numerum mutuo recte dentur.
- 3 Cur mutui datio dumtaxat 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 diminutæ ad creditorem pertinere.
- 10 In æstimatione inveniunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur.
- 11 Speciale esse quod minus mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.

12 Aucto aut diminuto numerorum valore eos reddi oportere ex æstimatione quæ est cum solvuntur, secundum comm.

13 Esse quidem de natura mutui ut eadem bonitate res reddantur; de substantia non esse.

14 Etymon mutui.

15 Duplexne sit an una generalis certi conditio.

1. **M**utuum est, contractus quo res quæ pondere numero mensuræ constant alicui ita dantur ut ejus fiant, ea lege ut is quandoque reposcenti creditori tantumdem 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 proficiscatur; l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultrà quam datum est obligatio contrahi possit: veluti si tibi dederim decem ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, l. 11. §. 1. *eod. l. 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 (contractum) habens, ac proinde nec eum qui se daturum promisit extra stipulationem jure civili obligat, per vulgat. Plane si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri & 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 sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

1. *Quæ pondere, numero, mensura*] Materia mutui sunt res quæ pondere, numero, mensuræ constant, id est quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio: ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes quæ appendi, numerari &c. possunt; alioqui nihil fere 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 ali contra simpliciter affirmant; sed recte Bart. in d. l. 2. §. 1. sic distinguendum censet, ut si panes limitatam in ci-

eivitate quantitate habeant, id est definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum; sin minus, non nisi ad pondus.

3. Ideo autem in his rebus dumtaxat 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 natura 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 ceteris 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.

4. 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 functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis, & ad omnia refertur quæ vice mutua tantumdem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, l. 6. de reb. cred. etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisfactionis, l. 7. de præst. stip. vel noxæ deditione fungi, l. 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. Inst. de nox. act. Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur recte dicatur suffici. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ.

5. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive domini 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 accipit dominus fiat, d. l. 2. §. pen. l. 55. de obl. & act. junct. l. 18. §. 3. de reb. cred.

6. Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenierit ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas: obligaberis mihi quamvis meos nummos non acceperis. Item

si lancem tibi vendendam dederim ut nummis uteris, perinde mihi obligaberis ac si vendidissem ipse pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in l. 1. §. 15. de reb. cred. Quamquam difficilior videtur Africanus in l. 34. mand. vid. Cujac. tract. 8. ad African. Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si ex. gr. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumtis mutuum confirmetur & condictio nascatur; & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc eâ ab initio non translata præstet consumtio, l. 11. in fin. & 2. seqq. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut.

7. Finis est, ut is qui rem mutuo accipit pro commodo suo ea uti eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere & tantumdem (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2. de obl. & act. quod ipsum naturâ obligationis mutui continetur licet de eo nihil nominatim convenierit, l. 3. de reb. cred. Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei quam mutuo accipit 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 numquam 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 ex. gr. obsignatæ dentur custodiendæ naturam cuiusque corporis imitantur; & tum depositum est.

Ut 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 plane nullus est.

8. 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 Ulpianus respondet, non alienari nummos qui sic dantur

tur ut restituantur, *l. 55. de solut.* Quod tamen non eo pertinet ut non liceat debitori eandem speciem quæ accepta est, si forte 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 deteriore; sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, Joann. Bart. in *d. l. 2. n. 3. Zas. n. 9. Don. n. 5.*

9. Porro dum res reddatur 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. 22. de reb. cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia quam bonitate. Don. ad *d. l. 3. n. 5. & seq.* At enim æstimatio quia credita non est, pro re credita invito creditori obrudi non potest, arg. *d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm. DD. comm. in d. l. 22. Wesemb. par. de reb. cred. n. 12.* quamvis contrarium usus servet Mèrul, *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. n. 22.* VINN. *Lege 8. tit. 1. Part. 5.* tunc æstimationem solvi posse statutum est, quum mutuarius speciem quam mutuo accepit solvere non potest. ADDIT.

10. Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi: in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit; & si mora facta sit quantum æstimatio postea crevit præstandum, *d. l. 22. l. ult. de cond. tritic. l. 59. de verb. obl. l. 37. mandat.*

11. Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. 99. de solut. arg. l. 65. §. 1. de verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum ex. gr. 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 impositio. Id est in nummis non tam inspicitur corpus materia numerus qualitas, quam potestas valor seu æstimatio, *l. 1. de contr. emt.* ut proinde qui aureum debet non præcise corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. 6. *de benef. cap. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos &c.* Ceterum 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. 99. de solut.*

12. Atque hinc pendet 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 expresse dictum sit neque mora invenerit. Car. Molinæus *tract. de usur. n. 693. & seqq.* Hotom. *illustr. quæst. 15.* Don. ad *d. l. 3. de reb. cred. n. 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. 101. de solut. Bald. in l. 24. de jur. dot. Castr. in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm. ut videre est apud Boër. dec. 327.* contrà 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 imposititiæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci; nummumque nihil aliud esse quam quod publice vallet: vereor ut simpliciter verum sit. Utiq; enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris; quippe qui variatur pro diversitate materiæ, oportetque valorem hunc iusta aliqua proportionem materiæ respondere; neque in bene constituta Rep. 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. Covarr. *de vet. coll. numism. cap. 7. n. 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 conquatur. 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 alii 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. quæ sunt regal. n. 62.* Illud enim maxime in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. *Polir. 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.* Crescunt rerum pretia si deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus sit; decrescunt electu ma-

teriæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus dum sibi persuadet ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, si quidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit tempus contractus; si extrinseca, id est valor imposititiæ, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque illi sæpissime judicatum est. Boër. *decis. 327. Ann. Robert. lib. 1. rer. jud. cap. ult. Myns. 4. obs. 1. Gail. d. obs. 73. n. 6. & seqq. Borcholt. ad d. cap. un. quæ sunt regal. n. 58. & seqq. Christin. vol. 3. decis. 1. n. 2. D. Jac. Coren. decis. Cur. sup. Holl. 23. 13. Ejusdem naturæ & qualitatis* Id est, ejusdem generis & eadem bonitate, Luc. *cap. 6. v. 34. δαρεῖς σου ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα* (fœnerantur ut recipiant æqualia). Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essenziale est, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, naturâ 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, ex. gr. 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 debeat idem genus, *d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalialia ex communi sententia tradit Gab. Mudæus *tratt. de contr. emt. part. 5. n. 13. & seq. Phil. Matth. ad l. 17. de reg. jur. Bellon. 1. supput. cap. 5.*

14. *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Jurisconsulti in *d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Siculari *μοῖτος* deducit: Si datur, inquit, quod reddatur, mutuum est, quod Siculi *μοῖτος*. Sed & hoc ipsum videtur esse ex *μοι & τὸν* pro *τὸν*. Grot. *Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib. de usur. cap. 1.* Cave autem credas quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri; immo nisi de meo tuum fiat non est mutuum, *d. l. 2. & passim de reb. cred.* sed vide notata sub *§. ult. Inst. sup. quib. alien. lic. D. Cujac. 11. obs. 37.* à mutatione potius dictum existi-

stimat, 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 scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum mutare à Siculo *μοιρᾶν* suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius d. loc.

15. *Quæ vocatur certi conditio*] Mutuum contractus est *μωπλευρος*, 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 conditionem. De hac conditione magna est, licet non adeo magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit an generalis: id est, utrum conditio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certis conditionibus habeat: an sit ejusdem naturæ in genere cum ceteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere conditionis certi contineatur. Prius placet Interpretibus Citramontanis duplicem certi conditionem statuentibus, unam specialem quæ competat ex causa mutui, (addunt aliqui & eam quæ competit ex causa stipulationis, *inf. tit. Inst. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem quæ competat ex causis & obligationibus ceteris ex quibus certum debetur: quam superiori ut speciem diversæ naturæ opponunt Accurs. Bart. Castr. Jas. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pet. Posterius vero Ultramontanis visum est, qui unum dumtaxat commune genus certi conditionis agnoscunt, sub quo tam ea quæ ex mutuo aut stipulatione quam quæ ex aliis causis competit contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per l. 24. de reb. cred. l. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred. qui locus aperte ostendit in genere unam esse certi conditionem, 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, conditionem certi distinguere velimus, quod per me licet: tot erunt ejus species statuendæ quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartolus conditionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali medio concludendi uten-

dum sit, videlicet, *quia mutuavi*; in ceteris vero speciebus, & conditione certi generali sufficere si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, ex gr. centum peto ex causa legati utorque in eo conditione 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. n. 9. & seq. Don. *ibid.* n. 4. & seqq. Goëdd. de contr. stipulat. cap. 11. conclusion. 2. VINN. Recte quidem dicitur conditionem certi esse actionem generalem quæ ex omnibus causis unde certum debetur competit. Sed tamen cum mutuum sit contractus nominatus, cujus natura est ut actionem producat cognominem: genuinum actionis ex hoc contractu nascentis nomen est *actio mutui*, l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præscr. quemadmodum ex stipulatione *actio ex stipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *conditio certi*, hæc modo *certi* modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. *Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere; cum is qui solvendi animo dat magis voluerit negotium distrabere quam contrahere.*

L. 28. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

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 conguessit Cujacius 8. observ. 34. Duo hic referuntur ut statim videbimus. Ceteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit; quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur

suo loco. Plane si 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, tamquam debitum.

Condictio actio] Id est condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet quod condictio, l. 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & seq. Inst. inf. de action.

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus quarum hic fit mentio. Sic Gajus in l. 5. §. 3. de obl. & aff. scribit, eum qui non debitum accepit eadem actione teneri qua debitores creditoribus: ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui dumtaxat causam refertur. Enim vero & qui indebitum accepit & qui mutuum tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus; uterque enim tenetur *condictione certi*; ceterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species conductionis certi, *condictio ex mutuo*, & *condictio indebiti*; differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti; 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 *promutuum* Cujacius vocet.

Unde pupillus &c.] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuum pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, l. 59. de obl. & aff. 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 eam classe quæ quasi ex contractu nascuntur, l. 5. §. 3. de obl. & aff. Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, tit. 28. hujus lib. §. 6. & seq. ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur & tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit

longe distat; namque non ita res datur ut ejus sit, & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit; aliqui 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 proprie intelligitur si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est; aliqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum.

L. 1. tit. 2. Part. 5. & vid. integr. tit.

COMMENTARIUS.

- 1 Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario.
- 2 Contractuum quosdam esse μονοπλευρῆς (unilaterales), quosdam διπλευρῆς (bilaterales), alios medij generis.
- 3 Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.
- 4 Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo, & quid utrumque: tum an periculi nomine semper casus veniat.
- 5 Inter casus fortuitos non numerari qui cum culpa conjuncti esse solent, & qui isti casus.
- 6 Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis.
- 7 Culpa quid & quotuplex. Plenius quam vulgo.
- 8 Quid culpa lata, quæ & dolo proxima.
- 9 Quid culpa levis.
- 10 Quid levissima, ubi & alia minus trita.
- 11 Latam culpam non minus quam dolum in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.
- 12 Qui contractus dolum dumtaxat 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 & contrā.

- 14 *Conseſſaria ex textu deducta.*
 15 *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur.*
 16 *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

1. **S**ecunda species obligationis quæ re contrahitur ex quatuor quæ *boc tit.* recensentur est obligatio commodati. Commodare est, rem alicui gratis certo modo utendum 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 præscr. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia; & non tantum proprietatem rei commodatæ sed etiam possessionem retinemus, *l. 8. ff. boc tit.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur commodari non posse, nisi forte dicis 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, *boc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant quasi cum modo datum) discernereamus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter & 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 liceat nisi finito tempore utendi præscripto, *ll. 1. 2. & 12. de precar. junct. l. 17. §. 3. commod.* Et quia precarium numquam 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 precarie dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur conditio incerti, quia condicatur possessio rei precario rogatæ. vid. *l. 15. §. 1. l. 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 utendum 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 queri adversus commodantem, quæ contraria dicitur: sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela, de quibus inf. suis locis.

2. Nimirum, quod hic notandum est, contractuum quidam sunt *μὴνέπλευροι*, qui ex uno tantum latere obligant: quidam *διπλεύροι* 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. Inst. de aut. 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 mutant. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas, ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus naturam comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium; neque ab initio dantem 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. 17. §. 3. l. 18. §. 2. l. pen. comm. l. 31. de pign. act. l. 5. depos.* Atque hinc actiones quibus commodatarius, depositarius, creditor pigneratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt; quæ vero ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, *contrarie* dictæ sunt. Unde *tit. ff. commodari vel contra, depositi vel contra* &c. Idem quoque usuvenit in mandato & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l. 5.*

l. 5. pr. & §. 1. de obl. & act. Contrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus quod agenti abest nihil habent; quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. pen. Inst. infr. de pæn. temere litigant.* VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, *l. 6. §. 5. ff. de his qui not. infamia.* HEIN.

3. *Ab eo qui mutuum accepit*] Notantur ex Gajo *l. 1. §. 4. de obl. & act.* duæ differentię inter mutuum & commodatum. Quarum prima est quod is qui mutuum dat rem facit accipientis; is vero qui dat commodatum proprietatem rei retineat, *l. 8. & seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda 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 ceterorum debitorum qui speciem aliquam debent, *l. 5. de reb. cred. l. 23. de verb. obl.*

4. *Sane quidem exactam diligentiam*] Si res alienæ vel aliis debitæ peremta deperditæ aut deteriores apud nos factæ fuerint. Quaritur, non incommodato tantum sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in *π.* est *l. 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod.* In Instit. hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse si dolo malo, aliud si culpâ debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum quæ diximus contigerit. De dolo & casu facilis præceptio est; culpæ difficilior explicatio. Dolus est, occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1. §. 1. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l. 5. §. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est: quidquid 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 conventionem contrarium

effici possit, videlicet ne dolus præstetur; cum talis conventio sit contra bonos mores inviteturque ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 7. depos. l. 23. §. 3. & 4. de pact.* Plane de præterito dolo pacisci licet & actionem quasitam remittere, *l. 7. §. 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. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 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. n. 21.* Casum fortuitum definimus omne quod humano captu prævideri non potest aut cui præviso non potest resisti, *l. 18. commod. l. 15. §. 2. ff. locat. d. l. 6. C. de pign. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. 25. §. 6. locat. l. 1. §. 4. de obl. & act.* item fatum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum similib.* Qui vero periculum dicit is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. & pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seqq. ff. de peric. & comm. l. 1. 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. ca. l. 40. locat. l. 25. pro soc. l. 14. §. 16. de furt. l. 1. §. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab. & passim hæc phrases occurrunt, periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentia subijci, adstringi, illigari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. 39. §. 12. & l. 40. de adm. tut. d. l. 1. §. 35. depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Gajus scribens ad legem XII. tabb. *Casu*, inquit, id est negligentia, *l. 9. de incend. ruin. nauf. quæ interpretatio confirmatur, lege 28. §. 12. vers. nam fortuita de pæn. & ita cape legem §. §. 2. l. 12. §. 2. eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, fri-

frigoris, & similium calamitatum quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεῶν βίαι l. 25. §. 6. 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. jur. 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 curâ caveri potuit, l. 19. commod. l. 31. de act. emt. l. 41. locat.

5. Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta, l. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de peric. & comm. item incendia intrinsicè orta, l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend. Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio verbi causa servorum negligentia orto, consumtam dicit: is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatum, aut à grascatoribus vel incendiariis immittitur: id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. 2. obs. 21. Sande lib. 3. tit. 6. n. 9. Fachin. 1. contr. 87. Don. ad l. 6. C. de pign. act. n. 6. & 3. seqq. Sichard. ibid. n. 4. Moller. 4. semestr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap. 8.

6. Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita certa & perpetua est, ubi nihil amplius debitori objicitur 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, l. 23. de verb. oblig. l. 82. §. 1. l. 91. §. 3. eod. add. Christin. vol. 2. decis. 117. Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando, facit ut debitorem damna fatalia sequantur, l. 1. §. 35. depos. l. 23. de reg. jur. l. 1. C. depos. Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hac neque unius est generis neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut nōrimus quid sit cul-

pa & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur.

7. Culpam definio omne factum inconsultum quo nocetur alteri injuriâ. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est intelligimus; nam & non facere quod facere oportet culpa est, l. 91. pr. de verb. obl. sicut è contrario & negligentia adscribitur quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus factum inconsultum, ut culpam discernamus tum à dolo tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετος. (involuntaria) A casu fortuito, quia quod inconsiderate & per negligentiam fit humanicus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest; unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. seq. hoc tit. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. l. 213. §. ult. de verb. sign. Græcis ἀμέλεια (incuria). Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur nec humana prudentiâ averti possunt. Addimus injuriâ; nam quod jure permittente fit non magis delictum est quam id factum quod alii non nocet, l. 4. C. ad leg. Jul. de adult. Species culpæ quot 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 diligentia. Est enim diligentia quædam minima seu infima: est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην (magnam), item ἀγχαί (summam), & ἀκριβοστάτην (exquisitissimam) appellant. Vid. Scholiast. Harmenop. lib. 6. tit. 2.

8. Latam culpam è regione opponimus infimo gradui diligentia, ut sit ommissio ejus diligentia quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re aliena quod nemo admittit in re propria. Itaque in lata culpa est qui non prospicit, curat, cavet quod omnes qui modo sensu communi præditi sunt provident & intelligunt se cavere aut curare debere, d. l. 213. §. ult. l. 223. de verb. sign. l. 32. depos. l. pen. §. 2. de jur. & 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 jacere patiat, credens neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpâ peccat si quis rem

rem quam vendere debebat corrumpi passus sit, l. 22. §. 3. *ad sen. Trebell.* item putator arboris qui non proclamans ramum in viam publicam dejecit eoque ictu prætereuntem interfecit, l. 7. *ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in lege 8. §. ult. & l. 29. §. 3. *mand.* In summa, quicumque non facit in re aliena quod vel minimum diligens homo in sua faceret hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, d. l. 32. *depos.* gravior, l. 54. §. 2. *de adq. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, l. 226. *de verbor. sign.* l. 7. §. 2. *de adm. tut.* l. 7. §. 1. *de susp. tut.* l. 29. *pr. mand.* l. 55. *de edil. edict.* l. 6. *de jur. & fast. ignor.* & passim per periphrasin culpa dolo proxima, l. 4. *de mag. conv.* l. 47. §. pen. *de legat.* l. 1. l. 8. §. 3. *de precar.* l. 22. §. 3. *ad senat. Trebell.* cum similibus.

9. Levem culpam opponimus diligentia mediæ, ut intelligatur esse ommissio ejus diligentia quam hominum natura desiderat, id est mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, arg. 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, *hoc text.* l. 1. §. 4. *de oblig. & act.* l. 25. §. 16. *famil. erisc.* l. 1. *de tut. & rat. distr.* l. 17. *de jur. dot.* l. 72. *pro soc.* l. 22. §. 3. *ad Treb.* 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. l. 35. §. 4. *de contr. emt.* l. 14. *de pign. act.* l. 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat si quis verbi gratia non clausierit fenestras altiores quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint; aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit quod adhibita consueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset, l. 11. *de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, l. 131. *de reg. jur.* l. 8. §. 1. *ad leg. Aquil.* l. 9. §. pen. *locat.* Puto autem imperitiam in artifice seu qui peritiam alicujus rei proficitur 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 pro-

Tom. II.

videt quodcumque à diligente provideri potuit, l. 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. 25. §. 16. *fam. erc.* l. 5. §. 3. *de in lit. jur.* l. 1. §. 35. *depos.* l. 72. *pro soc.* l. 17. *ff. de jur. dot.* l. 5. l. 8. *C. de pign. act.* cum similibus.

10. Levissimam culpam opponimus diligentia summæ, ut sit ommissio ejus diligentia quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfam. suis rebus adhibet, l. 18. *commod.* l. 1. §. 4. *de obl. & act.* l. 3. *de peric. & comm. rei vend.* §. 1. *Inst. inf. de obl. quæ quasi 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 ex contr.* d. l. 1. §. 4. *de obl. & act.* d. l. 18. *commod.* d. l. 72. *pro soc.* §. ult. *Inst. infr. de societ.* Exempli gratia, non carebit culpâ levissima si quis fenestras versus publicum remotiores à locis in quibus dormit familia non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit in lege 44. *ad leg. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentia aut custodia, quo summa & exactissima significatur, d. l. 5. §. 2. *commod.* l. 23. *de reg. jur.* l. 47. §. pen. *de legat.* l. 1. Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est (nam qualitas facti & circumstantia semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat): tamen ad cognitionem hujus materiae poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib. 1. tract. crim. cap. 6.* & Pet. Fab. *ad l. 23. de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap. 8.* cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientia & perpetuis regulis subjici 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.

11. Lata culpa dolo comparatur, perinde.

deque 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. ff. Corn. de sic.* l. 20. *C. de negot.* l. 7. *C. arb. tut.*) sed quia prope fraudem ac dolum accedit, l. 29. *mand.* l. 7. §. 1. *de sup. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est; unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus latam seu magnam culpam dolum esse, l. 32. *depos.* l. 226. *de verb. sign.* dolum accipi debere etiam latam culpam, l. 5. §. 15. *ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, l. 1. §. 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 culpâ peccat fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem quæ jure pro re explorata habetur. Explodenda enim est distinctio Zasii inter latam culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet Myns. in §. 6. *Inst. sup. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera quam dolus, quam malitia? Quid latinis *versutus* aliud quam homo callidus qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque 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, dumtaxat* &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. 180. §. 12. *de legat.* 1. §. seq. *hoc tit.* cum similibus. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnumquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad poenam, l. 11. §. ult. *de his qui notantur infam.* l. 7. §. 1. *de sup. tut.* l. 1. §. 2. *si is qui test. lib.* l. pen. *de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur qui simpliciter negant in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per l. 3. 4. & 5. *de serv. corrupt.* l. 50. §. ult. *de furt.* add. quæ nos sub §. 6. *Inst. de sup. tut.* Plane 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. 35. §. 2. *de poen.* 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 proprie æ naturaliter accipienda sint, non fide aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam dumtaxat aut utraque aut altera tantum.

12. 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 diligentiae, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est: ut siquidem tale sit negotium in quo ejus qui quid suscipit nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum: tum dolus solum præstetur; ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in emto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione: ibi præter dolum præstetur & culpa; quod vero utilitatem ejus dumtaxat qui accipit, non etiam ejus dedit continet, quale plerumque est commodatum: in eo & culpa præstetur & diligentia, l. 5. §. 2. l. 10. l. 18. *commod.* l. 31. *circa fin. locat.* Quæ regula servatâ eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis, d. l. 10. §. 1. *commod.* l. 17. §. 1. & 2. *de præscr. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, d. l. 108. §. 12. *de legat.* 1. junct. l. 47. §. pen. *eod.* l. 22. §. 3. *ad Trebell.* Quod vero ejus qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantum coërcetur, id specialem rationem habet, l. 8. §. 3. *de precar.* l. 1. §. 1. *si mens. fals. mod.* ut & illud quod placet nautas, caupones, stabularios in eo quod receperunt plusquam culpam præstare, l. 3. §. 1. *naut. caup. stab.* Ceterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit; alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit ne dolus præstetur, l. 13. *de reg. jur.* Finge enim convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut incommutato dolus tantum: nec mi-

minus nec plus quam quod placitum est præstabitur, l. 1. §. 6. ff. depos. l. 1. C. eod. l. 5. §. 10. commod. Possunt vero & sine conventionē justæ causæ intervenire ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præstare: veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, l. 1. ff. 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 constitisset, cum ultro hortatus sit ut apud se potius deponeret: quo casu non solum culpa sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, l. 1. §. 35. depos. Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, l. 11. de neg. gest. §. 1. in fin. Inst. inf. de obl. quæ quasi ex contr. l. 23. de reg. jur. l. 13. l. 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. Figuræ enim hæc locutiones sunt, præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

13. *Exactam diligentiam*] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus qui commodato accepit, consequens est distinctioni d. 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, diligentia verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Gajus l. 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, l. 1. §. 4. de obl. & aff. Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo quod mox subjicit, non sufficere tantum diligentiam adhibere commodatarius rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in l. 2. C. mand. exactum officium dixit pro exactissimo: Ulpianus diligentem custodiam

pro diligentissima, d. l. 5. §. 5. commod. Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, l. 25. §. 16. fam. etc. quemadmodum vice versa superlativus nonnumquam pro positivo ponitur: quod æstimandum ex natura contractus; Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas aliquem sua dumtaxat gratiâ, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur: dolus solus præstabitur, ut in deposito, d. l. 5. §. 10. commod. Quod si sua & commodatarii gratiâ, quod item fieri potest: culpa æstimatur, ut in pignore, dote &c. d. l. 18. in fin. pr. commod.

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 exigere quam ut 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 naturâ in suis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodari, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, l. 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl. nec si solius debitoris utilitatem contineat, quale est commodatum, l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & aff. De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere quod præscriptum est lege 6. C. de pign. & aff. casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præstari: nimirum ut intelligamus nec commodatum hic excipi.

15. *Si non ipsius culpa*] Culpa abesse intelligitur, 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 coenam invitato argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum præstare debebit, d. l. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & aff. Si res

commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur si eâ usus sit in eam rem in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit: veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, l. 10. l. ult. commod.

16. Si nulla mercede] Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii est & libertatis, l. 17. §. 3. d. tit. ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiae, l. 1. §. ult. mand. Cum igitur merces pro usus 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. Inst. inf. locat. l. 22. de præscr. verb.

TEXTUS.

De deposito.

3. Præterea & is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, teneturque actione depositi; quia & ipse de ea quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine, id est desidia ac negligentia, non tenetur. Itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furta amiserit; quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei sed suæ facilitati id imputare debet.

L. 1. & seqq. tit. 3. Part. 5.

COMMENTARIUS.

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 deposito. Deponere est, rem alicui qui gratis hanc operam suscipiat custodiendam dare, l. 1. depos. In eodem significato utimur & verbo commendare, l. 24. cod. l. 186. de verb. sign. Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, si-

ve quantitas, puta pecunia numerata, d. l. 24. & seq. §. 1. depos. In quo depositum differt à commodato, l. 3. §. ult. commod. An vero quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, d. l. 3. §. ult. ita & depositum in his consistere possit, quæritur. Doctores comm. id negant, argumento sumto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, d. l. 1. depos. tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet; postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, arg. l. 5. §. 4. de præscr. verb. Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum; nam in sequestrationem, quæ depositi quoque in genere sumti species est, l. 5. & seq. l. 17. depos. quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, l. 7. §. ult. ff. qui satisd. cog. arg. l. un. C. de prob. seq. pec. cap. 1. de sequestr. Clement. un. cod. quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur cum ea à litigatoribus aut iudice sequestro collocatur, atque ex ea depositione 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? arg. d. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. 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. §. 8. & seq. depos. VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utrumque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodiæ, an custodiæ commendationi mandatum de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent, ex principali à quo incipiunt judicantur, l. 1. §. 13. ff. depos. Conf. vir cl. A. A. Pagenstech. Sicilim. part. 11. §. 92. pag. 182. HEIN.

Re obligatur] Leg. 1. §. 5. de obl. & aff. Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

2. Teneturque actione depositi] Actione nimirum depositi directæ. Nam contrarium judi-

dicium depositario datur ad consequendum quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, l. 5. *depos.* Potest vero his qui deposuit quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, l. 1. §. 45. & 46. *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 d. l. 1. §. 45. & 46. *depos.* & Costal. *ibid.* Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat si rem ante tempus finitum 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 dantis repeti non potest, l. 17. §. 3. *commod.*

De ea 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 convenierit ut depositarius, si opus haberet, pecuniâ uteretur & redderet tantundem: quæ res notos depositi terminos egreditur, l. 24. cum ll. *seqq.* l. 29. §. 1. *depos.*

3. *Si quid dolo*] In deposito nullum commodum est depositarii, quin onus potius est rem alienam gratis custodire; ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur si quid dolo ejus perierit, l. 5. §. 2. *commod.* l. 1. §. ult. l. 20. *depos.* l. 1. §. 5. *de obl. & aff.* l. 23. *de reg. jur.* Qui autem dolum dicit latam culpam non excludit, quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque et si doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est etiam latam culpam in depositi judicium venire, l. 32. *depos.* l. 1. §. 5. *ff. de obl. & aff.* l. 1. *C. depos.*

Culpæ nomine, id est desidiæ ac negligentiae] Quoties culpæ aut negligentiae simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari §. *præced.* probatum est: quod hic locus confirmat, & unde desumtus est, lex l. 5. *de obl. & aff.* item l. 72. *pro soc. & §. ult. Inst. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviolem non præstat, extrâ quam si in deposito convenierit

ut ea quoque præstetur l. 1. §. 6. *depos.* aut si ultro se deposito obtulerit, d. l. 1. §. 35. *eod.*

Furto amiserit] Furtum plerumque cum culpa patrisfam. rem suam non bene custodientis conjunctum est; ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, l. 52. §. 3. *pro soc.* l. 14. §. 1. *de per. & com. rei vend.* nisi doceant culpam omnem abesse, quod aliquando fieri potest l. 14. §. 6. *de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est cur depositarius negligentiae nomine non teneatur; quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, d. l. 1. §. 5. *de obl. & aff.* & 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.* Uti que ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet merito exigitur, l. 23. *depos.* Adde omnino quæ nos ad §. ult. *Inst. inf. de societ.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia & ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. 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.*

LL. 20. & 21. tit. 13. Part. 5.

& vid. integr. tit.

COMMENTARIUS.

- 1 *Pignoris varia significatio.*
- 2 *Etiâ sola conventionione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pigneratitia traditionem intervenire oportere.*
- 3 *Quando actio pigneratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria.*
- 4 *Ad quid creditor pigneratitius teneatur.*
- 5 *In actione pigneratitia levem dumtaxat culpam non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

1. **Q**uarta & postrema species obligationum quæ re contrahuntur ex pi-

pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet; nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. 7. *Inst. inf. de act. titt. π. & C. de dist. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *titt. π. qui pos. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum quo jus illud constituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.*

2. Contrahitur autem pignus non sola traditione sed etiam nuda conventionione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quaeritur 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, *l. 17. de pign. §. 7. Inst. inf. de act.* Ceterum 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 dumtaxat; adeoque de pignore proprie dicto non de hypotheca: nam *pignus* & *hypotheca* sic fere distinguuntur, ut pignus dicatur cum possessio transit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pigneratitiæ 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. §. 6. de obl. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat ut res eadem quæ pignori obligata est restituatur, traditam esse prius oportet creditori quam restituere possit.

Actioe pigneratitia] Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. 40. §. ult. ff. de pign. act. l. 1. cum 2. seqq. C. eod.* & demum debito omni exoluto intentari potest, *d. l. 9. §. 3. ff. eod.*

3. Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, ut in conventionione creditorem

deceperit, *l. 3. d. l. 9. pr. de pignor. act.* aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, *l. 8. eod.* Ab actione igitur hæc pigneratitia toto genere differt actio quæ hypothecaria dicitur; quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d. §. 7. Inst. inf. de act. l. 17. de pign.* at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc 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 abusive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. 41. de pign. act.* & aliis locis.

4. *Sufficere si exactam diligentiam*] Supra §. 2. hujus tit. hanc regulam ex Ulpiano *lege §. 2. commod.* tradidimus: in contractibus qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levisimam. 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 recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præsteretur, quod tamen non sit culpa levissima; levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem plane confirmat Gajus *l. 18. in fin. pr. commod.* ubi diserte 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. comm.* & à Justiniano 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 abs-

absque eo foret ut non crederetur. Itaque sciamus prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. 5. de reb. auct. jud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquuntur sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est.

5. Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiae opponitur, creditor pignoratitius præstare compellatur, sed ut in emto, locato, dote ceterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l. 5. §. 2. d. l. 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert sufficere si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum quod solius commodatarii, & depositum quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle ut etiam in præstantibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem quam à depositario, minus autem quam ab eo qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem *d. legis 5. §. 2. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negotium tamen facessit quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. ff. de pign. act. l. 19. C. de pign. Vinn.* Immo omnes *legis 13. §. ult. ff. de pign. act.* tenebras discussisse videtur vir cl. Ger. Noode. *probab. lib. 1. cap. 4.* ubi una literulâ & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolum & culpam; at in commodato venit & custodia, vis major non venit.* HEIN.

suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia statâ, id est ea quam suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfamilias; nihil enim amplius à creditore Paulus exigit, *l. 14. de pign. act.* Quamquam fatendum est, incommode hanc speciem diligentiae exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativi habet; consistit enim in medietate, 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, sæpe non consideratur; & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit: & ipsa excludi intelligitur, ut in *lege 5. C. de pign. act. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolum & culpa levis in altero etiam culpa levissima præstat, sic conjungantur, quasi utriusque eadem essent præstationes, ut in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia 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. 35. §. 4. de cont. emt. l. 10. §. 1. ff. commod. d. l. 38. C. de locat. eo demque modo custodia accipienda in d. l. 13. §. ult. de pign. act. & d. l. 19. C. de pign. Vinn.*

Immo omnes *legis 13. §. ult. ff. de pign. act.* tenebras discussisse videtur vir cl. Ger. Noode. *probab. lib. 1. cap. 4.* ubi una literulâ & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolum & culpam; at in commodato venit & custodia, vis major non venit.* HEIN.

Aliquo fortuito casu] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* nisi culpa aut mora causam præcesserit, aut nominatim placuerit casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2. *huj. tit.*

TITULUS XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. lib. 45. tit. 1. Cod. lib. 8. tit. 38. Et Part. 5. tit. 11.

- 1 *Continuatio.*
- 2 *An verborum obligationis plures causæ quam stipulatio.*
- 3 *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
- 4 *Uius stipulationum quam varius jure civili.*
- 5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam; & quid inde.*

1. **E**Xposita est prima species obligationum quæ cum ex contractu sint solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire 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 & proxime sequentes quinque tituli consumuntur. Literarum obligatio brevius perstringitur *tit. 22.*

2. Verborum obligatio, si Gajo *lib. 2. tit. 9.* credimus, duobus olim modis contrahabatur: aut interrogatione præcedente eamque subsequente responsione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantum loquente aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum 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 pr. l. 1. §. 7. de obl. & act. l. 52. §. 2. eod. 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 abunde probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig. VINN.* Verum quidem in jure nostro unum occurrere contra-

ctuum verbalium genus, puta stipulationem; sed ideo negandum non erat fuisse plura, in primis dotis dictionem & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & causam habuisse videntur, verba puta solemnia; & cognomines produxisse actiones, ex. gr. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jure jurando &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani: hinc de dotis dictione nihil in Pandectis extare passus est Tribonianus. Immo ubi quid existit, ibi leges mutavit, veluti *l. 25. l. 44. §. 1. l. 46. §. 1. ll. 75. & 59. ff. de jur. dot.* Jurisjurandi à libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio: sed nec illud tamen tunc forte admodum frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l. 3. pr. l. 5. ff. de op. libert. l. 44. pr. ff. de liber. caus. HEIN.*

3. Est autem *μνέπλευρος* 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 Jurisconsultus 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 fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in ceteris contractibus sufficiunt quævis verba nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo recte plerique colligunt stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optime convenit, ut quis ex consensu verbis declarato obligetur: tamen à simplicitate illius juris alienus est ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamve verborum linguâ nuncupandorum formulam, quod etiam Paulus non obscure innuit *lege 1. locat.* Facit item *l. 126. §. 2. vers. superest de verb. obl.* Add. Joan. Goëdd. *de*

contr.

contr. & committ. stip. cap. 2. concl. 1.

4. Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac litteris obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventionione neminem obligari voluerunt, ne quaecumque 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. tit. Inst. de fidejuss. obligationibus novandis, l. 1. & 2. de novat.* interdum & in usuris quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, *l. 3. C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo ceteræ 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. 45. ff. de pact. l. 27. C. eod. l. 3. & 4. C. de rer. perm. Paulus 2. sent. 22. Omnibus pactis, inquit, stipulatio subjici debet ut ex stipulato actio nasci possit; tum etiam in contractibus juris gentium, ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmiter sit obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. emt. l. 4. §. ult. de usur. l. 99. de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *l. 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. obl.* tanquam in Pandectæ tractentur, & stipulationi attribuantur.*

5. 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 hoc tit. id DD.* communiter sic exprimunt, ut dicant stipulationem non subsistere quæ causam nullam præcedentem habet propter quam adhibita sit. Et recte. Nam cum stipulatio non habeat

Tom. II.

certam & determinatam naturam ut contractus ceteri, sed ex variis causis, sæpe 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. Enimvero 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. 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. 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez 2. var. resol. 11. n. 3.* quem perperam reprehendit Suarez in annot.

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua due proficiscuntur actiones, tam conditio certi si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud Veteres firmum appellabatur, forte à stipite descendens.

L. 1. tit. II. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Verbo stipulationis non interrogationem tantum sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.
- 2 Etiam cum ex stipulatu agere dici qui certum ex stipulatione petit; & quando incertitudo stipulationem vitiet.
- 3 Stipulationis vera originitio.

1. **E**X interrogatione & responsione] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, *l. 1. §. 7. l. 52. §. 2. de obl. & act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio quæ uno nomine stipulatio à Veteribus dicta est, *l. 5. §. 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 unâ, altera quoque intelligitur: quod etiam in ple-

risque aliis appellationibus usu venit, ut in emtione, locatione, mandato, donatione &c. Græci interpretes *ἐπερώτησις* (interrogationem) 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 fieri] 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. *pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiuntur actiones] Justinianus hoc passim & recte observat, ut ad notitiam cuiusque 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 & condictionis triticaria; 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, ceterisque obligationibus ex quibus certum petitur, l. 9. l. 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 si certa sit, id est si appareat ex pronuntiatione quid quale quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa; ubi autem hoc non apparet, incerta, ll. 74. & 75. *hoc tit.*

2. *Ex stipulatu*] Hoc verbum non significat causam generantem; nam & condictionis certi ex stipulatione nascitur, quod hic expressum est & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, l. 83. §. 6. *hoc tit. l. 42. ff. pro soc. l. 14. C. de pact. l. 28. ff. de act. emt.* sed denotat materiam & est nomen actionis specialis. Unde explicandum est quod tradit Ulp. d. l. 24. *de reb. cred.* eum qui certum stipulatus est ex stipulatu actionem non habere, sed condictionem certi id persequi debere; nimirum non habere eum actionem quæ in

specie & *τεχνικῶς* (ex arte juris) ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, l. 4. *pr. de usur. VINN.* Ita quidem usu invaluerat, ut si certum peteretur actio & vocaretur condictionis certi; sin incertum condictionis ex stipulatu; sed quia contractus nominatus producere solet cognominem actionem, satis apparet actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verum etiam si certum petatur. Exemplum est in lege 83. §. 6. *ff. de verb. oblig. l. 42. ff. pro soc.* & alibi passim. Nihil novi est nomen generis uni speciei hære. Non tam *τεχνικῶς* (artificiosum quid, i. e. artem aliquam) hic deprehendo, quam usum vulgi, quem pones arbitrium est & vis & norma loquendi. Quia priorem actionem *condictionem certi* vocabant Pragmatici, hinc commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu*. HEIN.

Si incerta sit] Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sane 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 naturæ circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit, l. 94. *cum seq. l. 115. in pr. hoc tit.* hic contrā, vid. *sup. §. 22. Inst. de legat.*

3. *Quod stipulum apud Veteres firmum*] Eandem hujus nominis rationem reddit & Paulus 5. *sent. 7.* quam & D. Hotomannus probat, & verissimam censet D. Salmasius *lib. de usur. cap. 6.* Varro autem *lib. 4. de lingua* cui fere & Festus consentit, à *stipe* deducit. *Stipem* autem à *stipando* dictam scribit, eo quod Veteres cum ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum *lib. 3. cap. 24.* reperio, ubi scribit stipulationem nomen invenisse à *stipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes 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. Hotomannus legendum putat à *στῆτις*, id est denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στελέχους, à *stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græ-

εο εὐφελος & εὐφελος, quod Grammatici exponunt ερεος, sive ερεος, *firmum, solidum*. D. Salmas. d. loc.

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt: Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo, Facies? Faciam. Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguae habeat; nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnitas verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata sentium & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscumque tandem verbis expressum est.*

L. 1. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Ad substantiam stipulationis quam adhuc requirantur.*
2. *Concessaria aliquot inde deducta.*
3. *Ut alia lingua quam Latina stipulatio fieri possit à Sabino inductum videri.*
4. *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

1. **O**lim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum quæ solemnitas 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. 83. §. 1. l. 137. *hoc tit.* l. 7. §. 12. *de pact.*

2. Itaque mutus ad verborum obligatio-

nem non pertinet; sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest alium tamen loquentem audire non potest, l. 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* §. 7. *Inst. inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse; sed nec posse in scriptis, licet partes præsentis sint: quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille argumento legis 14. *C. hoc tit.* & l. 38. *de obl. & action.* Verum neutra id quod vult probat, sed illa hoc tantum, præsumtionem esse pro instrumento in quo scriptum est omnia solemniter esse acta, stipulationemque rite factam, l. 30. *hoc tit.* §. 16. *Inst. inf. de inut. stip.* §. *ultim.* *Inst. inf. de fideicom.* 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. 17. *C. de fid. instrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari qui sine verbis adnuit, l. 1. §. 2. *hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, 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. Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat aut per literas respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. 5. *Inst. de inut. stip.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, l. 137. *pr.* *hoc tit.* Ceterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, d. l. 137. *hoc tit.* l. 12. *pr. de duob. reis*: quo loco pro verbo prolatus, ut hoc obiter moneam, nihil dubium non est quin legendum sit *Proculus*. His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis aut iis quæ acta sunt probetur non stipulandi sed paci-scendi animum partes habuisse, l. 7. §. 12. *de pact.* VINN. Atqui si in lege 12. *pr. ff. de duob. reis*, pro prolatus legas *Proculus*, tunc verbum deerit, ex-gr. *putat, scribit*, vel simile; quod, si additur, emendatio erit paulo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat quæstio, ut Jctos ea in re dissensisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro prolatus, quod manifeste mendosum, legit *probat*. HEIN.

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 dubitatum sit an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni?* l. 1. §. 2. *hoc tit.*

3. *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 acceptione traditur, l. 8. §. ult. *de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, l. 10. C. *hoc tit.* Illa tamen quæ paulo ante memoravimus post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi notissima pacti & stipulationis differentia.

4. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt; tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberate 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 cujuslibet 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. res. 9. n. 3. & 11. n. 3. Gudelin. lib. 3. *de jur. nov. cap. 5.* Christin. vol. 2. dec. 91. Grot. 3. *manuduct.* 1. D. Tuld. *comm. hic cap. 2.* VINN. Quæ auctor de moribus totius Europæ disserit, ea nedum nostris mire sunt consentanea, sed etiam lege Regia expresse decisa, l. 2. tit. 16. lib. 5. *Recop.* Hujus juvat referre summam; permulta

enim juris nostri capita ex ea vim lucemque accipiunt. Dum constat, inquit lex, quamquam serio se obligasse, quibusve verbis vel quoquo modo promissit, ad implenda promissa teneatur; neque se excusare poterit ex eo quod stipulatio non intervenerit, aut quia pactum inter absentes fuit celebratum, aut tabellio non interfuit. Immo etiam si alteri absentis per alterum quis se obligaverit, sive alterum daturum facturumve promissit, modo constet de voluntate promittentis, obstrictus maneat; cum jure civili neque alteri per alterum stipulari quis posset, neque alienum factum aut præstationem promittere. Quæ sane insigni decisione, resecatis veteris juris ambagibus, promissionum materia ad juris naturæ simplicitatem redacta est. ADDIT.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, 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 priusquam is dies præterierit.*

L. 12. cum seqq. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur quomodo accipiendum; & expositus §. ult. Inst. inf. de inutil. stip.*
- 2 *Dies incertus quando conditionem facit; & quid hic inter legata & stipulationem.*
- 3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa.*
- 4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur ante diem recte offeratur creditori, licet accipere recusanti.*
- 5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim unâ cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit.*

6 Explicatio legis 73. de verb. obl.

7 Formula quædam ejusdem efficaciæ, & alia notatu digna.

Divisio stipulationis à diverso contrahendi modo: quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet quam ad conventiones ceteras; nullus enim contractus, nullaque conventio quæ non fiat vel pure, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, l. 1. §. 45. & §. seq. de pos.

1. *Idque confestim peti potest*] Puræ stipulationis dies, ita Nostri loquuntur, statim & credit & venit, l. 213. de verb. sign. hoc est, id quod pure promissum est confestim & debetur & peti potest, l. 41. §. 1. l. 56. §. 4. l. 118. §. 1. hoc tit. l. 14. de reg. jur. Idque efficit certa juris ratio; quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, d. l. 213. d. l. 118. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus cui nec conditio nec dies vel tacite insit, alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, l. 73. hoc tit. Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. ult. Inst. 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 faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium intra quod traditio commode fieri, pecunia confici & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, l. 137. §. 4. hoc tit. atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in poenam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, d. l. 118. §. 1. eod. quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis executionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum sacco venire creditorem, arg. l. 105. de solut. placet, debitori contenti 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 negat & convictus condemnatur, l. 16. jud. solv. junct. l. 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seqq. Ceterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate definire & moderari oportere statuunt, arg. l. 45. §. 10. de jur. fisc. & sane nec præcise 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. car. 27. Dura autem nimis est Cujacii in d. l. 41. & Timæi Fabri disp. annu. 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

2. *Cum adjecto die*] Stipulatio in diem est quæ sit 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. 21. & l. seq. quand. dies leg. Nam si illud dumtaxat incertum quando sit exiturus, certum autem exiturum esse: veluti si quis ita stipulatus fuerit, *dabis cum moriar*, aut *cum morieris*: hujusmodi diem pro conditione non haberi argumento est, quod soluta ante diem mortis pecuniâ repeti non potest, l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind. Equidem scio in legatis hanc distinctionem observari, ut si ita legetur, *heres meus cum morietur decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad heredem legatarii vivo herede defuncti non transeat. Sin vero ita, *cum ipse legatarius morietur*: hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, l. 1. §. 2. l. 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg. Sed non est talis legati *heres meus cum morietur Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi *cum morieris decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum heres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur; quippe quod præmoriens legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit; nam etsi ante promissorem stipulator decesserit heredi tamen ejus debetur, §. 4. inf. hoc tit. Unum etiam genus diei plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum periero dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc

hæc cogitatio est, ut statim & sine mora ubi petium erit solvatur, non ut obligatio differatur in casum; ideoque si decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio, l. 48. *hoc tit.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus à quo.

3. Quod si apponatur dies ut terminus ad quem, id est finiendæ obligationis causa: puta hoc modo, *usque ad Calendas dare spondes?* aut, *quoad vivam dare spondes?* pure contracta obligatio intelligitur; ceterum petenti post Calendas, aut heredi petenti obstat exceptio pacti aut doli mali, l. 44. §. 1. *de obl. & act. l. 56. §. 4. hoc tit.* vide quæ sub §. seq. Porro dies vel aperte adjicitur, ut in formulis usitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, post biennium*; vel tacite stipulationi, verbis alioqui puræ, inest propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ; ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, l. 14. l. 137. §. 2. & 3. *hoc tit. §. 5. inf. eod.*

4. *Statim quidem debetur*] L. 38. §. 16. l. 46. *hoc tit. l. 213. de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, l. 9. §. 1. *de novat. l. 79. de cond. & demonstr.* Quid ergo est quod Ulpianus in l. 41. §. 1. *hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere ne præsentis die pecunia debeatur?* Nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus diem stipulationis cessisse, quod pugnaret cum manifesta ratione juris; sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc comoda 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. & l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat, l. 50. *de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. l. 137. §. 2. hoc tit.* quod interpretandum ex lege 2. C. de so-

lut. 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. 38. & d. l. 70. 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 lege 18. *de pec. constit.* qui locus, etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiæ Cujacii juvat l. 39. *de solut.* numquam enim obtinebitur importunum tempus esse id quod diem adjectum antecedit. Postea comperi & Guillel. Masium dissentire, l. 1. *sing. opin. cap. 4.* cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Plane si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratiâ, aliud dicendum est: veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, l. 2. *quod cert. loc. l. 122. pr. hoc tit.* facit l. 15. *de ann. legat. l. 17. de reg. jur.* Don. in d. l. 41. §. 1. n. 47. & seq. D. Talden. *comm. hic 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. 9. *in fin. pr. de reb. cred. l. 24. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex ca. in poss. l. 213. de verb. sign. l. 43. §. 1. de obl. & act. ll. 14. 42. 73. 98. §. 1. hoc tit.* cum simil. Atque hætenus quidem Interpp. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat quominus statim agi possit.

5. Ceterum non levis quæstio est agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in l. un. C. *ut act. ab hered.* 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 unâ cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitionis submoveatur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiæ, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in d. l. un. & Gomez 2. *res. 11. n. 21.* Etenim posita causâ obligationis proxima, præsentis videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem di-

dicitur obstare exceptio, §. 10. *Inst. inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male, & perperam* agere dicitur, l. un. in fin. *quand. dies us. leg. ced. l. 118. §. 1. hoc tit. l. 2. §. 6. de eo quod cert. loc. & tempore plus petere, §. 33. Inst. inf. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, is non *male agere*, sed *inutiliter*, l. 43. §. pen. *de edil. edict.* nec plus petere, sed *nihil facere* dicitur, d. l. un. in fin. Adhæc effectu nihil interesse utrum stipulationi pure factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clare arguit d. §. 10. *Inst. inf. de except. & frigide contra disputat Donell. ad l. 41. §. 1. n. 41. & 2. seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit; sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur: etiam adjectus 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 ajunt, contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium, l. 5. C. *de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, l. 19. *de reb. cred.* ut proinde cum debitoris intentio non sit ut ante diem obligetur, nec creditoris ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit certis modis obligationem constitui & finiiri, inter quos non est tempus, l. 44. §. 1. *de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. *hic.*

6. Magis obstat *lex 73. hoc tit.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere &c. & mox, non antecedere diem &c.* An dicimus aliud juris esse cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur? 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 dumtaxat, 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 adjectum 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 intersit actio ipso jure non competat, an quæ competit per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub tit. Inst. de except.* VINN. Non solum in l. 75. ff. *de verb. obl.* sed & in l. 72. §. ult. ff. *ead.* difficultas emergit eadem: *Plane*, inquit Ulpianus, *si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est expectandum ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec insulam fieri, ut tantum tempus prætereat quanto insula fabricari possit. Sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationis cedit.* Quæ sane repugnare videntur *legibus 14. & 84. ff. eod.* ubi post aliquod temporis intervallum, intra quod insula confici & absolvi potuerit, actio nasci dicitur. Sed non repugnant. Verè enim agi potest, ubi mora sit faciendæ insulæ, quod promissor insulam justo tempore non inchoaverit, ad id quod interest moram factam non fuisse. Elapso autem tanto temporis spatia intra quod probabiliter insula fieri potuisset, agitur ad id quod interest insulam perfectam fuisse. Eodem modo explicanda videtur l. 137. §. 3. ff. *ead.* uti recte observavit Harprecht. ad *Inst. hoc tit. §. hoc n. 5. HEIN.*

Ne eo quidem ipso die] Apparet igitur in hoc genere dici debere diem venisse, non cum dies stipulatione 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. 213. *de verb. sign.*

Totus arbitrio solventis] Tempus adjectum pro reo non pro stipulatore est, l. 41. §. 1. *hoc tit. l. 17. de reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut pura, qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, l. 42. *hoc tit. §. ult. Inst. infr. de mut.*

inut. stip. Plane si quis ita stipuletur, *Hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit; neque enim in proposito diem differendæ actioni insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum; l. 118. §. 1. *ead.*

7. Sive autem hac formulâ concepta sit stipulatio: *Proximis Calendis Martiis, hoc biennium, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita: *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 coemptum referatur, l. 13. l. 41. *cum seq.* l. 56. §. 5. l. 138. *ead.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, l. 12. *ead.* Quod si simpliciter hoc modo: *Calendis Januariis 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 promississet: id est ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuldenu hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat; alioqui iudicem tempus arbitratum habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3. *At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* & pure facta obligatio intelligitur & perpetuatur, quia ad tempus non potest deberi; sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

COMMENTARIUS.

1. Quid juris si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito annua.
2. Quid si decem in singulos annos, omisso quoad vivet.
3. Quid cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur.
4. Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato; & qui istius differentie effectus.

5. Quid juris in casu hic proposito.

Agitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est perimendæ obligationis causa; doceturque ea conventionem non fieri ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur; ceterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoverti. Affertur pro exemplo casus quo quis annum quid stipulatur quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus.

1. Primus hic sit, si quis stipuletur decem quoad vivet, nona addito annua aut in singulos annos. In hac specie responsum est decem confestim recte peti: quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari; ideoque & heredem illius & hunc post Calendas petere posse; ceterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoverti, l. 56. §. 4. *hoc tit.* l. 44. §. 1. *de obl. & act.* Utrum autem qui decem quoad stipulator vivet dare spondedit, intelligatur decem semel, quod Duarenus in d. l. 56. placet; an decem annua promississe, 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.

2. Alter casus hic esto, si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in 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. §. 23. *de transact.* l. 12. §. 6. *quand. dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere quominus statim nascatur obligatio & actio, arg. *huj.* l. 6. *legis* 12. *fac.* l. 20. *quand. dies leg.* l. 56. §. 4. *hoc tit.* 2c proinde initio cujusque anni decem tamquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi sed multiplicandi causa facta intelligitur; idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus summam semel tantum deberi, non sæpius. Non idem juris est cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel; quo-

quoniam in re quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus nisi obligationis differendæ causa. l. 42. *boc tit.*

3. Aliud quoque est cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos ut eam divisim trium annorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest; eademque ratio est sequentium, l. 40. *de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad heredes quoque obligatio transmittatur, l. 16. §. 1. *boc tit. arg. l. 13. C. eod. Moller. 5. semest. 48.* quamvis id negat Bart. *arg. l. 34. §. ult. vers. sin autem C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*; eo enim modo si legas, pugnetur ex diametro dict. versiculus cum principio §. Itaque omnino legendum *vel non adjicitur*, ut Græci lib. 47. βασιλικών.

4. 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 legatarii finitur, l. 4. d. *tit. l. 16. §. 1. boc tit.* Sic enim jus est cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam coepta legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario ad heredem ejus legatum illius anni transeat; sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet; ejusque tantum anni legatum transmittatur quo legatarius vixit, l. 4. l. 8. *de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, l. 11. d. *tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, d. l. 16. §. 1. *boc tit.* ut tamen sit plurimum pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, l. 58. *de fidejuss.* Hinc fit ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, l. 35. §. ult. *de mort. ca. don. l. 78. boc tit.* Cujus differentie hic effectus, ut si verbi causa servus cum annuum legatum est primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi adquirat, l. 12. §. 1. *quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, d. l. 78. *boc tit. & d. l. 35. §. ult. de mort. ca. don.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec

morte stipulatoris finitur, d. l. 16. §. 1. *boc tit.* Cur tam varie? Nimirum quia testator in legato annuo etsi non adjecerit *quoad vivet legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non heredi ejus. Præsumtio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, l. 9. *cum seq. pro soc.* quorum neutrum in heredem legatarii 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 heredibus 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. 10. §. 1. *de ann. legat.* dicendum est tali stipulatione personam heredis non contineri; ideoque si petat doli mali exceptione posse submoveri.

5. Tertius & postremus casus sit qui hic proponitur, si quis stipuletur decem annua *quoad vivet* sibi dari. Justinianus 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. Ceterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic heredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constet, l. 56. §. 4. *boc tit. l. 44. §. 1. de obl. & aff.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, l. 16. §. 1. *boc tit.*

TEXTUS.

De conditione.

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 ascendero dare spondes? perinde erit ac si stipulatus esset cum moreretur sibi dari. Ex conditionalis stipulatione tantum spes est debitum iri; eamque ipsam spem in heredem transmitti.

simus si prius quam conditio extet mors nobis contigerit.

L. 14. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Quid sit conditio & quod duplex; 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 nibildum deberi; & quæ inde consequentia.
- 6 Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.
- 7 An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.

1. **H**Actenus dictum de stipulatione pura & ea quæ fit in diem: sequitur ea quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio qua id quod dari aut fieri volumus conferitur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio & casus sive incertus eventus; ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. inf. hoc tit.* & quas certum est omnimodo extituras esse, veluti si stipuler mihi dari si morieris, si Calendis sol oriatur, l. 18. de cond. ind. l. 79. de cond. & dem. l. 9. §. 1. de novat. pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrium est sive fortuitum sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, l. 46. §. 2. l. 99. §. 1. l. 108. l. 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 ascenderis, vel non ascenderis: quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut si Mæviam uxorem duxeris. Dux omnino conditiones sunt quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt: conditio impossibilis in faciendum

concepta, l. 7. *hoc tit.* §. 11. *Inst. 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. ff. de obl. & act. l. 13. C. de contr. emt.

2. Cum in casum differtur obligatio] Atque ideo existente demum casu in quem dilata est dies hujus obligationis cedit, neque antea quidquam deberi intelligitur, l. 213. de verb. signif. Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis expressa ut in exemplis hic propositis, sed etiam intellectâ seu tacite comprehensâ: quod ex rebus ipsis intelligitur, puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit qui an extiturus sit ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata: ut in hac conceptione *Scribum qui hoc anno tuus erit dare spondes?* l. 6. de legat. 1. l. 85. de legat. 3. item in hac *quod patrem meum debere constituerit dare spondes?* l. 122. §. 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: cuius generis est promissio fructuum qui in fundo nascentur, l. 37. *hoc tit.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio si nuptiæ sequantur, l. 21. de jur. 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 jam ex ea agi possit, l. 115. §. 1. & 2. l. 122. §. 4. *hoc tit.*

Si in Capitolium non ascendero] Jurisconsulti cum de conditionibus tractant creberrime his exemplis utuntur *Si in Capitolium ascenderis*, aut *Si in Capitolium non ascenderis*: quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi unâ cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen* Od 30. v. 6.

*Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine Pontifex.*

Tacit. lib. 14. cap. 61. *Exin Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. in paneg. cap. 5. *Tibi ascendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi, occurrit.* Plura hujusmodi in Veterum scriptis observavit D. Duar. 1. disput. 15.

3. Ac si stipulatus cum moreretur] In condi-

ditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur donec certum atque exploratum sit fieri amplius non posse: ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non ascenderis dari spondes?* non nisi præterito biennio recte petam, l. 99. §. 1. *hoc tit.* Idem est si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat: veluti si sit ita cautum: *Si Pamphilum non dederis tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non antè committi stipulationem quam si Pamphilus desiisset posse dari, l. 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 fecit, d. l. 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio *Dabis si in Capitolium non ascenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit in Capitolium eum ascendere non posse, d. l. 115. §. 1. Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic proposito: illius mors spectanda erit. Et itaque illo casu heres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere heres stipulatoris.

4. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario statim representari legatum, dum is caveat nihil se ejus facturum quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem unà cum fructibus restitutum, quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta ll. 7. 18. & 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ vero ratio est quod hæc cautio in legatis & hereditatibus admissa, in contractibus non item? Nimirum quia voluntati testatoris satisfieri 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 ascendero*, satis aperte hoc agit ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius heres; & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit sed illo mortuo heres ejus, & alias quoque in ambiguo secundum

promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur quod non apertius stipulationem conceperit, l. 99. *hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi interciderent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hereditatibus valere potest; in legatis falsa est; quippe cum ut ad heredem legatum transferatur sufficiat moriente legatario diem legati cedere, l. ult. *de cond. inst.* Gomez 2. *res.* 11. n. 37. Cujac. 14. *obs.* 22.

Ac si cum moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum *Si Capitolium non ascendero dare spondes?* & *Dabis cum moriar?* in eo dumtaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris; cetera 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, ll. 17. & 18. *de cond. ind.*

5. *Tantum spes est debitum iri*] Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeatur, eâ 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. ced.* l. 213. *de verb. sign.* l. 8. *de per. & com. rei vend.* l. 11. §. 1. *qui pot. in pign.* 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, dd. ll. 16. & 18. l. 48. *de cond. ind.* l. 38. §. 16. *hoc tit.* eademque ratione nec novari poterit aut constitui, nisi hac lege ut eadem conditio spectetur, l. 14. §. 1. *de novat.* l. 19. *de pec. const.* Hinc intelligitur quantum intersit inter stipulationem in diem & conditionalem.

6. *Eamque spem in heredem transmittimus*] Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut heres stipulatoris agere, aut heres promissoris conveniri possit, §. *pen. Inst. inf. de inut. stip.* l. 57. *hoc tit.* l. 73. §. 1. *ad leg. Falc. fac.* l. 8. *de per. & commod.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat obligationem ab herede aut contra heredem inci-

pere. Nam conditio existens retrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel exitit 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 heredem ejus nec spem ullam transmitti? *l. 4. l. 5. §. 2. ff. quand. dies leg. l. un. §. 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 heredem legatarii atque in heredem 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 legatarii cogitasse, eique soli non etiam heredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscendum quam ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse ut non tantum sibi verum etiam heredibus suis prospectum velit, *l. 9. de probat. add. Gomez 2. res. 11. n. 12. D. Tuld. comm. hic cap. 7.* Ad hæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsentis vires accipit, *l. 26. de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hæcenus personas contrahentium adstringit ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de obl. & aff.* Unde quoque est, quod eum qui sub conditione stipulatus est etiam pendente ea placet creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l. 10. l. 54. de verb. sign. l. 4. de reb. aut. jud. poss. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. 78. hoc tit. l. 16. de solut.* in quo item dissimilis causa est ejus cui sub conditione legatum est, *l. 42. de obl. & aff. Cujac. in d. l. 10. de verb. signific.* VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paulus *l. ult. ff. comm. præd. Nec enim, sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi receptum est.* Quæ verba eleganter interpretatur D. Huber. *Præf. ad Inst. hoc tit. §. 3.* HEIN. Enimvero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionalis stipulatione quæ spes est debitum iri eam ad heredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas dumtaxat condiciones pertinere quæ à casu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere in cujus potestatem collatæ sunt, arg. *ll. 44. 69. & 109. de cond. &*

dem. l. 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. obs. 2.

7. Verum ego putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas condiciones arbitrarias, ut siquidem factum contineant coherens personæ, aut alias in apponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad heredem non transeat. At si talis sit conditio quæ eodem modo ab herede impleri possit, puta si in dando consistat: hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam jus implendæ conditionis, licet arbitrariæ, ad heredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio per quemvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per heredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inst. fac. l. 27. §. 1. de recept. arb. l. 15. de in diem addit. l. 8. ff. de per. & comm. rei vend. l. 2. C. de pact. int. em. Vid. Duar. in Scæv. n. 14. & seqq. Cujac. in l. 57. hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap. 9.*

TEXTUS.

De loco.

5. Loca etiam inseri 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.

L. 13. tit. 11. Part. 15.

COMMENTARIUS.

Hujus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus esse quasdam stipulationes quæ licet verborum figuræ 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 pura ex re ipsa dilationem capit; inest enim tacite tempus quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit, nam alioqui præstatio fit impossibilis, *l. 41. §. 1. l. 73. l. 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. 6. quod cert. loc.* Quodnam vero tempus hic accipi oportet.

oporteat eleganter nos docet Venulejus d. l. 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad iudicem, id est virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis, πᾶς τὸ τῆς ἰδῆ διαύχια (pro locorum intervallo), ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere possit quod facturum se promissit.

[Si quis Romæ &c.] Si quis Romæ stipuletur, Hodie Carthagini dari, inutilem esse stipulationem placet, d. l. 2. §. 6. quod cert. loc. optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est intra unum diem potest Carthaginem pervenire; nisi vero eò pervenerit Carthagini dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit; cujus adjectione stipulationem ceterosque contractus vitari constat, l. 13. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. 11. Inst. inf. de inut. stip. Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impossibilem aut spatium temporis ad dandum impossibile pro non adjecta haberi, l. 1. l. 6. de cond. inst. l. 3. de cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1. Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, d. §. 11. Inst. Gajus l. ult. §. 4. hoc tit. casum proponit quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, Hodie Carthagini dare spondes? valere potest: nempe si tam stipulator quam promissori ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit in eum diem futuram stipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

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.

L. 12. in fin. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

In futuris inscientiam nostram inspicere, 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 veritatem 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 victoriam 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. 100. & 120. hoc tit. l. 37. cum 2. seqq. de reb. cred.

Conditiones quæ ad præsens] Hæ orationes; Si Titius consul factus est, 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. Pugnans autem pure deberi & sub conditione. Apellantur tamen & ipsæ conditiones quia figurâ & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in l. 69. de ber. inst. l. 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 dumtaxat 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 morietur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. ind. VINN. Non magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit sed perimit, partim quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio nunquam sit exstitura. Ergo & hæc improprie dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem] Modestinus. l. 100. hoc tit. 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

nos in suspensio est utrum conditio extiterit necne; cuius ipsius ignorantia 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 vivit* falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, l. 37. de reb. cred.

Quæ per rerum naturam certa sunt] Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus, licet non omnibus, sciantur, l. 38. de reb. cred. Unde apparet, non recte cum casu hic proposito comparari casum legis 28. §. ult. de judic. & l. 3. si pars her. 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 sint, d. l. 28. §. ult. de judic. quamquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos constat ex lege 30. §. 6. de adq. her. Et distinguere 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 petito rem aut promissorem ferre non poterit; licet per se verum sit & certum valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hottomanno 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. Pura enim eam esse ostendit hic locus & lex. 100. hoc tit. siquidem pura dicenda est quæ obligationem omnino non differt, id est cuius dies & cessit & venit, l. 213. de verb. sign. ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causâ cadet aut tempus ei duplicabitur quasi perperam agat & plus tempore petat; sed petendi terminus ad probandum à iudice dabitur, ut recte Joann. Fab. hic,

T E X T U S.

Quæ in stipulatum deducuntur.

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?

L. 35. tit. II. Part. 5.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Cum quid fieri stipulamur cur incertum stipulari videamur.
- 2 In facti obligatione numquam factum ita versari ut peti possit, sed id quod interest dumtaxat.
- 3 Pacta 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 Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurrere.
- 6 An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio.

1. **I**nsignis 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 faciendi consistere dicuntur, l. 2. hoc tit. Cum quid fieri stipulamur incertum stipulari videtur, l. 77. §. 7. eod. non utique ob id tantum quod priusquam quid fiat incertum est an fiat, aut si sit incertum quale sit; sed multo magis, quia si promissor non faciat per moram tacita quædam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id quod interest, cuius quantitas est incerta, l. 68. eod. & ideo utile est stipulationi faciendi pœnam subjicere: quod hic monet Justinianus, & Venulejus leg. ult. de prat. stip. Sed quoniam in hunc

hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus.

2. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest quod promissum est factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen numquam 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 transit tempus intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi id quod interest, *ll. 14. 72. 84. & 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quandiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promisit adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. 84.* nam hic etiam locum habet quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi morâ amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione.

3. Ceterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant: qualia sunt, *Romam ire, tabulam pingere, insulam edificare, fossam fodere*, cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam Veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hætenus tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti numquam 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 dominiivæ aut juris alicujus translationem ordinetur: id magis pro datione quam pro facto habendum puto, arg. *l. 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. emt.* Utrum autem ut hoc casus peti potest, ita & præcise 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 & pu-

ris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. Duar. in *d. l. 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est. Vid. Christin. *vol. 1. decis. 323.* VINN. Ita quidem vulgo; sed nulla ex adductis legibus hoc probat. Non enim quaeritur, an qui factum promissum non præstitit debeat id quod interest? Id leges affirmant, & nemo negat. Sed quaestio est, si qui factum stipulatus est urgeat ut promissa existant, an non remediis prætorii compelli possit promissor ut faciat quod se facturum promisit? Et id numquam negant leges; adeoque falsa sunt illa quæ vulgo audiuntur: *ad factum nemo potest cogi*; item: *qui factum promissit liberatur præstando quod interest.* Vid. Cujac. *ad l. 72. ff. de verb. oblig.* Coras. *Miscell. lib. 2. cap. 3.* Perez Erotem. *ad §. ult. Inst. hoc tit.* D. Huber. *prælect. ad Inst. hoc tit. §. 5.* HEIN. Hanc Heineccii sententiam, quam etiam sequitur Pichardus *ad hunc text.* hodiernus usus comprobavit. Itaque qui factum promisit, ad illud precise tenetur; & multæ dictione vel detrusione in carcerem cogitur. Falsa igitur illa DD. axiomata: *ad factum neminem teneri*: facti promissorem solvendo quod interest etiam invito creditore liberari. Plane si facti promissor poenis coercitus invictam gerat contumaciam, factum in stimationem ejus quod interest erit commutandum. Vide Groenew. *deleg. abrog. ad leg. 13. de re judic.* ADDIT.

Vel non fieri] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur quæ continet quod est in non faciendo: veluti, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat* &c. *l. 2. §. pen. hoc tit.* quamquam hæc alibi ut opposita distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Hujusmodi vero stipulationes numquam aliter committuntur quam si quid factum sit contra quam cautum est *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. 1. eod.* & ideo necesse est committi in id quod interest; siquidem ejus quod jam factum est nomine nihil peti potest, nisi id quod ob id factum habet 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. 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri satis antea proba-

baum 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. de in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi.

4. Est vero id quod interest incertum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit quod nobis abest quodque lucrari potuimus, *l. 12. rat. rem. hab.* Ut 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. 13. in pr. de re jud. l. 112. §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque intersit in facto non in jure consistere, *l. 24. de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est id quod interest; neque enim facile 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.

5. Cum autem id quod in vero est probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest ad minimam summam deducatur, *l. ult. de præst. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurrì potest pœnam stipulationi subjiendo, nemo non fatebitur optimum esse si quis ut fiat aliquid stipuletur pœnam subjiungere, 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 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 conventionione pœnæ modis statuitur, non ex taxatione ejus quod interest; nec amplius quæritur an & quanti intersit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l. 38. §. 17. hoc tit. §. 18. Inst. infr. de inur. stip.* Verissimum igitur est quod mox sequitur apud

Justinianum, stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse auctori probare quod sua intersit.

6. Illud non inelegerant quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio: quod negamus, per *l. 10. §. 1. de pact. l. 115. in fin. pr. l. 112. §. 2. hoc tit. l. 41. cum seq. l. 71. pro soc. l. 28. de act. emt.* 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 priorie obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maxime jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. 115. n. 31.* in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subjiçitur pœnalis, per *l. 44. in fin. de obl. & act. effectum* tamen ex constitutione Justiniani ut non aliter nunc novatio fiat quam si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna; quamquam alterum dumtaxat peti potest, *l. 4. §. 7. de dol. mal. exc. l. 10. §. 1. de pact. d. l. 115. ff. hoc tit. l. 33. C. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, recte adhuc petet quod pluris sua interest, *d. l. 28. de act. emt. l. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula, *rato manente pacto*: & res ipsa peti poterit & præterea pœna, *l. 30. de recept. l. 16. ff. de transact. l. 17. C. eod. D. Tulden, hic cap. 4.* Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. 44. ff. de usur. l. 15. C. eod. l. 13. §. 26. ff. de act. emt. add. Papon. lib. 12. tit. 9. Charond. lib. 6. resp. 59. Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.* VINN. Curiarum stilo condemnationem pœnæ conventionalis non fieri nisi quatenus interest, docet Avendan. in *dictionar. ver. Pena conventional.* ADDIT.

Clausula hujusmodi] Qua formulâ concipienda sit pœnalis stipulatio, sive qui fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *leges 71. & 137. §. pen. hoc tit.*

TITULUS XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Dig. lib. 45. tit. 2. Cod. lib. 8. tit. 40. Nov. 99. Et L. 1. tit. 16. lib. 5. Recop.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus l. 3. §. 3. *de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis qui stipulati sunt aut promisserunt, non erat cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet, ideo quidnam id esset proprio titulo exquiratur; quod & factum est in *π.* & *Cod.* Reus à re, id est lite dictus est; eoque nomine Veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero lib. 2. *de orat. cap. 3.* 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 conventionione reorum fiunt. Et quamquam usu nunc obtinuit ut is solus cum quo agitur sive unde petitur reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipue judicio agitur, utpote cui soli imminet periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; debendi, satisdandi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

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 sponderit, deinde alio interrogante spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mavi, decem aureos dare spondes? & Sei,
Tom. II.

eosdem decem aureos dare spondes? *si re-spondeant singuli separatim, Spondeo.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
- 2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus.*
- 3 *Orationis distributiva & alternativa hanc vim esse ut cuilibet attribuitur in solidum; copulativa non item.*
- 4 *Jure 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 tit.* Itaque reus stipulandi idem est qui stipulator; reus promittendi qui suo nomine alteri quid promisit. Ceterum ut duo rei fiant conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, l. 6. §. ult. l. 12. *pr. hoc tit.*

1. *Stipulandi ita*] Duos reos stipulandi hoc modo recte definiemus, quia eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeat. 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 debeat. 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 debeat, sed alteri puta res ipsa, alteri rei aestimatio: duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & §. seq. ll. 2. & 9. §. 1. & 2. l. 15. ff. hoc tit. l. 3. C. eod.*

Nam si prius Titio] Hoc tamen non ita præcise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita numquam constitui intelligantur cum singulis separatim interrogantibus promissor etiam separatim respondet. Nam utique si hoc actum appareat, ut duo 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 & spondeunt, l. 3. in fin. hoc tit.

2. *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest quinam sint & dicantur duo rei promittendi: nimirum quorum singuli eandem rem eadem stipulanti in solidum promississet, ea mente ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, ll. 2. & 3. §. 1. hoc tit. §. 1. in fin. eod. Unum 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 adjici ut correi sint, aut ut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant; sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari. Argumento est cum hic textus & ll. 3. & 4. eod. tum quod alioquin frustra quæretur quod non semel quæritur, an & quando duo rei constitui videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse, *Cui libet vel utrique nostrum dare spondes?* aut, *Quilibet vel uterque vestrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem.

3. Hæc enim vis est distributivæ, ut cui libet attribuat actum in solidum, eadem nimirum quæ & alternativæ, l. 8. §. 1. de legat. 1. Copulativa vero per se eam vim non habet. Unde 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. 13. §. 1. & 2. eod.

4. Plane post constitutionem 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. nov.

cap. 11. & lib. 4. cap. 7. Christin. volum. 5. dec. 213. Gail. obs. 28. n. 6. VINN. Clarius hæc regia sunt lege definita. Cum duo eandem rem promittunt pro parte dimidia obligantur, nisi expresse convenerit in solidum sese obligari, vel inter paciscentes convenerit ut obligatio inter reos debendi inæqualibus portionibus dividatur, l. 1. tit. lib. 5. Recop. ADDIT.

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum

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.*

L. 8. tit. 12. Part. 5.

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. *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo &c. omnes liberari; tum alia non protrita.*
4. *An correus qui totum solvit eo nomine adversus ceteros 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 stipularum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ hoc §. commemorantur.

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, & hi singuli in solidum conveniri possunt, ll. 2. & 3. §. 1. hoc tit. l. 31. §. 1. de novat.

1. Ceterum circa reos promittendi Novella Justiniani constitutione *de reis promitt.* 99. vetus jus hæctenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit uti divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit quam si correat ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usque forensi recepta. Myns, Schneid. *hic*. Gomez *var. res.* 2. cap. 12. n. 1. Gail. 2. *observ.* 14. n. 5. Sichard. in l. 2. C. *hoc tit.* n. 5. Gudelin. & Christin. *ubi supr.* Grot 3. *introduc.* 3. Moller. 5. *semestr.* 62. ubi post Jason. & Joann. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus qui putant, *d. Nov.* perperam intellectam, atque ab Irnerio authenticam *hoc ita C. hoc tit.* positam esse alieno loco; non enim de correis debendi in *d. Nov.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod ceteri fidejussores habent non competebat, l. 11. *pr. eod.* Argumento utuntur inscriptione Græca; *περι ἀλληλεγγύων*, qua voce non duo rei sed mutui fidejussores significantur. Ego vero cum Cujacio existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, l. 17. §. ult. *ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscure confirmat. VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis à Vinnio rejecta, omnino verior est, non solum ob inscriptionem nem græcam & verba *ἀλληλεγγύας ὑπέρθυροι*, (*mutuâ fidejussione obligati*) quæ in ista Novellâ 99. cap. 1. occurrunt, sed cum maxime ob l. 1. ff. *de duobus reis*, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere *correis promittendi*, vice mutua *fidejussoribus*, HBIN. Quam Authenticæ sententiam *lex. 10. tit. 12. Part. 5.* comprobavit. ADDIT.

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 eorum genere quale id jus sit separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit

promissorem liberare; & liberare quibuscunque modis creditor cui aliqui debetur debitorem suum potest.

2. 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 ceteris quoque, totamque tollit obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, l. 2. *hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, l. 31. §. 1. *de novat.* idemque est si jusjurandum detulerit, l. 28. *pr. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, l. 27. *eod.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, per l. 72. *pr. de solution.* Paciscendo vere ne à promissore petat correat non nocet; quoniam pactum non operatur ultra personas inter quas interpositum est, nec remissio quicumque commune habet cum exceptione, l. 27. *in fin. pr. junct.* §. 4. *versic. ante omnia de pact.* His porro consequens est quod traditur *lege 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. §. 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. 16. *hoc tit.*

3. Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text.* & l. 3. *in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, l. 2. *eod. l. 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando, per l. 20. *ad sen. Vell.* ubi Cujac. 8. *ad African.* & jurando, l. 28. *de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi forte paciscens intersit, puta propter communionem quia socii sunt, aut si nominatim quoque correat suo paciscatur, l. 21. §. ult. *cum 4. ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, l. *pen. C. de fidejuss.* nam inter Veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *lex 1.*

§. 43. *depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. 52. §. ult. ff. de fidejuss. l. 23. C. eod. collati cum l. 116. illic, non enim sunt duo rei, de verb. oblig. l. 51. §. ult. de evict.* Illud semper constituit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit. neque moram unius alteri nocere, l. 32. §. pen. de usur. id est non efficere quominus re postea peremta, & teneatur qui moram fecit & liberetur qui non fecit, quæ fusius explicantur à D. Donello ad tit. C. de duobus reis cap. 7. & 2. seqq.*

4. Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus ceteros 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. 13. C. locat.* Ceterum æquius & benignius est, ei qui ita solvit; 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 visum Interpretibus communiter, & sæpe judicatum est, testibus Ant. Fab. *C. suo hoc tit. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.* contra quam tamen sententiam disputat idem Anton. Faber. *11. cons. 6. & seqq.* Sane *d. lex 2. commode 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. 11. hoc tit. n. 9. Wesembec. parat. eod. n. 7.* Concludunt autem non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenierit, vel natura obligationis & rei id ferat, arg. *d. l. 11. hoc tit. l. 62. ad leg. Falcid. l. 34. §. 1. de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio quominus ab eo qui pure obligatus est petatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Imparis causæ suspensionem impedire duorum*

reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est non impediri.

2. *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

1. **D**UO rei debendi ita constitui non possunt ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. 25. hoc tit.* nec ita ut impari unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius impari 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 pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *lege 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo datur; quæ vero à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem. Ita Joann. Fab. & Cantic. *hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedi quominus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ult.*

2. Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quamquam id usitatus 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 deposito indicat Ulp. *l. 1. §. 44. depos.* Testamento, si testator eandem rem eademve 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. d. l. 1. §. 43. depos.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituent ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. per. & testamento*, si ita scriptum sit, *L. Titius heres meus, aut Mævius heres meus, decem Sejo dato*, *d. l. 8. §. 1. de legat. 1.* nam exemplum quo Papinianus vocitur *d. l. 9. in fin. pr. hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu quo aperte testator voluit ut singuli heredes solidam debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur. Add. Don. *ad hunc tit. cap. 12.*

TITULUS XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Dig. lib. 45. tit. 3.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet; ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

L. 7. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

QUOD à servo aut cum servo gestum est id ex persona servi valere jus civile non patitur; quippe quo jure servi pro nullius habentur, l. 32. de reg. jur. Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græce expressit, Οἱ οἰκῆται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκίας δεσποτῶν χαρακτηρίζονται (servi cum personam non habent, ex dominorum personis æstimantur). Ex quo est quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & heredes institui & legatum iis relinqui possit: de quo non uno loco lib. 2. Inst. item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino adquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, §. 4. & §. 12. Inst. inf. de inut. stip. Quæ tamen res non impedit quominus inter servum & qui cum eo contrahit nascatur obligatio naturalis, l. 14. de obl. & act. VINN. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est res mancipi non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorsus ignorat, adeoque consequens est ut naturaliter servus obligetur tamquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hereditas in plerisque personæ defuncti vicem]
Quoniam dixit, servum ex persona domini jus

stipulandi habere, videri poterat servum hereditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Hic igitur objectioni occurrens ait hereditatem 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. 22. de fidejuss. l. 34. l. 61. de adq. rer. dom. Ait, personæ defuncti vicem sustinet, uti etiam supra §. 2. Inst. de her. inst. & diserte Jurisconsulti in l. 31. §. 1. de hered. inst. l. 33. in fin. & l. 34. de adq. rer. dom. Pomponius tamen contrà scripsit hereditatem personam sustinere heredis, l. 24. de novat. Sed hanc pugnam alibi tollimus sub d. §. 2. Inst. de her. inst. Ait, in plerisque: nimirum quia quædam sunt in quibus hereditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hereditati per servum hereditarium adquiri queunt: qualia sunt quæ factum operamve personæ desiderant; hæc enim constat in rem inanimem, qualis est hereditas, non cadere. Hujus generis res est hereditas; etsi enim servus hereditarius recte heres instituitur, tamen quia sine jussu domini hereditatem ad eundo nihil agit, heres expectandus est, l. 10. §. 1. d. l. 61. de adq. rer. dom. Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest nisi sit persona quæ fruatur, d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies usufr. leg. & ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur, l. 26. hoc tit.

TEXTUS.

Cui adquirat. De persona cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive con-servo suo, sive impersonaliter servus stipulatur domino acquirit. Idem juris est & in liberis qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

L. 7. tit. 11. Part. 5.

COM-

COMMENTARIUS.

Servus stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut conservo suo, quin immo etsi impersonaliter seu indefinite non comprehensa personâ, puta hoc modo, *Centum dare spondes?* ll. 1. & 15. *hoc tit.*

In liberis qui in potestate] Filiisfam. ex iis causis ex quibus patri acquiritur, id est ex causa profectitii peculii item adventitii quoad usumfructum stipulantis, eadem ratio est quæ servi, ut patri ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, l. 38. §. 6. & 17. l. 45. *pr. & fin. de verb. obl. inf. tit. Inst. quod cum eo qui in al. pot.* Repetenda hic est distinctio peculii filiisfam. tradita & explicata §. 1. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* Plane si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquireret; quippe quacumque ex causa ita stipulatur patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. Don. ad d. l. 38. §. 17. n. 25.

TEXTUS.

De stipulatione facti.

2. *Sed cum factum in stipulatione continetur, omnimodo persona stipulantis continetur: veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

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. Ceterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id quod sua interest competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum in huiusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium

habere debeat, d. l. 38. §. 6. & *seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt non transire ad dominum, l. 44. *pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac stipulatione non jus sed factum versatur; ideoque persona servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, d. l. 38. §. 6. *vers. cum vero*, quamquam servus non ibit agere 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 acquireret; quoniam ea stipulatione non simplex factum sed jus servitutis continetur, per l. 17. *hoc tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione domini acquirit, nisi jussu unius eorum aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res quam dari stipulatus est unius domini sit.*

COMMENTARIUS.

Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis quam corpore partes habeant. Et ideo siquid stipulatur vel quaquam alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte qua domini sunt: verbi causa, si unus duas partes alter tertiam dumtaxat habeat, illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquireretur, huic pro una, ll. 5. & 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. 37. *hoc tit.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur: si jussu unius ex dominis stipuletur, si unitantum, si res in stipulationem deducta ad unum

unum tantum pertinere potest; placetque his casibus uni illi adquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquot seqq. hoc tit. ll. 17. & 28. §. 3. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. 19. junct. d. l. 28. §. 1. eod.* Extra has causas, sive quid dari stipuletur sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit, Atque hæc etiam *ἀναλόγως* (*proportionaliter*) 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 fructuarius bonæ fidei possessorum stipulantur *ll. 19. 20. 24. 32. & 33.*

§. 1. eod. Vid. sup. §. 4. Inst. per quas pers. cuiq. adq.

Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiam si non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquirit. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contemto stipuletur alteri nominatim? Apud Veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. Inst. per quas pers. obl. adq.* ait se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. C. per quas pers. nob. adq. VINN.* Hic titulus hodie nullius fere usus. Groenewegen de *leg. abrog. ad hunc tit. ADDIT.*

TITULUS XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumta 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. Inst. sup. de verb. obl.* altera à diversitate 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 prætorix, aliæ communes tam judiciales quam prætorix, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur quod postrema à ceteris differt conventionione, sed quod origine & conventionis causâ: ut appareat distinctionem hanc sumtam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio quæ non habeat conventionem; non omnes tamen ita habent ut inde primum nascentur, 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 conventionione partium fiunt, *d. l. 5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætorix, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætorix quam judiciales.

1. *Judiciales sunt dumtaxat quæ à mero judicis officio proficiuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.*

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.*

2 *Exempla harum stipulationum, & quedam non allegata in textu.*

1. **Q**Uæ à more judicis officio] Mero, id est solo: quod additum in definitione ut removeantur communes, nam prætorix etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt quæ à judicis officio proficiuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est nisi post litem contestatam, nam tum demum judex qui 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

ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando aut non convictum absolvendo, l. 74. ff. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud. Ergo si quis iudex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantum condemnet in id quod adversarii interest, aut reum absolvat: sciamus hoc proficisci ab officio iudicis, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiamsi prætor sit aut alius magistratus qui de causa cognoscit; quippe cum in eo non magistratus sed iudicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in l. 1. de præst. stip. nimirum, quæ propter iudicium interponuntur, ut id ratum sit; seu iudicii futuri stabiliendi causa, ut iudicatum solvi, & ex operis novitiatione: quæ species sunt prætoriarum.

2. Stipulationum judicialium duæ species hæc afferuntur, de dolo cautio in actione in rem, vel quod metus causâ; nam iudex in restituenda re de qua agitur caveri jubet dolum malum abesse, l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & §. 7. quod met. ca. item de servo persequendo & reddendo qui in fuga est, l. 69. §. ult. de legat. 1. l. 14. §. 11. quod met. ca. Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio iudicis familiæ erciscundæ, ll. 16. & 25. §. 6. famil. ercisc. itemque officio iudicis additi vindicationibus servitutum, ll. 7. & 12. si serv. vind. & aliis actionibus.

TEXTUS.

De prætoriis.

2. Prætorie sunt, quæ à more prætoris officio proficiscuntur: veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ; nam & hæc à jurisdictione prætoris veniunt.

COMMENTARIUS.

- 1 Unde cognoscantur stipulationes prætorie: 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 bodiurnum accommodata.

1. **A** Mero prætoris officio] A mero: hoc ad judiciales excludendas super-

vacuum, sed additum hîc etiam ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficisci dicuntur quæ à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra iudicium cautio iungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratûs propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est & l. 1. §. 3. de stip. præst. cautiones quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum stipulationes esse prætorias: id hinc intelligamus recte dici quoniam extra iudicium iunguntur, & nisi caveatur mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus qui non cavet, l. 7. de damn. inf. tit. ff. ut leg. nom. cav. & tit. ut in posses. leg. Similiter cautiones iudicatum solvi & ratam rem haberi hinc cognoscimus esse prætorias: ut scriptum est in lege 1. §. 1. & 2. de præst. stip. quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, §. 5. Inst. inf. de satisd. l. 40. §. pen. de procur. & qui illam præstare recusat eum prætor non admittit ad alienam defensionem, §. 4. & 5. Inst. inf. de satisd. qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. eod. tit. l. 41. §. 4. de procur. Ejusdem generis est & cautio fructuaria; nam si usufructus nomine non caveatur denegatur petitio aut retentio usufructus, l. 7. usufr. quemadmodum. cav. Plures recenset D. Cujac. in l. 5. de verb. obl.

2. Contineantur etiam ædilitiæ] Ædilitiæ sunt quibus venditor cavet de moribus & vitiis rerum venalium, puta rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse, & de ceteris quæ edicto Ædilium curulium promittuntur, l. 1. & passim de ædil. edict. ll. 31. & 32. de evict. Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio; quia jubet ædilis eas interponi sine ullo iudicio; ac nisi interponantur venditor non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris intersit, intra sex menses, l. 28. de ædil. edict. in quo licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, id est magistratus & jus dicentis auctoritatem, l. 1. de jurid. VINN. Prætoris ergo vocabulum hîc in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu cui est jurisdictio. Unde & precon-sul in provinciis si stipulationem interponi jubebat, prætoria hæc dici poterat stipulatio. Quo observato nec admodum necessaria videtur emendatio de qua paulo post auctor noster. Jus enim ædilitium fere sub prætorio com-

comprehendebatur §. 7. *Inst. de jur. nat. gent. & conf. Rittershus. hoc tit. p. 438. HEIN.*

A jurisdictione prætoris] Vox prætoris abest à lege §. de verb. obl. unde totus hic locus ad verbum descriptus est, & expungendam censo cum Russard. Baron. Donell. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione prætoris, cum veniant à jurisdictione ædiliæ: quod expressit Theophilus; sed quod de prætoriis tanquam principali specie stipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jusdicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus; neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in d. l. 5. sentiunt.

3. 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 imperii sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra iudicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, l. 4. de jurid. judiciales, quæ post litem contestatam instituti iudicii promovendi causa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt quæ ex conventionem utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis neque jussu prætoris, sed ex conventionem contrahentium: quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

EX conventionem utriusque partis] Pomponius, ex conventionem reorum, l. 5. hoc tit. Ex conventionem autem sic accipe, ex conventionem sola; nam & ceteræ stipulationes ex conventionem partium constant, at non inde solum proficiuntur, sed prima eorum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriæ stipulationes ex mente ipsius prætoris, conventionales ex

Tom. II.

mente contrahentium interpretationem accipiunt, l. 9. de prætor. stip. & quod in prætoriis si quid addi vel detrahi vel mutari oporteat id jurisdictionis prætoris sit; in ceteris contra, l. 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. prætor.

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 & usitatæ. Illud (pene dixerim) tantum modestiæ causa additum videtur; nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur super quo stipulatio non recte interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet.*
2. *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex; & Theophilus notatur.*
3. *Idem queritur de stipulatione rem ratam haberi.*
4. *An stipulatio duplex, & quando communis.*

1. **S**tipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente iudice, d. l. 5. in prætor. hoc tit. vers. communes. Hujus generis dux hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus l. 1. §. 2. de stip. prætor. utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori & eo quod regulare est rem æstimans: quod & nos consideravimus sup. §. 2. Apud Pomponium d. l. 5. refertur & tertia ejusdem generis, stipulatio duplex; neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo quo diximus sensu appellentur occurrunt. Longe enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano l. 1. de stip. prætor. nimirum ex præ-

toris illæ quæ & iudicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant: quales sunt quæ fiunt iudicio sistendic causa, *d. l. 1. §. 3.*

2. *Rem salvam fore pupillo*] Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur nullo interveniente iudicio aut causæ cognitione; & nō caveat tutor pignoribus captis aut multâ indicta coërcetur, *sup. pr. tit. Inst. de satisd. tut. junct. §. pen. legis 1. de adm. tut. quorum nihil est iudicis*; qui nudam dumtaxat 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 iudicii cognovisse non satisdeditse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, arg. *l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* & officio iudicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur, ea si in iudicium per consequentiam inciderint, ad iudicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Aperte autem hic lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpret: qui dum probare cupit stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando iudicalem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoris, ejus nimirum quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo qui de ea re in jus aditus est: quo casu non potest non esse prætoris, cum eo tempore nullum adhuc iudicium, nullus iudex sit; eundemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent lectorem tamquam in re explorata ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest] His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed iudicium seu rem de qua iudicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo postuletur; iudicium vero non semper, nisi jussu iudicis cautio interponatur.

3. *Vel de rato stipulatio*] Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc itidem regulariter jussu prætoris

atque ante litem contestatam interponitur. Ceterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse coeperit eum qui tamquam procurator expertus est falsum procuratorem esse, recte postulante adversario hanc iudex satisfactionem ab eo exigit. Nam quod dicitur in *lege pen. §. pen. de procur. lito* semel contestata procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumtio 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 opponendis, *l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit quando dilatoria eam vim habet ut nullos reddat omnes actus iudicii: cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. l. 24. C. de procur.* ubi Richard. n. 2. & 3. Gail. 1. obs. 47. n. 2.

4. Pomponius *d. l. 5. de verb. obl.* communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel à iudice venire vel ab ædilis edicto, id est interdum iudicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretetur neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis sed plurium, *l. 1. & passim de ædil. edict.* neque sententia: quod manifeste arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc stipulatio communis. An cum ob evictionem interponitur? Minime; hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tot. tit. ff. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse &c. *l. 32. de evict.* stipulatio assidua ab Ulpiano appellatur, *l. 31. §. 20. de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, is adversario recusante aut agit ex emto præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoriâ; & hic est ædilitia, quia post litem contestatam numquam interponitur. Don. in *d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

TITULUS XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

*Cod. lib. 8. tit. 39. Et Part. 5. tit. 11.**Continuatio. Quot modis accidat ut inutilis sit stipulatio.*

HActenus visum quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet quæ stipulationem vitiant eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio et si ad ceteras quoque conventiones & obligationes pertinet: non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi; quippe cum, ut initio *tit. Inst. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint ceterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere novissima parte cujusvis negotii 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 promittentisque, aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum quæ hoc *tit.* explicantur. Ex his autem causis fit 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. tit. Inst. de except.*

TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res quæ dominio nostro subjicitur in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit sive soli.

L. 20. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

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, *ll. 73. §. 75. §. 4. de verb. obl. §. 7. Inst. sup. de legat.*

Sive mobilis sit sive soli] Potuit adjungi, *sive ea corporalis sit sive incorporalis*, nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, *§. 1. Inst. sup. de usufr. §. ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur verum etiam facta, ut superius docuimus sub *§. ult. Inst. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem quæ in rerum natura non est aut esse non potest dari stipulatus fuerit: veluti Sticium qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

L. 21. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Canones qui observandi circa materiam stipulationum; tum consuetudina inde deducta.*

2. *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit.*

3. *Quid si quæ nec est nec umquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

1. **H**oc *§. & seq.* 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 naturā aut jure non potest quod promissum est, l. 35. de verb. obl. eoque pertinet regula juris legis 185. de reg. jur. si propter incertitudinem non potest intelligi quid sit, & quam habeat utilitatem, l. 94. l. 115. de ver. obl. Quando in stipulatione faciendi hoc accadat videbimus inf. sub §. 23. hoc tit. Rerum quæ dari non possunt tria fere sunt genera: quæ non sunt in rerum naturā nec esse possunt: quæ commercio sunt exemptæ: quæ stipulatoris sunt propriæ, l. 1. §. 9. & §. seq. de obl. & aff. De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. seq. Incertitudinis quæ stipulationem vitiat exempla habemus in d. l. 94. & d. l. 115. pr. de verb. obl.

2. 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 fuerunt quidem umquam. Illarum numero sunt homo mortuus, ædes deustæ &c. l. 1. §. 9. de obl. & aff. l. 69. de verb. obl. Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat ut intelligamus nec æstimationem earum deberi, l. 103. de verb. obl. §. 4. Inst. sup. de legat. nec poenam eo nomine promissam committi, d. l. 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. 83. §. pen. eod. quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, l. 23. l. 91. §. 3. eod.

3. Hippocentaurum qui esse non possit] Exemplum rerum quæ ita non sunt ut nec umquam fuerint. Cic. 2. de nat. Deor. cap. 2. Quis, inquit, Hippocentaurum aut Chimeram fuisse putat? Lucret. lib. 5. v. 878.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo

Esse queat duplici natura & corpore bino

Ex alienigenis membris compacta potest.

Stoici apud Senecam epist. 58. In rerum, inquiunt, natura quedam non sunt. Et hæc autem quæ non sunt rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tamquam Centauri, Gigantes & quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cepit, quamvis non habet substantiam. Plinius tamen lib. 7. c. 3. testatur, Claudium Casarem scri-

bere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse: Et nos, inquit, principatu ejus allatum illi ex Aegypto in melle vidimus. Ceterum ut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui iidem & 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.

De his quæ non sunt in commercio.

2. Idem juris est si rem sacram aut religiosam quam humani juris esse credebat, vel publicam quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum 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 stipulator potest; sed protinus inutilis est. Item contra, licet 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 naturæ sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

L. 22. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 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 posita.
- 8 Ampliatio secunda.
- 9 Quid, si columna promissa factio alieno adibus juncta.
- 10 Dissensio Veterum circa casum quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cœpit.
- 11 Restrictio ampliacionis secundæ.
- 12 Ampliatio tertia ejusque restrictio.

1. **S**ECUNDUM genus rerum quæ dari non possunt esse 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 adificiis junctæ; vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator vel promissor commercium non habeat, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exemptæ, ut prædia Ecclesiis habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, l. 10. C. de hæret. tit. C. ne Christ. manc. hæret. Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant; estque in singulis quod seorsim considerandum.

2. *Si rem sacram, &c.* Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant ut illæ quæ non sunt nec esse possunt in rerum natura, l. 1. §. 9. de obl. & aff. l. 35. l. 83. §. 5. l. 103. de verb. obl. Quamobrem neque hoc casu magis quam superiore aut æstimatio debebitur, aut poena promissa peti poterit, d. l. 103. l. 69. eod. l. 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. Inst. sup. de legat. quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse quod foret si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest ex qua aliquid debetur, & maxime 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. 38. §. ult. de verb. obl. VINN. Sed cur liber homo, res sacra, religiosa,

publica in stipulationem deduci nequit; cum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emtio venditio bona fide facta? ll. 4. 5. & 6. ff. de contrah. emt. Cur, inquam, tam varie? Immo non varie. Vere enim hujusmodi emtio non valet nisi eatenus ut deceptus possit agere ad id quod interest, §. ult. Inst. de emt. & vend. ad traditionem enim agi non potest, d. §. ult. leg. 103. ff. de verb. oblig. adeo ut tametsi in eum casum venditus fuerit liber homo, si servus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas est tales casus expectare, l. 34. §. 2. ff. de contr. emt. Ergo in legibus 4. & seqq. supra adductis tantum eatenus emtio intelligenda dicitur, quia emtor ignorans rei qualitatem agere potest ad id quod interest, vel re jam tradita & bona fide possessa ad præstandam evictionem. HEIN.

3. *Quam humani juris esse credebat* Eodem modo mox, *quem servum esse credebat*; uti & §. præced. *quem vivere credebat*; & similiter Gajus l. 1. §. 9. de obl. & aff. 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, ne frustra ea verba hic & apud Gajum expressa videantur. Sed recte Wesembecius respondet verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi an non saltem æstimatio aut id quod interest peti possit; 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. 31. de obl. & aff. & maxime si etiam promissor sciverit, l. 57. §. ult. de conto. emt.

4. Sed quid 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 pronuntiatur inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est; nam etsi nec emtio hominis liberi, loci sacri aut religiosi hæctenus teneat ut res ipsæ debeantur aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut dumtaxat venditor sciat emtor ignoret: placet emtionem eatenus saltem consistere ut emtor actione ex emto vel

pretium recipiat, vel consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur, l. 4. §. 1. l. 62. l. 70. de contr. emt. §. ult. Inst. inf. de emt. & vend. Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Jo. Fab. in casu 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. l. 72. §. ult. de contr. emt. quæ quidem & ipsa publica dicuntur, l. 14. de adq. rer. dom. l. 15. cum 2. seqq. de verb. sign. nimirum propter personam possidentis; ceterum usu & jure quo habentur privata sunt atque in commercio, l. 2. §. 4. ne quid in loc. public.

5. *Cujus commercium non habuerit*] Etiam earum rerum quæ secundum quid extra commercium sunt stipulatio inutilis; sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum obijciatur, veluti si quis ea stipuletur quæ ædibus juncta sunt; quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, l. 41. de legat. 1. Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debetur 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. 41. §. 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur; hoc enim casu non magis utilis stipulatio quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, hoc text. l. 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. 71. de verb. sign. atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus heres commercium non habet modo legatarius habeat, l. 49. §. 3. de legat. 2. de quo plura scripsimus ad §. 4. Inst. supr. de legat.

6. *Vel rem suam*] Tertium genus rerum quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ; quod enim nostrum est id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. 4. Inst. inf. de aff. Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, l. 82. de verb.

obl. l. 1. §. 10. de obl. & aff. 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. 82. Sed & rem furtivam dominum à fure recte stipulari placet, modo tamquam furtivam stipuletur, l. 29. §. ult. de verb. obl. cujus rei ratio petenda ex d. §. 14. Inst. inf. de aff.

7. *Nec in pendenti &c.*] Sequuntur aliquod ampliaciones quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum l. 83. §. 5. vers. *quavis sacra profana fieri &c.* de verb. obl. estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat autumat, verante nimirum regula Catoniana quod initio vitiosum est tractu temporis convallescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, arg. l. 41. §. 2. de legat. 1. l. 29. de reg. jur. Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit stipulatio convallescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, hoc text. nec si juncta ædibus postea fuerint separata, d. l. 41. §. 1.

8. *Licet initio utiliter &c.*] Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio in quam ab initio res quæ commercio exempta sunt aut aliàs dari non possunt deducuntur; sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet stipulationem extinguere & dissolvere obligationem, licet ab initio recte contracta sit: ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari: ea res postea sacra, aut Stichus liber esse coepit sine facto promissoris: placet eum liberari, & satis esse quod eventu præstatio facta sit impossibilis, d. l. 83. §. 5. vers. *nam & cum l. 51. de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ quæ definit, etiam ea quæ recte gesta sunt resolvi si in eum casum inciderunt à quo non poterant incipere, l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb. obl. Vid. notata sub §. 14. Inst. supr. 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. 83. §. 6. l. 17. de obl. & aff. rationem diversi juris reddidi sub §. 6. Inst. supr. de legat.

9. Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem hoc casu stipulationem evanescere, l. 41. §. 4. de leg. 1.

10. De illo inter Veteres non convenit, si res initio recte promissa, deinde commerciis hominum exempta, rursus mutata conditione cœpit dari posse, 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. 83. §. 5. vers. nec revocamus. l. 98. §. 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. 79. §. ult. de legat. 3. junct. l. 27. §. 1. de adm. legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. in *d. l. 83. §. 5. n. 8.*

11. *Sine facto promissoris*] *D. l. 83. §. 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, cum res ipsa præstari non possit præstabitur æstimatio. Idemque est si postquam debitor in re præstanda moram fecit ea perempta aut commercio exempta sit; quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit placet obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri ac si res adhuc extaret, *ll. 23. §. 91. pr. & §. 3. de verb. obl.*

12. *Lucium Titium cum servus erit*] Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur sed etiam sub conditione, licet 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 dumtaxat quæ naturæ sui possibilia sunt in obligationem deduci possunt. Sed & mali hominis causâ istiusmodi stipulationem detestamur; quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis: quod Paulus,

d. l. 83. §. 5. & Pomponius l. 34. §. 2. de contr. emt. declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet dumtaxat ad stipulationes earum rerum quæ absolute & naturæ suæ 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 ea quæ ædibus juncta sunt sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. 41. §. 1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ; quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. 31. l. 98. de verb. obl. d. l. 41. §. 1. de legat. 1. l. 61. de contr. emt.* Neque enim quominus hoc fiat aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l. 41. §. 1.* aut vitium rei, quod nullum est; potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. 98. de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsentis vires accipere traditur *lege 26. de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari quo contrahimus, *l. 78. de verb. obl.* Sed hoc recte dicitur cum de persona stipulantis agitur, aut ejus cui inde acquiritur; ad res quæ in stipulationem deducuntur non pertinet. Ut enim statum capiat stipulatio necesse est eum qui stipulatur sive pure stipuletur sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus cui ex stipulatione adquiri 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 quidquam debeatur, *l. 213. de verb. sign.* sed tantum spes sit debitum iri, quam in heredem transmittamus, *§. 4. Inst. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit non obligabitur: veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effuturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur.*

L. 11. tit. 11. Part. 5.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Cur qui alium daturum &c. promittit, neque ipse se 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.*

1. **Q**ui 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. 3. *C. ne ux. pro mar.* Cur ipse non obligetur dux 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 alterum per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet si eum obligari volumus, d. l. 83. in *pr. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum qui alium daturum aut facturum promissit obligari dicimus ut curare debeat ut ille 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. 65. *de fidejuss.* & Ulpian. l. 38. in *pr. de verb. obl.*

2. *Qui effecturum se] Aut se curaturum* ut alius det, d. l. 83. *pr. eod.* Quippe hac stipulatione non tam factum alienum quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur quantum ut alter daret curaturum se promissit, per l. 73. *de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Wesembecius, promissorem liberari si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promississe intelligatur; ut proinde non aliter conveniri possit quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bart. *cons. 236.* Boër. *decis. n. 16.* Schurf. *cons. 15. cent. 1.* textus tamen omnes indistincte loquuntur. Vid. D. Bronch. 4. *assert. 40.* Ant. Fab. *Cod. for. de contr. stipul. defin. 10.*

3. Interdum sane qui factum alienum promittit obligatur, quamvis verbis non ex-

primit *se effecturum* aut *curaturum* &c. quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii: veluti si quis promittat certam personam pro se fidejussuram esse, l. 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator de cujus mandato dubitatur promiserit rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. ff. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoris; ac proinde ut reliquæ ejusdem generis legem & interpretationem recipit de mente prætoris, l. 52. *de verb. obl. l. 9. de stipul. prætor.* Similia exempla occurrunt in l. 38. in *pr. ll. 81. & 83. pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promissit *se facturum* ut decem dentur ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, l. 73. *de legat. 1.* At qui *curaturum se* ut decem dentur promissit, placet eum liberari aliam rem locupletem dando, l. ult. §. 1. *de reb. cred. l. 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium qui adnumeret. *Facere*, dandi significationem in proposito habet, Cujac. ad d. l. 67. VINN. Huic textui & d. legi 11. tit. 11. Part. 5. derogatum est per leg. 2. tit. 16. lib. 5. *Recop.* ubi expresse cavetur, quod cum quis alterum daturum facturumve promissit obstrictus ipse maneat. Convenienter æquitati juris Canonici. Vid. Covarr. in cap. *Quamvis de pact. in 6.* & Aceved. ad d. leg. n. 41. ADDIT.

TEXTUS.

De eo in quem confertur obligatio vel solutio.

4. *Si quis alii quam ei cujus juri subiectus est stipuletur nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, Mihi aut Sejo dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Sejo etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso jure contingat; sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii cujus juri subiectus non sit dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori quod in stipulationem deductum est a vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei vero qui juri tuo subiectus est si stipulatus sis tibi adquiris; quia vox tua tamquam*

quam filii intelligitur in his rebus quæ tibi adquiri possunt.

L. 7. tit. II. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Qui alteri stipulatur, emit, conducit &c. nec sibi nec alteri obligationem adquirere.
- 2 Quæ cautiones hic adhibendæ.
- 3 An tabularii stipulando alteri adquirant; & quid juris hodie.
- 4 Quibus in causis admissum ut alteri ex conventionem alterius utilis actio detur, præter casus n. 2.
- 5 Quid stipulatio solutione in alium collata tribuat stipulatori.
- 6 Quid adjectio solutionis causa.
- 7 Quid permittat promissori & quem liberationis modum faciat.
- 8 Quid si adjectus statum mutaverit.
- 9 Quid juris si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione rerum tum adjecti.
- 10 An in contractibus locus sit juri accrescendi.
- 11 De patre stipulante filio sive quem in potestate habet, sive emancipato.

1. **Q**uemadmodum nemo alium datum facturumve promittens aut ipse obligatur aut alium obligat: ita nec alteri stipulando aut sibi aut alteri obligationem acquirit, l. 38. §. 17. ff. de verb. obl. l. 3. C. de contr. stip. §. 18. 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 adquirat sibi quod sua interest; ut vero alteri detur nihil interest nostra, d. l. 38. §. 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad ceteras quoque conventiones, §. pen. Inst. sup. per quas person. l. 126. §. 2. vers. respondit de verb. obl. l. 11. §. pen. de pign. act. l. 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 radiceantur) inanem actum nostrum efficiunt; & ideo, inquit, neque stipulari, neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus, l. 2. de obl. & act.

2. Verum hic cautiones quædam adhi-

bendæ sunt. Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem adquirere 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 ii quorum in potestate sumus, tum heredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam, patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, hoc text. in pr. d. l. 38. §. 17. l. 45. de verb. obl. sup. tit. Inst. de stip. serv. & infr. tit. Inst. per quas pers. nob. obl. Sed & heredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis adquirimus, d. l. 38. §§. 12. & 14. de verb. obl. l. 33. de pact. nec tantum cum nobis simul & heredibus nostris stipulamur, sed etiam cum heredibus solis: utique jure novo ut actio ab heredibus incipiat, l. unic. ut act. ab hered. Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ per quas ratione officii 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. §. pen. de pec. constit. In eadem causa est & procurator militis, l. 26. de reb. cred. item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo recte stipulatur, sed etiam alium adhiberi potest, puta servum publicum, aut si videtur quemvis liberum hominem qui idem pupillo stipuletur, l. 1. §§. 11. & 15. de magistrat. conv. l. 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. salv. fer. Adhæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur: (1) si ex re domini stipuletur, l. 68. de procur. (2) si domino præsentem, l. 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 instit. act. inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, l. 15. §. 28. de act. emt. l. 5. de præst. stip. l. 18. §. ult. de damn. infect.

3. Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus recte stipulentur iisque obligationem adquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quærat; quippe quo jure nec ser-

vus publicus id potuit, nisi in duabus illis quas dixi causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum Interpretum, receptumque ut notarii aliis recte stipulentur & stipulando actionem adquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventionem notarii alteri absenti jus aliquod adquiratur ante ratihabitionem. Vid. Thesaur. *decis.* 7. Fachin- 8. *contr.* 91. Christin. *vol.* 3. *decis.* 34. & *vol.* 4. *decis.* 177. & 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici, *cap. quoties cordis* 9. *quest.* 70. Sane non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo recte quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio adquiratur. Immo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 11. n. 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenew. *de legib. abr. ad* §. 18. *inf. hoc. tit.*

4. Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, 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 commodavit, 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, conditionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l.* 116. §. 2. *de verb. obl.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt conditio adquiritur, *l.* 9. §. *pen. de reb. cred. l.* 126. §. 2. *de verb. oblig.* Similia exempla sunt in *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 13. *de pign. act.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l.* 45. *ff. solut. matrim. l.* 7. *C. de pact. conv.* rigorque juris posteriorum Imp. constitutionibus non nihil mitigatus est, *l.* 3. *C. de donat. quæ sub mod.* VINN. Nostri vero legibus in totum sublatus, *l.* 2. *tit.* 16. *lib. 5. Recop.* Vide quæ dicemus *infr.* §. 18. *hoc tit.* ADDIT.

Solutio etiam in extraneam personam] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri adquiratur. Ceterum si eo spectet stipulatio ut obligatio soli adquiratur stipulatori, jus au-

tem 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.

Mibi aut Sejo dare spondes?] Conferri in alium solutio, seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur si quis disjunctim ita stipuletur, *Mibi 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.* 56. §. 2. *l. ult. §.* 3. *de verb. obl. l.* 23. *de fidejuss. ll.* 9. & 10. *de solut.* Sed age consideremus separatim quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori; tot enim sunt ad quos ea pertinere potest.

5. De stipulatore hoc loco & *d. l. ult. §.* 3. *de verb. obl.* traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem adquiri; & adquiritur citra dubitationem totius summa in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur non pars dumtaxat. 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 alii dari stipulatur aperte stipulatur decem solida utrique; nec persona adjecta impedire potest quominus in id totum quod sibi quoque stipulatus est obligationem & actionem adquirat.

6. At ex contrario, Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur; quippe cui nihil ex conventionem aliena adquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l.* 7. §. 1. *de constit. pec. l.* 10. *de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l.* 23. *de fidejuss. l.* 33. *de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. l.* 7. §. 1. *de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam 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.

7. 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,

do, l. 71. 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. 16. de fidejuss. Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Stichum Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte 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, quia dum adjecto solvitur ipsi creditori solvi videtur; cum nihil intersit jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, l. 59. eod. Ceterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, l. 6. mand. ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur: certo facto promissoris, ut solvat videlicet; & certa personā, 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 petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, l. 10. de solut. Habet quidem acceptilatio vim solutionis, habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causā interposita; sed tum solummodo cum a creditore proficiuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est. Deinde nihil agit promissor si alii solvat quam adjecto; nam neque personam adjecti, quæ a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum, ut etsi persona servi adjecta sit nec domino recte solvatur nisi ex voluntate servi l. 9. & 95. §. 7. de solut. Ad rem nihil pertinet quod quæcumque per servum adquiruntur ea adquirantur domino; nam persona aliena hic non adjicitur ut vel ipse quidquam vel alius per eum adquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecuniam in rem eorum versa sit, d. l. 95. §. 7. & quia adjectus procuratori similis est, nec heredi ejus recte solvitur: quippe cum mandatum morte finitur, l. 55. de verb. obl. Ceterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, l. 16. de fidej. l. 57. §. 1. de solut. Hoc ideo, quia iudicio nova con-

trahitur obligatio & prioris novatio fieri intelligitur, prout auctori commodum fuerit l. 3. §. 44. de pecul. l. 29. de novat.

8. Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto recte 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 recte ei solvitur, l. 38. pr. de solut. Plane si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit: dicendum est adhuc ei solvi posse, arg. l. 56. §. 2. de verb. obl. add. Donnell. l. 55. d. tit. ubi refellit Cuius cum contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquod proprium ususfructus in specie quæ proponitur à Papiniano in l. 95. §. 6. de solut.

Adversus Sejum habeat mandati actionem, Hoc idem traditur à Scævola in l. 131. §. 1. de verb. obl. & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Enim procuratorem verum non esse, immo ne procuratorem quidem esse satis constat, l. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut. Ceterum stipulator ut plurimum adjecto mandare solet ut solutionem accipiat.

9. Si quis sibi & alii] Hac stipulatione recepta, Mibi aut Titio dare spondes? qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, Mibi & Titio decem dari. Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc inter est inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum quantum promissum est stipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, l. 110. de verb. obl. & hoc text. Cur vero tam varie? 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 stipulator conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eandem summam mihi & Titio; ut perinde sit ac si

dixissem, *Mibi & Titio simul decem dabis* ? id est, mihi quinque & Titio quinque. Atque hoc est quod Julianus ait una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, l. 56. pr. de verb. obl. fac. l. 56. de cond. & dem. l. 11. §. 1. de duob. reis. Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeat, ut recte censet Bachovius contra Horomannum, fac. d. l. 110. de verb. obl. Plane si res in stipulationem deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis ut adjecto adquiri non possit: magis est ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, arg. l. 5. comm. pr. ed. §. ult. Inst. sup. de stip. serv. Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuriā efficeretur venditor si res pro parte tantum vendita intelligeretur, l. 64. de contr. emt. De Titio adjecto nihil nominatim à Veteribus definitum legimus. Ceterum hoc posito in hac specie, *Mibi & Titio decem dabis* ? stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio: satis intelligitur Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, adquiri; nec ei quidquam à promissore recte solvi; cum non solutioni sed obligationi persona illius applicata sit.

10. *Non plus quam dimidiam partem*] Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est partem ejus augeat, l. 210. de verb. obl. ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum; ne quod sibi inutiliter stipulatus est inutili adjectione vitietur, l. 1. §. pen. eod. cap. 37. x. de reg. jur. in 6. Hinc vulgo colligunt; jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa onerosa aut res individua sit, Gomez 1. resolut. cap. 10. & ibi citati n. 1. & seqq. Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non recte disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit cum duo ad eandem hereditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, §. 8. Inst. 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. Duar. lib. 1. de jur. accresc. cap. 5. Bronchorst. 2. assert. 60. D. Swa-

nemb. de jur. accresc. cap. 8. VINN. Quoties itaque copulative concipitur stipulatio, *Mibi & Titio decem dare spondes* ? stipulatio tantum ratione mei utilis habetur, mihi que debentur quinque. Enimvero an non turbat lex 38. §. 19. de verb. oblig. Ulpianus respondet, *Eum qui dicat mihi decem & Titio decem, eadem decem non alia decem dicere credendum est* ? Turbarer sane si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi; sed id non dicit. Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti sed decem tantum; adeoque non decem sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obinet voluntatibus. Nam si quis testamento suo Titio & Sejo decem dari jusserit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse videatur qui decem dixit. Ita Julianus l. 79. ff. de legat. 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii absenti ab alio legari possit nemo dubitat. Hinc. Sententiam hujus textus jure Regio derogatam esse non est quod dubitemus. Itaque si mihi & Titio decem stipulatus sim, quinque mihi cetera Titio debentur, ex l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Sed an idem dicendum sit cum Titius non obligationi sed solutioni adjectus est? veluti si quis dixerit, *decem mihi promittis, quæ mihi vel Titio solves*, disputat Villalobos in Antinom. jur. civil. & Reg. lit. A. n. 20. ADDIT.

11. *Qui tuo juri subiectus est*] Interdum qui verbis stipulatur alteri, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibi que actionem acquirit; idque toties accidit quoties stipulantis peculiariter interest alteri dari: de quo dicemus *infr. sub. §. 19.* Pertinent huc dominus & pater qui servum & filium in potestate habent, quos placet servo & filio recte stipulari, hoc text. ll. 39. & 56. §. 3. l. 130. ff. 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 juri subiectus*. Ergo si filio emancipato pater stipuletur non idem probandum est, l. 26. C. de jur. dot. Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, d. l. 26. C. de jur. dot. Nec obstat lex 45. §. 2. de verb. obl. nam illud dumtaxat ex eo loco recte colligitur, quibus in causis pater filiam emancipatam stipulari potest, in his etiam huic filiam recte stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiam detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & qui-

quidem à se profectam stipulatur reddi filiae cuius nomine data est, l. 45. ff. solut. matr. l. 7. §. 3. de pact. conv. Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filiae, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater recte stipularetur. Donell. ad l. 38. §. 17. n. 60. de verb. obl.

Vox tua tamquam filii] Patris & filii quem in potestate habet eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. 12. inf. Sed observetur hoc dici cum hac adiectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur quod consistat in persona filii nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur; nec magis utilis est stipulatio quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, l. 130. de verb. obl. Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, l. 19. eod. & *hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensium peculii aut adventitii, quod patri nullo modo adquiratur. Nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo; quia hæc interest.

TEXTUS.

De interrogatione & responsione.

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 contrà; aut si ille pure stipuletur tu sub conditione promittas, vel contrà: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas, præsentem die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, promitto: breviter videris in eandem diem vel conditionem spondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quæ stipulator expresserit.

L. 26. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Interrogationis & responsionis congruentia unde astimanda.
- 2 Quid juris si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem. Et n. 4. & 7.

3 Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis. Et n. 6.

4 Ad quam speciem pertineat definitio legis 1. §. 3. in fin. de verb. obl.

5 Quid si impersonaliter respondeatur.

1. **A**D 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 Justiniano in *pr. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis quam ex re & sententia verborum astimanda 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 Latine interrogatus respondeat Græce, §. 1. *Inst. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui apte ad interrogatum responderit, l. 65. §. 1. *eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet, Quidni? recte respondisse intelligitur & obligatio constituta, *l. 1. §. 2. de verb. obl.* Denique non est necesse verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondeat alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis: is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est ut non obligetur. Ceterum ad vim obligationis multum interest utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem.

2. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Stichio 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 stipulationem deducta sint. 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 dumtaxat quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit; nam in

in decem utique & utroque casu obligationem contractam discrete scribit Ulp. *d. l. 1. §. 4. de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Stichus interrogatus Stichum & Pamphilum spondeat; aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Stichus & Pamphilo, unum ex his promiserit: non in totum viciatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem de qua interrogatus est & respondit, *d. l. 1. §. 5.* neque nova stipulationis approbatio efficit ut in totum hæ stipulationes valeant; & quatenus consistunt etiam sine ea consistunt, *l. 83. §. 4. eod. §. 17. inf. hoc tit.* VINN. Ita quidem Ulpianus *d. l. 1. §. 4. de verb. obl.* Sed nescio an omnes Veteres idem senserint. Saltem Gajus *lib. 2. Instit. tit. 9. §. 10.* Si creditor, inquit, decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat: hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur. Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Hotomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterior sane magis placet, quam ut sine ea limitatione §. nostrum ex Ulpiani lege *1. ff. de verb. obl.* interpretemur. HEIN.

3. At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet quam interrogatus est, quod fit cum vel simpliciter interrogatus respondet se daturum sub conditione vel in diem; vel sub conditione aut in diem interrogatus respondet pure, id est sic ut expresse dicat se statim daturum: hic evenit ut in totum nulla contrahatur obligatio; qua tamen specie hæ 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 Ulpian. *d. l. 1. §. 4.* cum ait, oportere congruere summam.

4. At quid si mihi illico placeat responsio tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari. Etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur ut in id de quo interrogatus non es obligatio contrahatur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De eo quaeritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in de-

cem? Et ait Ulpianus *d. legis 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? Ajo etsi non placeat; hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani: *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 optime convenit; quod si verum est frustra desideramus aliam stipulationis approbationem, fac. l. 83. §. 3. de verb. obl.*

5. Idem multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut in responsionem deducantur; nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videlicet 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. 29. d. l. 83. §. 4. l. 86. eod.* At enim Jurisconsultus *d. l. 1. §. 3. in fin.* sic generaliter definit: *Cum adjicitur aliquid aut detrahatur obligationi, semper probandum est viciatam 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 recte dicitur, quia numquam coherent; neque detrahi, quia prius in altera non fuit. Sed neque pertinet ad eam speciem cum major aut minor summa promittitur 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, *l. 1. §. 4. de verb. obl.* Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram cui & subjicitur, cum scilicet respondetur mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationis adjecta vel detracta: quo casu alias in totum viciaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur; quoniam neutquam congrua illa reponsio quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *lex 1. §. 3. de verb. obl.* omnino videtur ad eum casum pertinere, si stipulanti res plures vel pauciores spondemus quam rogavit. Exemplum est apud Plaut. in *Trinum, Act. 5. scen. 2. v. 33.* ubi cum

cum Charmidas interroganti Lysiteli : *Sponde' erga tuam gnatam uxorem mihi?* responderet : *Spondeo, & mille auri Philippum dotis* : Lysiteles stipulationem repetit, quia stipulatori diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas quam fuerat interrogatus. HEIN.

6. Ceterum 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 recte etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere ut id quoque quod plus hic promissum est habeatur. D. Tuld. *comm. hoc tit. cap. 2.* Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, si quis de Pamphilo interrogatur Pamphilum aut Stichum respondeat: hic qui pure interrogatus est obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondes, 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, quam neutro responderetur servata stipulationis formâ, *d. l. 83. §. 2. d. l. 1. §. 3.* In summis vero etiam hic quod minus recte sponderi intelligitur, *d. l. 83. §. 2. d. l. 1. §. 3.* FUSE DON. ad *d. l. 1. §. 3. 4. 5.* Sed melius ad *l. 29. eod. sub fin.* Gomez 2. *res. 10. n. 4.* VINN. Hodie postquam ex *d. leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* vis pacti & stipulationis exæquata sunt, non usque adeo hujus subtilitatis ratio habetur; sed modo constet promittentem se obligare seriò voluisse, tenetur obstrictus. ADDIT.

7. *Tu quinque promittas vel contrâ*] Ostendimus ex Ulpiano, *l. 1. §. 4. de verb. oblig.* cum quis majorem aut minorem summam spondet quam de qua interrogatus est non in totum vitari obligationem, sed valere saltem in summam minorem; quoniam hætenus apte atque ad interrogatum responsum est. Non est existimandum id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem si quis ad ea quæ interrogatus fuerit non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipu-*

letur tu quinque promittas vel contrâ? sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hætenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur inutilem esse totam istam conceptionem, *Decem aureos mihi dare sponde?* *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 Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum quæ Gaji nomine scribuntur, *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 emtione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit si quinque ei promittantur pro dissentiante in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. 52. de locat.* Gomez 2. *resol. cap. 10. n. 4.* D. Bronch. 4. *assert. 37.*

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas vel contrâ] Exemplum stipulationis quæ ideo inutilis quia responderet ut mutata obligationis formâ, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat, ex *lege 1. §. 3. de verb. obl.* quamquam hoc omisum 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, *§. 15. inf. hoc tit.* nam ut stipulator verba concepit & quasi prævit, ita respondisse intelligitur.

8. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puto recte atque ad interrogatum responsum videri debere, arg. *d. l. 1. §. 2. de verb. obl.* Neque obstat *auth. si quando C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta qui ita dicit, *Satisfiet tibi.* Nam in constituto nulla præcedit interrogatio ad quam verba ista referantur. Alciat. 2. *parerg. 18.* Don. in *l. 5. §. 1. n. 4. & seq. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his qui sunt vel habent in potestate.

6. Item inutilis est stipulatio si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subiectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii; filii vero familiarum aliis obligari possunt.

L. 6. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

QUI 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 adquiri possunt eadem persona censetur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, l. 11. de legat. 1. l. 21. §. 3. de fidejuss. Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo sive pater à filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. tit. seq. l. 56. §. 1. de fidejuss. Sed si servus à domino filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, d. l. 56. §. ult. Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, l. 64. de cond. ind. sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquiriretur domino aut patri.

Tuo juri subiectus) 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 filii castrensis pertineat; quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, l. 2. de sen. Masc. 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 *unitas* (unitas) illa una cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filii vero familiarum aliis obligari possunt) Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantum domino sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, l. 14.

de obl. & aff. filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam paterfam. omnibus aliis obligatur, l. 39. eod. Vid. inf. tit. Inst. quod cum eo qui in alien. potest. VINN. Hic textus & d. ct. lex Part. ab usu recessere. Antiquitus inter patrem & filium in sacris paternis constitutum stipulatio conventa nullius momenti erat, quia ratione patriæ potestatis pater & filius eadem persona habebantur, l. ult. in fin. C. de impub. & aliis substit. Sed cum moribus nostris singularis illa Romanorum in filios potestas exolverit: quominus inter patrem & filium hodie stipulatio contrahi possit nihil vetat, arg. l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop. Nec dubito quin dominus servo suo promittens jure nostro obligetur; cum hujusmodi obligatio jure naturæ valeat, & obligationes ad juris naturæ simplicitatem, l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. redactas esse supra monuerimus. ADDIT.

TEXTUS.

De muto & surdo.

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.

L. 2. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

CUM stipulatio confici non possit nisi utroquo 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 utrimque intervenire & linguâ nuncupari necesse est, l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & aff. Enimvero quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi adquirant aut promittendo obligentur: id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, d. l. 1. in pr. de verb. obl. Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo

lo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. 3. *Inst. sup. per quas pers.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. *Inst. inf. quod cum eo qui in al. potest.* At quomodo jubeunt? 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. 10. C. qui testam. fac. Ego autem puto commentum hoc esse, ut & alterum illud quod idem eodem loco affirmat fieri posse, ut is qui surdus natus est articulatam vocem edat. Vid. Plin. lib. 10. nat. hist. cap. 69. VINN. Prius non Justinianus sed Celsus dixit, forte ex philosophi alicujus traditione, quales traditiones de rebus naturalibus sæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Casp. Schott. Schol. Steganogr. class. 8. cap. 17. annotat. 2. p. 339. sed fides sit penes auctorem. Magis certum est surdum à nativitate articulatam vocem edere posse. Artem hîc superare naturæ vitium exemplis pluribus τὸ μακρίν Sam. Strykii de jur. sens. diss. 4. 4. cap. 1. §. 21. p. 225. HEIN. Hic textus hodie omnino sublatus est d. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. ADDIT.

TEXTUS.

De furioso.

8. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.

L. 4. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

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. §. 6. de pact. Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse naturâ manifestum est, l. 1. §. 12. de obl. & act. l. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur. Ea res

Tom. II.

facit ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, d. l. 5. 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 caret, sive ut hîc 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 adquirat, d. l. 1. §. 12. de obl. & act. At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi adquirere potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, l. 6. de verb. obl. neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in lege 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. *Inst. sup. quib non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac. & ibi Doctores.*

TEXTUS.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis utique de iis verum est qui jam habent aliquem intellectum; nam infans & qui infantia proximus est non multum à 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.

L. 4. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Gradus ætatis pupillaris & quandiu quis infans habeatur.
- 2 Proximus infantia qui dicatur, & quando ita appellari debeat vocarique incipiat pubertati proximus.

V

3 Ite

- 3 *Iterum de infante & infantia 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, quādam etiam sine eo. Tutore auctore tam se 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. Inst. tit. de auct. tut. Ceterum quod ita generaliter alibi definitur, in hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet aetatis; verum ad eos tantum qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint postea intelligitur.

1. Aetatis pupillaris tres sunt partes siue gradus. Est infans: est infantia proxima: est proximus pubertati. Infans dicitur quasi fandi impos; atque hac duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum qui fari potest significatur infans major, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 65. §. pen. ad senat. Trebel. l. 1. §. 13. de obl. & act. l. 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 aetate aestimari. Is enim jure habetur & definitur infans qui minor est septem annis, l. 18. C. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. Etsi enim qui septem annos nondum natus est naturā fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit.

2. Proximus infantia dicitur qui septennium nuper superavit, *ἐπταετής*, septuennis. Macrobius 2. in somn. Scip. cap. 6. Anno septimo plene absolvit integritas loquendi. Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum; tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantia faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Rævard. ad l. 111. eod. Alii annum decimum tertium, Hotom. hic. Robert. 2. recept. lett. 17. Quibus pubertati proximus dici incipit qui vel decimum

tertium vel decimum quartum annum attingit: Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, 17. obs. 4. Accursius ad hunc locum & in l. 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 infantia proxima; qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati; quia revera huic sit proximior quam infantia. Itaque pupillum proximum infantia eum haberi qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium; qui excessit esse proximum pubertati. Pupillam autem infantia proximam eam esse quæ infantiam egressa consistat intra annum nonum & dimidium; quæ eam aetatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Bart. & Castr. in d. l. 1. de novat. communemque hanc esse sententiam testantur Decius ad d. l. 111. de reg. jur. Vigl. in §. 6. Inst. de test. ord. Gomez 3. resol. 1. n. 57. Schneid. ad pr. tit. Inst. de auct. tut. n. 12. & seq. Sunt denique qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex aetate quam captu & astutia impuberis aestimet qua aetate vel infantia 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 Joann. Fab. hic, & Salic. ad l. 7. C. de pæn. eamque probant Dec. Vigl. citatis locis, Coras. 6. misc. 23. Covar. de matr. part. 2. cap. 5. n. 7. Menoch. 2. arbitr. cap. 57. n. 20. & seqq. Goëdd. de contr. stip. cap. 7. n. 185. & seqq. Philipp. Matth. ad l. 108. de reg. jur. n. 39. & seq. In hac autem varietate propius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez ubi supr. in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus quod infantiam sequitur usque ad pubertatem in duas aetates divisum sit, in eam quæ proxima est infantia & 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.

3. *Infans & infantia proximus non multum à furioso* Infans in his quæ animo & affectu geruntur non multum à furioso distat, ut qui non magis intelligat quod agit, aut affectu acquirendi ducatur quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quidquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obli-

obligationem sibi adquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, iudiciumque infantis in re quæ facti magis quam juris est suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. ff. de adq. possess. l. 3. C. eod.* Don. *5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *lege 9. de adq. her.* dicitur nihil scire aut discernere: alibi non intelligere quod agitur, *l. 1. §. 13. de obl. & aff. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Ceterum cum & hic & iisdem illis locis proditum sit eum qui infantæ proximus est & stipulari & promittere & hereditatem adire omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit: comparatio hæc infantis & infantæ 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 infantæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quidquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset quam in infante. Denique non alia ratione receptum est ut septennio major idemque infantæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti, *l. 14. de sponsal. l. 1. §. 3. de adq. poss. l. 32. §. ult. eod.*

4. *Idem juris quod pubertati proximi*] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem adquirere & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. 13. de obl. & aff. l. 9. de adq. her. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere: veluti quod qui tam impubes est ut adhuc infantæ sit proximus expers doli & injuriæ habeatur, quorum & poenæ capax est pubertati proximus, *l. 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulchr. viol. l. 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal. Gomez 3. resol. 1. n. 57.* Et cum infantæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tamquam nullum intellectum habens ponatur: de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur an

non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate initio naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo quod pupillus qui pubertati proximus est jam intelligere quod agitur, velle & consentire naturâ potest: neminem dubitare oportet quin ex conventioni 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 infantæ proximus separatur à proximo pubertati, quod ille non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi iudicium, *§. 1. Inst. sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re de qua ibi agitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius iudicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intelligere semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. 25. §. 1. quan. dies leg. l. 21. ad leg. Falc. l. 95. §. 2. de solut.* idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt: veluti quod fidejussor acceptus pro eo quod pupillus promisit teneatur, *l. 127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio pupillo eam citra tutorem in se suscipiente novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corrui 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 umquam 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. Pii, ut actio in eum in quantum locupletior factus est detur, *l. 3. §. 4. de neg. gest. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *d. lex 127. de verb. obl.* ubi vid. Don. *n. 11.* Quod vero id quod pupillus ita debet compensari aut solum retineri non potest, non eam rationem habet quod nulla vere hic subsit obligatio; sed quod personæ pupilli hoc tributum est ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligationis quæ ex conventionem nascitur potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. l. 10.*

de obl. & act. in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet: inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente, sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne naturâ quidem isto modo obligaretur, l. 41. *de cond. ind.* l. 59. *de obl. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cuius gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit; non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset; alioqui ne accessiones quidem admitteret; aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. tit. In st. de oblig. & tract. de pact. cap. 14.*

5. Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis; quippe qui si curatorem non habent etiam jure civili ex conventionem sua obligantur, 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 ob stare videtur *lex 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. leg.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum tamquam correlatorum exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, ἐπιβοῖ ἐν ἀνέω καὶ γατόροις &c. (*puberes sine curatoribus*) Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. Doctores in *d. l. 3.* & in *d. l. 101.* mire variant in horum locorum conciliatione. Vid. *d. cap. 14. de pact.* ubi n. 16. probo sententiam Tim. Fab. *annivers. disp. 9.* verba *d. leg. 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, quod tutor in ipso negotio præsens esse & statim auctor fieri debeat, l. 9. §. *pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc Græce scripsisse æque incertum est, ac quod scripserit ἐν ἀνέω καὶ γατόροις. Nec principiis juris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascumque contrahere obligationes, modo eo absente promitteret. Ve-

risimum itaque est pupillum sine tutore naturaliter quidem, sed non civiliter obligari: minorem sine curatore & naturaliter & civiliter, ejusque rei consultissimam hanc esse rationem, quod tutor personæ curator rebus datur. Unde & minor non restituitur nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Luculenter hanc minorem obligationem præter *legem 101. ff. de verb. oblig.* probat *lex 43. ff. de oblig. & act.* Adde quod & jusjurandum deferre potest, l. 9. §. 4. *ff. de jurejur.* & ex confessione sua tenetur, l. 6. §. *pen. de confess.* Eleganter & solide hæc demonstravit vir amplis. Zachar. Hub. *diss. de obligatione puberum*, ubi & *legem 3. C. de in integr. rest.* his principiis non adversari docet *cap. 7. HEIN.*

6. *Ne auctore quidem patre obligatur*] Absurdum videri potest quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §. 2. de verb. oblig.* 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, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare: quo fit ut ad utilitatem pupilli pertineat ut & ipse invicem eum etiam sine tutoris auctoritate obligari possit; cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est non sibi sed ad patris utilitatem contrahit; ut proinde numquam è re impuberis in potestate constituti esse possit vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit ut filius sibi adquirat, 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 filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, l. 18. *in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c. VINN.* Et ita utimur. ADDIT.

TEXTUS:

De conditione impossibili.

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 cælum attigero dare spondes? At*

si ita stipuletur, Si digito cælum non attigero dare spondes? pure facta obligatio intelligitur; ideoque statim peti potest.

L. 6. tit. 11. lib. 1. for. legg. & l. 17. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

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 extiterit; 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 naturâ existere non possit. Neque hoc solum in stipulationibus, l. 1. §. 11. de obl. & aff. l. 7. l. 35. de verb. obl. sed in ceteris quoque conventionibus locum habet; siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui proculdubio nihil agi existimant cum conventioni apponitur ea conditio quam sciant esse impossibilem, l. 21. de obl. & aff. Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur & pro non scripta habetur, l. 1. de cond. inst. Vide sup. §. 10. Inst. de her. inst.

Cui natura impedimento est] Impossibilis conditio proprie est quæ in eum casum confertur cujus eventus naturâ prohibetur. Ceterum & 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. 15. de cond. inst. & sub tali quoque conditione facta stipulatio æque nullius momenti est, l. 25. cum seq. l. 35. §. 1. l. 61. l. 137. §. 6. de verb. obl. De turpi stipulatione separatim agitur inferius §. 26. hoc tit.

1. *Si digito cælum non 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. D. Thom. in 4. distinct. 29. art. 3. quest. 3. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Arist. de interp. cap. pen. Ex quo porro intelligitur sola verborum figurâ hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse sed puras, l. 9. §. 1. de novat. ubi Jurisconsultus scribit, eum qui sub conditione stipulatur quæ omnino extitura 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 Justinianus, si talis conditio inseratur stipulationi, *Si digito cælum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi & protinus ex ea agi posse. Consentiant Jurisconsulti in ll. 7. & 8. de verb. obl.

TEXTUS.

De absentia.

11. *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non presentes fuisse vel se vel adversarios suos contententibus; 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.*

L. 32. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Explicatur lex 57. de don. int. vir. & ux.
- 2 Summa consistit, in lege 14. C. de contr. scip.
- 3 Probatio negativæ arctata loco & tempore.

I*nter absentes concepta inutilis est*] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum

ctum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est absentem non magis quam mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, *l. 1. pr. ff. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.*

1. Non adversatur Paulus in *lege 57. de don. int. vir. & ux.* ubi profert epistolam qua continetur sponsio absentem viro ab uxore absente missa; intelligi enim debet stipulationem antea inter presentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter presentes interpositæ cautio literis illis uxoris contineatur. Absentes varie pro loco dicuntur, *d. l. 1. de verb. obl.* hic sunt qui invicem audire non possunt.

2. *Propter celeritatem dirimendarum litium* Cum ex eo quod non nisi inter presentes 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 presentiam, an reus factam negans suam vel adversarii absentiam probare deberet; Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *l. 14. C. de contr. stip.* Voluit fidem haberi scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur partes presentes 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 scripturæ ex adverso prolata, ut judici fidem faciat, per *l. 18. C. de probat.* Doctores ad *l. 14. 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 solemnitas. De qua *infra §. 16. hoc tit.*

3. *Toto eo die quo conficiebatur instrumentum*] Facti quod tempore & loco circum-

scribitur negatio probari potest: veluti si quod me Lugduni promississe, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promississe aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, *l. 23. C. de probat. l. 10. C. de non num. pec.* id verum est quatenus solum negat, nec quidquam 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; quamquam ne sic quidem revera quidquam probat quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. Doctores in *d. l. 23. C. de probat.* Duar. *cap. 4. de probat. in post. comment.* Donell. *cap. 4. de probat.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7. VINN.* Jure nostro obligatio inter absentes rite contrahitur, *d. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Vid. Azev. ad d. leg. n. 20. ADDIT.*

TEXTUS.

De stipulatione post mortem vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus à quo stipulabatur. Ac nec is qui in aliquis potestate est post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur, Pridie quia 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.*

L. 12. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habita.*
2. *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutavit.*

1. **O**lim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est,

est, quod ita jus erat ut obligationes & actiones quæ non cœperant à d. functo vel contra defunctum, à persona heredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret; eandemque ob causam etiam post mortem heredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. 35. *Inst. sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, l. 12. *in fin.* & l. 13. *mand.*

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 heres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant, d. §. 35. *sup. de legat.*

2. *Placuit nobis in hunc juris articulum*] Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua quæ extat in l. 11. *C. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in aut ante diem mortis tam stipulatoris quam promissoris concepta valeat: & post mortem heredis vel legatarii, aut pridie quam morientur liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque obligationes & actiones etiam ab heredibus & contra heredes incipere posse, l. *unic. C. ut act. ab her.* In hujus juris mutatione ait, se respexisse non ad conceptionem verborum sed ad sententiam & mentem contrahentium: quasi qui stipulatur post mortem suam sibi dari non debeat existimari tam scultus ut sibi ipsi in id tempus stipuletur: sed hoc perinde sic accipiendum ac si post mortem suam stipulatus esset heredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem factam 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 §. 14. *inf. hoc tit.* & tale legatum, *Heres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile: arg. eorum quæ notavimus ad §. 5. *Inst. sup. de verb. obl.* & ad §. 10. *sup. de hered. instis.*

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13. *Item si quis ita stipulatus erat*, Si navis cras ex Asia venerit hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem stipulationem quæ præpostera nuncupatur non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

COMMENTARIUS.

Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ, Si navis cras venerit hodie dare spondes? præpostere dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis; quod est ὅτερος πρότερος cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *Inst. sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones ut fuitiles & manifestam contradictionem implicantes Veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes? num & ipsa præpostere concepta videri debeat? Sed præposteram 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. 64. *de verb. obl.*

Si navis cras ex Asia &c.] Ita & Theoph. ἐὰν ἡ ναὺς ἀπὸρ ἔλθῃ ἀπὸ τῆς Ἀσίας (si navis cras ex Asia venerit). Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clamor fit præposterior. Pac.

Sed cum Leo inclytæ recordationis] Cum præpostere stipulationes in dotibus à Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant necesse sit aut detrachere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem ut tota sit conditionalis inve diem: posterius Justiniano 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. 25. *C. de testam.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

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 recte stipulatur.*

L. 12. tit. II. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Auctores nostri ex sententia quorundam Philosophorum (vid. Gell. lib. 6. cap. 13.) momentum moriendi vitæ potius quam morti dandum censuerunt; cui consequens est, ut etsi quæ in tempus post mortem non recte conferuntur; recte tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *Cum moriar*, vel, *Cum morieris dare spondes?* semper probatæ fuerunt, l. 45. §. 1. & pen. de verb. obl. uti & legatum huiusmodi, *cum heres morietur*, l. 79. §. 1. de cond. & dem. Ulp. in fragm. tit. de legat. §. 15. Neque obstat hic regula juris veteris quæ vetat actiones ab heredibus & contra eos incipere; nam cum momentum moriendi non morti sed vitæ attribuat, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad heredem trasumitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt quæ extremo vitæ momento implentur, l. ult. de cond. inst. Add. quæ scripsimus ad §. 35. Inst. 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 adquiratur domino vel patri in quorum erunt potestate cum morientur, l. 45. §. 1. de verb. obl.

Post mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondes?* numquam improbata fuit; nimirum quia & hic cessat ratio ob quam placebat stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Queritur autem quid hic futurum sit si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius spem debitum iri in heredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione condicionali, §. 4. Inst. sup. de verb. obl. Ego vero didici diem

adjectum quem certum est exiturum esse, etsi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere; neque huiusmodi stipulationes, *cum moriar*, *cum morieris*, *cum Titius morietur* jure condicionalium censer, ut obligationem differant; sed eundem effectum habere quem habent conceptæ in diem certum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat & pecunia debeatur, sed peti tantum antequam dies veniat non possit, §. 2. sup. d. tit. l. 79. de cond. & dem. Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad heredem stipulatoris transmitti, sed transmitti debitum ipsum atque obligationem quæ stipulatori statim quæsita fuit.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16. *Si scriptum in instrumento fuerit promississe aliquem, perinde habetur atque si in interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

PRO instrumento duplex præsumtio est, una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur quod scriptum est nisi contrarium manifeste doceatur, §. 11. sup. hoc tit. altera quam appellant præsumptionem *solemnitatis*; quoniam si de re aliqua quæ certas solemnitates jure desiderat scriptum sit in instrumento eam intervenisse, etsi expressum non sit gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus quæ jure requiruntur: tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, l. 30. de verb. obl. veluti si scriptum sit in instrumento promississe aliquem, perinde hoc haberi placet ac si scriptum esset interrogatione præcedente responsum esse, l. 134. §. 2. ff. 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 scilicet stipulatione, §. ult. tit. seq. Ceterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, l. 7. §. 12. de pact. Donell. ad d. l. 30. de verb. obl.

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione com-*
pre-

prebenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat Dare spondeo, propter omnes teneatur. si vero unam ex his vel quasdam daturum se sponderit obligatio in iis pro quibus sponderit contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quedam videntur esse perfectæ; singulas enim res stipulari & ad singulas respondere debemus.

L. 24. tit. II. Part. 5.

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 improbatæ.

Res plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimentur, veluti, Stichum & Pamphilum dare spondes? decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse spondes? vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significantur, ut, Summam illam aut acervum illum pecunie dabis? Quadrigam, aut Familiam, aut Leſtarios 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. 29. l. 86. de verb. obl. l. 32. de evict. Excipe speciem legis 134. §. ult. de verb. obl. De posteriore specie nullum dubium est quin promissore simpliciter respondente Dabo, obligatio recte constituta sit.

1. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes quæ expressæ sunt obligaret; quoniam cum, ut dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere; quippe simpliciter respondendo, Dabo, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit & quasi prævit, §. 5. sup. hoc. tit. Itaque intelligendum est etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium lib. 1. cap. 38. deditiois Collatinorum hæc formula: Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, di-

Tom. II.

vina humanaque omnia in meam populi que Romanæ ditionem? Dedimus.

2. In iis pro quibus responderit] Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ ad quas responsum est, verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his sponderis, teneris in hunc unum; quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, l. 83. §. 4. de verb. obl. Diversa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum: veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum sponderis, hic enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, pure promittens quod sub conditione stipulatus sum vitiatum tota obligatio, d. l. 83. §. 2. junct. l. 1. §. 3. eod. In pluribus tamen summis hic quod minus est sponderi intelligitur, d. l. 83. §. 3. Dixi sup. §. 5. hoc tit.

3. Et ad singulas respondere debemus] Si quidem in res omnes de quibus interrogati sumus obligari volumus, alioqui si ad quasdam dumtaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur ad quas responsum est; in ceteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura ut probare possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, non ad singulas respondere debemus.

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc ut unusquisque adquirat sibi quod sua interest; ceterum si alii detur nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit 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.

L. 7. tit. II. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.

- 2 *Pœnam committi etiam ei cuius nihil interest.*
- 3 *Quantacumque pœna promissa sit tantam deberi.*
- 4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

Qui alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem adquirat, 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 adquirat sibi quod sua interest; ut vero alii detur nihil interest nostra, *hoc rex. & l. 38. §. 17. de verb. obl.* In summa qui alii dari stipulatur nihil agit: qua de re dictum copiose, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, sub §. 4. *sup. hoc tit.* Ceterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet alteri cui cautum volumus dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua viâ consequamur, aut certe 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 cuius nihil interest.

1. *Pœnam stipulari conveniet*] Tria hoc loco & d. l. 38. §. 17. *de verb. obl.* de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum, pœnam utiliter non posse stipulari etiam tunc cum stipulatio cui pœna subjicitur jure non valet. Deinde, pœnam existente conditione deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri de quo cautum erat, & cuius 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, *ll. 61. & 69. de verb. obl.* Respondeo, verum non est quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris; sed æque atque illa principalis est, ut

nihil prohibeat quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit; licet prior cui subjicitur sit inutilis; cum numquam una stipulatio quæ per se utilis esse potest per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. pen. eod.* 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 hæc eodem vitio quo prior laborat. Quippe subjecto 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, *arg. l. 131. de verb. sign.* Donell. ad d. l. 69. *de verb. obl.*

2. Alterum quod hic discimus est, quod pœna committatur etiam ei cuius nihil interest, intellige, cuius 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 Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem hominis interest.* Respondeo, proprie 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 abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem adquiramus.

3. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit tanta debeat & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non aspici quod intersit, 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 ea 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, §. 21. *Inst. inf. de action. ita & conventionalibus*; sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid, futurum esse paciscitur, fac.

§. ult. *Inst. sup. de verb. obl. l. ult. de stip. præ.* Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est quod in stipulatione poenali promittitur, simplum tantum est, non duplum triplum &c. alterius rei, cum ad id quod interest aut alterum simplum non referatur. *Donell. lib. de eo quod int. circa fin. & in d. l. 38. §. 17. n. ult.*

4. Ceterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum poenali stipulatione certa quantitas expressa est; secus autem si, ut loquuntur, poena fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti: *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum aut quintuplum dare spondes?* Hic volunt poenam reduci ad id quod interest; quia manifeste 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 certe non posse ultra quadruplum poenam extendi, per *l. 56. de evict. VINN.* Duo e jure nostro animadvertenda duximus. Primum: alteri per alterum obligationem recte acquiri per text. express. in *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* qua lege & jus civile, & Part. correctum manet. Summa autem ratione id statutum esse videtur; frigidæ enim sunt rationes quibus jus antiquum contendebat alteri per alterum obligationes frustra acquiri, ut notat *Groëneweg. de legg. abrog. hic.* Alterum est, poenas conventionales solum in duplum quantitatis seu rei conventæ sta tui posse, numquam vero aut omnia bona debitoris, aut quod gravius est, personam simul cum bonis comprehendere posse, per text. in *leg. 8. tit. 5. lib. 2. for. Jud. & l. 5. tit. 18. lib. 1. for. legg.* Ex usu vero Curiarum solum in æstimationem rei in conventionem deductæ fieri nunc condemnationem supra notavimus ex *Avendaño. ADDIT.*

Tunc committitur stipulatio) Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit & pecunia deberi coëpta est, §. 4. *Inst. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si intersit ejus qui alii stipulatur.

19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus

interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperit cesserit administrationem contutori suo & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus sit pupillo si male res 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 forte vel pœna committatur vel prœdia distrabantur quæ pignori data erant, valet stipulatio.

LL. 8. 9. & 10. tit. 11. Part. 5.

NOTA.

Si male res gesserit] Ulpianus in *l. 38. §. 20. de verb. oblig.* unde hic textus transcriptus est, habet, *si aliter res cesserit.*

COMMENTARIUS.

Cum ejus interesset] Cum dicimus eum qui alii dari stipulatur nihil agere, duo dicimus; nimirum ex hujusmodi stipulatione neque ei in quem collata est obligationem ullam adquiri, neque adquiri stipulanti. In explicatione §. 4. *buji. tit. prioris partis* exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam quibus ex stipulatione aliena actio adquiritur ei in cujus personam stipulatio collata est. Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus sive exempla proferuntur quibus is qui alteri dari stipulatus est sibi actionem acquirit. Exceptio hæc una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. 38. §. 20. de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri quam nobismetipsis stipulari videmur, *l. 118. §. ult. eod.*

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit recte ab eo stipulatur rem pupilli salvam fore, *d. l. 38. §. 20. de verb. obl.* ubi Marcellus ait valere hanc stipulationem obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri quod stipulatus est; quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstat. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit tum liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l. 3. §. 2. de adm. tut.*

Si quis procuratori suo] Exemplum secundum.

dum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est valet stipulatio : ob eandem scilicet causam, quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur recte stipulatur; cum ejus intersit, puta ne vel poena sub qua pecuniam certâ die debebat committatur, vel bona distrahantur quæ pignori dederat & propter moram distrahi poterant, *d. l. 38. §. 23. d. l. 118. §. ult. eod.* Sunt & aliæ personæ per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem adquiri, vid. *sup. §. 4. hoc tit. n. 2. VINN.* Alia hujus rei exempla hanc doctrinam egregie illustrantia extant in *d. l. 38. §. 20. & seq. ff. de verb. obl. HEIN.*

TEXTUS.

De poena adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur nisi poenam ipse promiserit.*

L. 11. tit. 11. Part. 15.

COMMENTARIUS.

Facti alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit audivimus *sup. §. 3. hoc tit.* Ceterum etiam hic remedium stipulanti in poena paratum est, qua adjectâ, si alius non dederit feceritve committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, *l. 38. §. 1. & 2. de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub poena promittentem excusandum à poena censer, si omnia humana expertus ut is de quo promissit faceret nihil promoveat. Sed assentior iis qui contrâ sentiunt, arg. *l. 26. C. de fidejuss. d. l. 38. §. 2. & hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio poenæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpâ careat qui promittit quod prævidere potuit, forte præstitum non iri, arg. *l. 7. §. 1. satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promississe videtur id quod in potestate sua habet, hoc est, poenam. Vid. Fach. 3. *contr. 20. Diod. Tuld. in comm. hic cap. 5. VINN.* Apud nos facti alieni pro-

missorem teneri, etiamsi poena pacta non fuerit, supra diximus. ADDIT.

TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

Quemadmodum 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, *§. 1. sup. hoc tit.* 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, *§. 14. Inst. inf. de act.* & tralatitium est actum in id tempus inutiliter conferri quo pure inutiliter fieret, *l. 4. C. de don. ant. nupt. VINN.* Ecce hic §. ab usu recessit ex *dict. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. ADDIT.*

TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio ac si ad interrogatum responsum non esset: veluti si hominem Sticbum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pampbilo senseris quem Sticbum vocari credideris.*

L. 27. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Quando error consensui obstat aut non obstat.*
2. *Quid si non in ipso corpore sed in materia rei erratum.*

1. **S**æpe jam dictum est sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l. 1. §. 3. de pact. l. 55. de obl. & act.* Consensum non esse etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est quam error qui imperitiam detegit? *l. 15. de jurisd. l. 2. de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive de qua agitur, aut in per-

persona ipsa, ut in re promissa, aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, l. 32. de verb. obl. §. 29. Inst. sup. de legat. l. 4. C. de testam. In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per d. l. 15 de jurisd. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9. pr. de hered. inst. Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantumdem 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. 83. §. 1. l. 137. §. 1. de verb. obl.

2. 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. 22. eod. quamvis emptio non valeat, l. 9. in fin. cum l. seq. l. 14. in fin. de contr. 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 longe minoris æs quam aurum, acetum quam vinum empturus fuisset. Placet si non in totum in materia erratum sit, etiam emtionem valere placet, ut in specie d. legis 14. de contr. empt. Quod si quis in causa promittendi erraverit, 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. 36. de verb. obl.

TEXTUS.

De turpi causa.

23. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

L. 28. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

STipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, l. 26. & l. seq. l. 123. de verb. obl. Nec ea tantum quæ aperte flagitiosa sunt in stipulationem deduci non possunt; verum

etiam quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, l. 61. ff. eod. l. ult. C. de pact. l. 4. C. de inut. stip. Quinimo & si quis pecuniam promiserit ne furtum aut cadem faceret, aut sub conditione, si non fecerit: adhuc dicendum stipulationem nullius esse momenti; cum hoc ipsum flagitiosum sit pecuniam pacisci quò flagitio abstineas, l. 7. §. 3. de pact. VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus dumtaxat prohibentur, veluti stipulatio pœnæ si quis uxorem hanc non duxerit, l. 134. pr. ff. de verb. obl. l. 2. C. de inut. stip. stipulatio quotæ litis, l. 7. ff. mand. l. 54. ff. de pact. Non autem valere dicuntur quia ipso jure inutiles sunt, quod copiose contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

L. 14. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Hic locus à me expositus est ad §. 4. Inst. sup. de verb. obl.

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis non recte petet. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit quo traditio fieri possit.

L. 15. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

DUo hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta antè agi non possit quam totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei qui pure quid stipulanti promisit dandum sit aliquod spatium intra quod rem tradere & solutionem expedire possit, l. 42. de verb. obl. De utroque dixi ad §. 3. Inst. sup. eod.

TITULUS XXI.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. lib. 46. tit. 1. Cod. lib. 8. tit. 41. Nov. 4. Et Part. 5. tit. 12.

Continuatio & argumentum tituli.

Obligatur quisque aut proprio nomine sive principaliter, aut nomine alieno sive accessorie, 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, §. 6. *Inst. infr. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. 9. *Inst. inf. de action.* Fidejussor, qui quod alius debet fide sua esse jubet interposita stipulatione. Coniunguntur hi tres in *lege 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 subijcitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, l. 1. §. 2. *ff. de verb. obl. l. 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum; doceturque quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permiste quatenus obligetur quaque formâ constituatur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent dum curant ut diligentius tibi cautum sit.

L. 1. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.
- 2 Fidejussor idem qui & adpromissor; expromissor alius.
- 3 Sponsores, prædes, vades.

1. **P**ro eo qui promittit solent alii obligari] Intellige, eo qui promittit

eodemque reo principali manente obligato alioqui & expromissor pro alio obligari recte 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 quamdam alterius obligationis. Unde est quod nostri sic passim loquuntur ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo qui promittit*, exempli causa dictum est; nam constat fidejussores omni obligationi accedere posse.

2. *Qui fidejussores appellantur*) A jussione & fide, ut apparet ex formulis quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, l. 5. §. 2. *de verb. obl. l. 43. de solut. l. 64. §. 4. solut. matr.* quia scilicet ad id quod alius debet accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt, sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & 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. §. 8. *de dol. mal. l. 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8. §. 8. ad sen. Vell. l. ult. de senat. Maced.* unde & à fidejussore passim distinguitur, l. 53. *de contr. emt. d. l. 37. in fin. de oper. lib. & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, d. l. 7. §. 8. de dol. mal. l. 64. §. 4. solut. matr.*

3. Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt appellabant sponsores. Cicero ad *Attic. lib. 1. ep. 8.* Tulliola, nostræ deliciole, tuum munus flagitat & me sponsorem appellat. Et alibi, *famil. lib. 6. ep. 18.* De negotio tuo, quod sponso res pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit &c. Species sponso-
rum sunt qui dicebantur prædes, & item qui vades. prædes dicti, teste Ascon. Pædiano Verr. 3.

satisfactores locupletes pro re de qua apud iudicem lis est. Et Festus: Præs, inquit, est is qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu an præs sit, ille respondet, Præs. In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: Festus ait, prædem dictum esse quod interrogatus à populo si præs esset, respondebat, Præs: supple, sum. Præs sisse antiquitus significat præsentem esse, παρῆναι, unde superest participium præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait, spondere qui nos, noxa quia præstet, vetat. Idem Scaliger apud Varronem §. 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 iudicio 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 poenam capitali iudicio? Vas.

Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs. Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria vadem appellatum constat. Vid. Hering. de fidejuss. cap. 3. n. 43. & val val (certe omnino) clariss. Salmas. lib. de mod. usur. cap. 16.

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsonum fideique sunt vincula & firmamenta, l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. cap. 24.

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. In omnibus autem obligationibus assumi 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.

L. 5. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causâ 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. 16. & 29. l. 37. & passim hoc tit. l. 6. de obl. Unde quoque est, quod is qui solutionis gratia adjectus est fidejussorem accipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum non habet, l. 23. eod. Ceterum dum aliqua sit obligatio non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit, tener fidejussio, ll. 1. 2. & 6. §. ult. ll. 7. & 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 posset; quippe cum ex his pecunia debeatur aut res pecuniâ æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio qua teneretur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, ll. 1. & 2. C. ne fidej. dot. dent. l. 1. C. Theod. de fidej. dot. quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendunt. Vid. Fachin. 8. contr. 76. Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. Cod. suo d. tit. de fin. 1. Ant. Merend. 6. contr. 13. Christin. vol. 3. decis. 141. VINN. Nolim tamen ego his auctoribus assentiri, cum non modo rubrica tituli Cod. ne fidejuss. dot. dent. prohibitionem involvat, verum etiam lex un. C. Theod. de fidej. dot. ex qua lex 1. C. Justin. eod. desumta est, diserte omnium sponsorum vel fidejussorum in cavenda dotis sponione promissiones deinceps absolvat. Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi æque in maritum ultro fidejussorem dantem cadat, ac in eos qui inviti dederint. Eadem enim absurditas, eadem turpitudine, idem fidei ac amoris conjugalibus contemptus hic versatur ut recte monuit Harprecht. ad hunc §. n. 11. Potest tamen pignus à marito pro dote dari, l. 7. §. 6. de don. int. vir. & ux. quia hic alienam fidem uxor

uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa, l. 55. ff. de jur. dot. Potest denique satisfactio exigi de solutione dotis post certum tempus, l. 24. §. 2. ff. solut. matr. Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris sed tertii fidem in dubium vocat: ita hoc non de constante, sed soluto matrimonio agitur. HEIN.

2. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. hoc tit. utique si ex hoc civiliter agatur & ad poenam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem inutilis est fidejussio: quoniam ejus poenae nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit nulla actione repeti aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est fidejussori ejus quod pro reo solvit recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at poenae corporalis nulla est restitutio; & quid proderit fidejussori reum eandem poenam postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad poenam corporalem obligare potest, quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, l. 13. ad leg. Aquil. neque justitiæ ratio patitur eum qui non deliquit poenam hujusmodi sustinere, l. 21. C. de poen.

3. Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, 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 poenam 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 sciterint certa pecunia mulcentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet; alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat ne reus exhibearur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in ll. 1. 2. 3. & 4. ff. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. C. de appell.

4. Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, hoc text. l. 6. in fin. ll. 7. & 16. §. 3. hoc tit. licet hoc casu arctius & fortius adstringatur

fidejussor quam reus principalis. Ceterum 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 intervenierit, l. 6. de verb. obl. Neque obstat quod Marcellus scribit, eum qui pro prodigo fidejussit obligari, l. 15. hoc tit. Obligatur enim suo nomine dumtaxat 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 citra ullum juris effectum, d. l. 6. de verb. obl. Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter Don. ad d. l. 6. in fin. Ravard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. lect. ult. Cont. 2. lect. 3. Lyclam. 6. memb. 8.

5. Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo hoc genus obligationis ut improbatum jure prætorio & sine re atque effectu inutile, l. 112. 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 solum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, l. 40. de cond. & ind. l. 3. §. 1. de pecun. const. l. 14. de compens. frustra pro eo fidejussor intervenire videtur. Fac. l. 37. hoc tit. aut certe si fidejussio summo jure teneatur, is qui fidem suam interposuit conventus eadem exceptione quæ reo principali competit creditorem repellere poterit, per l. 7. §. 1. de except. Bart. in l. 1. n. 3. hoc tit. post Gloss. hic.

Sive literis] Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim literarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est: una vere talis, altera præsumtive, qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore iudice deferente præstiti; atque hujus generis etiam ea est quæ literarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est se pecuniam mutuam accepisse, ea confes-

fessio post silentium biennii 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.*

Utrum civilis] Non civilis nuda, sed mixta quæ actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro servo quoque obligatur] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *l. 14. de obl. & act.* At ita obligantur non modo extraneis sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus; potestque dominus in id quod sibi naturaliter debetur fidejussorem a servo accipere, *l. 70. §. 4. eod.* quamvis ex contrario pro eo quod dominus servo naturaliter debet fidejussor acceptus non teneatur, *l. 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione quam indicavit *tit. præced. §. 6.*

TEXTUS.

De herede.

2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum.

L. 16. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Satis notum est obligationes & actiones quæ ex contractibus veniunt in heredes quoque dari, *§. 1. Inst. inf. de perp. & temp. act. ll. 12. & 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo heredem facta sit mentio, *l. 13. C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantum obligatur sed etiam heredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. ff. hoc tit. l. 24. C. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam heres fidejussoris, sed tam diu quam vivit & tenetur is qui deliquit; eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam heres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d. §. 1. Inst. inf. de perp. & temp. act. ll. 26. & 58. de obl. & act. l. 164. de reg. jur. l. 20. §. 2. & ibi Costal. si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in heredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in heredes fidejussoris; at principali sublata evanescit & fidejussoria. VINN, Ali-

Tom. II.

quando fidejussio in herede fit obligatio principalis quæ in defuncto accessoria tantum fuerat, si nimirum fidejussor minori pro quo fidejusserat heres fiat. De quo casu intelligenda videtur *lex 95. §. 3. de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii pro principalis legentis, *personalis*. Conf. viri amplissimi Zach. Hub. *diss. de chirogr. Pauli cap. 1. §. 6. p. 67. HEIN.*

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat vel sequatur obligationem.

3. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.

L. 6. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Et 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. 35. de judic.* neque fidejussorem ante conveniri posse quam reus debeat, *l. 57. hoc tit.*

Et sequi potest] In quo differt fidejussor a mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l. 12. §. 14. mand.* Item a pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l. 1. §. 1. de pec. constit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit si is pro quo fidejussit solvendo non sit; & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & deside-

Y

ra-

rare ut pro parte in se detur actio.

L. 8. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.
- 2 Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat, Et n. 6.
- 3 Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat. Et 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 intersit.
- 7 Conditiones sub quibus beneficium divisionis conceditur.
- 8 Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando or dinis.
- 9 Quando locus exceptioni cedendarum actionum.
- 10 Renuntiatione superiora beneficia admitti.

1. **P**Lures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenit sive non convenit, l. 3. C. hoc tit. Neque hoc jus mutatum est Nov. 99. unde *auth. hoc ita C. de duob. reis*. Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem quæ de duobus reis est ad fidejussos non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis ita re quoque promississe videantur, an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam substulit Justinianus cavens ne plures rei 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 debet & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum & in solidum singuli conveniri possunt.

2. Ceterum hoc beneficium epistolâ Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur omnes solvendo sint, actio inter eos proportionibus virilibus dividatur, l. 26. ff. hoc tit. l. 3. C. eod. Estque hoc beneficium quod vul-

go *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed ceteris quoque accessionibus: puta pluribus quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, l. ult. C. de pec. const. Vim beneficii mox latius explicabimus.

3. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani Nov. 4. cap. 1. unde *auth. præsentē C. hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat quam ad fidejussos perveniat; 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. Ceterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à iudice 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 recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus esse deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque quæ extant vendenda sunt. Hæc Justinian. d. Nov. 4. cap. 1. Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum Myns. cent. 2. obs. 15. Gail. 2. obs. 27. n. 14. Menoch. consil. 662. n. 20. Vasq. illust. quest. p. 1. lib. 1. cap. 40. n. 2. ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut & superioribus, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat omisso principali reo fidejussorem convenire, ll. 3. & 5. C. hoc tit. Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*: ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur ut sciat an solvendo sit necne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio vid. Fachin. 8. contr. 53. Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin. 3. An ei competat qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, Gail. d. lib. 2. obs. 28. Schneid. ad hunc §. n. 11. Christin. vol. 5. decr. 214. n. 46.

4. Illud constat, fidejussos iudicio sisti & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur ut iudicium

ciura ratum sit, l. 1. de stip. præ. contra cuius mentem foret differri executionem iudicati, arg. l. 52. de verb. obl. Ant. Fab. Cod. suo defn. 5. hoc tit. Christin. vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 25. Sed nec ille qui pro naturaliter tantum obligato intervenit hoc beneficio uti poterit. Gail. d. obs. 27. n. 20. Consule porro de beneficio ordinis DD. in auth. præsent. C. hoc tit. Gomez 2. resol. 13. n. 14. Gail. 2. obs. 27. & seq. Hering. de fidejuss. cap. 27. part. 2. Christin. vol. 3. decis. 2. n. 14.

5. *Compellitur creditor à singulis*] Etiam si in fidejussoribus accipiendis convenerit ut singuli in solidum tenerentur; quippe hac conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat ut inter fidejussores actio dividatur, l. 3. infin. C. hoc tit. secundum quod Parisiis iudicatum refert Papon. lib. 10. tit. 4. arrest. 23. Ceterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure sed per exceptionem duntaxat, l. 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 tamquam plus debito solutum non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit hic locus & dd. ll. 26. & 49. §. 1. in fin. de fidejuss.

6. Deinde, non aliter pluribus 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. 27. §. ult. l. 43. eod. Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventionem suam plures fidejussores acceperunt; pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, l. ult. rem pup. salvo. for. ubi & ratio additur.

7. *Solvendo sunt litis contestatæ tempore*] Dux 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. 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 ceteris qui solvendo sunt non prodesse, sed, ut in textu dicitur, ceteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est non pertinere, d. l. 15. §. pen.

8. 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 referuntur qui negant hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt opponi posse etiam post sententiam. Vid. Salic. 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. Cod. suo hoc tit. defn. 38. Fachin. 8. contr. 52. Christin. vol. 5. decis. 214. & ibi citatos. Dissentit tamen Gail. 2. obs. 27. n. 3. contendens opponi eam posse usque ad conclusionem in causa; quamquam fateatur omissam ex officio à iudice suppleri non posse, add. D. Joann. à Sande lib. 1. rer. jud. tit. 7. defn. 2.

Si ab uno fidejussore creditor totum &c.] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitore quod solvit actionem mandati repetere potest, §. 6. inf. hoc tit. Ceterum 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 beneficii contempsit; neque ullam actionem habet adversus confidejussores; denique nec pignora persequi potest quæ creditor obligata erant, l. 39. ff. hoc tit. l. 11. C. eod.

9. Plane potest fidejussor conventus considerare 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 pecuniâ soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere ut cedantur non potest, ll. 17. 36. & 39. ff. hoc tit. ll. 2. 11. & 14. C. eod. l. 76. ff. de solut. Quamquam sunt qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt; & ita fere

nunc obtinere. Sande de aff. cess. cap. 7. n. 11. & seqq. Groenew. de legg. abrog. ad d. l. 11. hoc tit. Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit placet agere posse adversus creditorem ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & ceteros ejusdem obligationis reos, l. 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. §. 13. de tut. & rat. distr. ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est ab eo opponi potest, l. 42. §. 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 beneficii vide citatos apud Christin. vol. 4. decis. 179. n. 10. & seqq. & vol. 5. decis. 214. n. 51. & seqq.

10. Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia ut alia omnia jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint; renuntiando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introduco renunciare, l. pen. C. de pact. Hinc cautio conscriptorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut quis fidejussores accipiuntur renuntient beneficiis ordinis excussionis & divisionis, quo liberum sit creditori quem velit & quatenus velit convenire. VINN. Vide quæ de duobus reis promittendi supra notavimus ex leg. 1. tit. 16. lib. 5. Recop. & adesis Azeved. ad d. leg. & Greg. Lopez ad leg. 8. tit. 12. Part. 5. ADDIT.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

3. 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 tem-

pore minus aut plus intelligitur. Plus enim est statim aliquid dare; minus est post tempus dare.

L. 7. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Fidejussores arctius quam reum principalem obligari posse, durius non posse.
- 2 Acceptum in majorem quantitatem quam quæ debetur ne in debitum quidem obligari.
- 3 Transpositione Haloandri in l. 8. §. 7. hoc tit. everri sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.
- 4 Explicatur lex 33. mandati.
- 5 Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.
- 6 Removetur obstaculum ex lege 1. §. 4. de verb. obl.
- 7 Media Bachovii sententia non improbabili; & quid hodie ad questionem propositam respondendum.

1. **C**UM fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet quominus efficacius obligentur fortiorque vinculo constingantur quam reus principalis, veluti per instrumentum garantigatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Joann. Fab. hic, Gomez 2. resol. 13. n. 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. hoc tit. In causam vero durior accipi non potest, id est ita accipi ut fidejussor vel re vel tempore aut causa plus debeat quam reus principalis, hoc text. l. 8. §. 7. de fidejuss. quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest. Ceterum 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. Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt fidejussorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. comm. 6. Hotom. Bachov. in hunc §. Fachin. 8. contr. 51. Goedd. cap. 4. de contr. stip. concl. 4. n. 65. & seqq. Tim. Fab. disp. 23. At major pars

pars neotericorum & ex Veteribus Petrus & Cynus contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro, Myns. Wesemb. Gifan. hic Gomez 2. resol. 13. n. 2. Duar. ad rit. de fidejuss. cap. 3. Vasq. 1. illust. quest. 40. Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuss. cap. 24. n. 52. & seqq. quibus etiam accedit Diod. Tulden. comm. hic cap. 2.

2. Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his qui pro aliis fidejubendo interveniunt definit Ulpianus d. l. 8. §. 7. *hoc rit.* eos si in duriorum causam adhibiti fuerint *omnino non obligari*, ut habent codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam*, *plane*, *prorsus*, *penitus non*; nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur ipsove Ulpiano, l. 26. §. 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. 3. rem pup. salv. for.

3. Quod si cum Haloandro pro *omnino non restituas non omnino*; aut *omnino non dictum* putes pro *non omnino*, quasi dixisset Jurisconsultus fidejussorem in duriorum causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est: evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorum causam acceptis extra casum propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari qui in duriorum causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure sponderint 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 Jurisconsulti passim tam sollicitè quærant an & quando fidejussor in duriorum causam adhibitus videatur, quam quod eo casu quo ita acceptus est prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent eum non obligari, d. l. 8. §. 7. cum seqq. l. 16. §. 1. ll. 34. & 49. §. 2. l. 70. §. 1. & 2. *hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea de qua quæritur comparat, & eodem jure censere videtur; maxime vero quod responsum est, fidejussorem in duriorum causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, d. l. 49. in fin. ut proinde nulla in parte fidejussio, quacumque ratione deterior illa sit obligatio principalis, valere possit.

4. Nihil admodum pro contraria sententia facit *lex 33. mand.* Nam ut recte Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. 7. 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 §. 8. *Inst. inf. de mandat.* Neque ullum in d. l. 33. verbum proponitur ex quo colligere possis in amplio rem summam quam quæ debebatur mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris qui præcedit obligationem de quo in d. l. 33. agitur, & ejus qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspensio est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic ut ad illam quidem nihil possit addere, detrachere autem de ea aliquid aut diminuere 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 ne habeas; eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, l. 12. C. mand. & ibi Salic. de fidejuss.

5. Non obstat *lex 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 ceteriorem diem, l. 1. §. 5. l. 4. eod. quorum nihil admittit fidejussio, d. l. 8. §. 6. & seq. l. 16. pr. l. 42. *hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse.

6. Illud majoris momenti est, quod in majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, l. 1. §. 4. l. 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 hætenus congruenter interrogationi responsum sit, d. l. 1. §. 4. Jam vero si majore summa promissa pro ea quantitate quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hætenus 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 quam principalis reus, l. 49. in fin. hoc tit. VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriores causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Joannis Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in recit. ad lib. 11. resp. Papinian. in l. 9. ff. de usur. Sed is ipse hanc sententiam deseruit in notis secundis ad Inst. hoc §. & in recit. ad lib. 4. Jul. & Minic. in l. 33. ff. mand. ubi fidejussorem in duriores causam datum saltem in minorem obligari docet. Id quod sane principiis juris magis consentaneum videtur, partim ob l. 33. ff. mand. & l. 11. §. 1. ff. de pec. const. quibus non usquequaque satisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem viginti promiserit, decem debeat, l. 1. §. 4. ff. de verb. obl. Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est vitiari, l. 9. ff. de usur. l. 1. §. 4. ff. de verb. obl. l. 35. §. ult. C. de donat. Nec aliter Græci videntur docuisse. In Basilicis enim in l. 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro omnino non, legimus ἐν ὅλῳ, non omnino, id est non in totam summam majorem in quam datus est. Conf. Edm. Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 1. 199. HEIN.

7. D. Bachov. existimat interesse utrum creditor majorem summam à fidejussore stipulatus sit quam reus debebat, an eandem & fidejussor majorem promiserit: veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius quam decem stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, 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 propterea dici fidejussorem adhibitum esse in duriores causam. Plane nunc in consulendo & judicando

sequeretur 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 droit. bîc.

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. 43. de solut. l. 18. de novat. l. 178. de reg. jur. Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiam si 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.

Nec 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. At extra hanc causam nihil impedit quominus plus pretii in accessione quam in principali re, §. 26. Inst. sup. de rer. div. l. 19. §. 13. & seqq. de aur. arg. leg. l. 34. de contr. emt.

Ut minus debeant obligari possunt] Fidejussor in leviores 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. §. 7. hoc tit. aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in d. l. 8. §. 10. & 11. l. 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 professo explicatur, §. 33. Inst. inf. de actionibus.

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

L. 12. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine quod pro reo solvit mandati actionem cum eo habet, l. 10. §. 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est si rogatus à reo sit ut fidejuberet, l. 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. 18. *ff. mandat.* l. 6. *C. eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati; sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, d. l. 6. §. 2. d. l. 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, l. 4. *hoc tit.* Quid si pro invito aut verante donandive animo intervernerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, d. l. 6. §. 2. l. 40. *mand.*

NOTA.

Si fidejussor Græce accipiat.

7. *Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίσει καλέω ἐγώ. Sed & si dixerit, θέλω, sive βίλωμαι, sed & φημι, pro eo eris ac si dixerit, λέγω.*

COMMENTARIUS.

Etiam Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit non minus Græca aliave qualibet linguâ quam Latina stipulationem recte fieri, §. 1. *Inst. sup. de verb. obl.* l. 1. §. ult. *eod.* Descriptus hic §. est ex l. 8. *pr. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur: *Græce fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίσει καλέω, λέ-*

γω, θέλω, sive, βίλωμαι (meæ fidei mando dico volo). Sed & si φημι dixerit, pro eo erit, ac si dixerit λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sane τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio τῇ φημι, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si scriptum sit aliquem fidejussisse.

8. *Si 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.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, l. 30. *de verb. obl.* Nimirum ut pro instrumento præsumtio est verum esse quod in eo scriptum est, §. 11. *sup. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit solemnitates istas esse adhibitas, tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit promississe aliquem, creditor is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. 16. *tit. præced.* Eâdemque ratione si scriptum fuerit fidejussisse aliquem, præsumitur id factum adhibita à creditore præsentē stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est ut stipulatio interveniat, l. 5. §. 3. *ff. de verb. obl.* l. 12. *C. hoc tit.* VINN. Hodie fidejussor citra stipulationem quibusvis verbis obligatur, l. 2. *tit. 16. lib. 5. Recop.* & notat Gregorius Lopez gloss, 1. *ad leg. 6. tit. 12. Part. 5. ADDIT.*

TITULUS XXII.

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. lib. 4. tit. 30.

TEXTUS.

Olim scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod si-

bi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpiissime constitutum est. Sic fit ut & hodie dum queri non potest scripturâ obligetur, & ex ea nascatur cond-

ditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat; sed ne creditoris diutius possint suis pecuniis forsitam defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

L. 9. tit. 1. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Cautiones & confessiones debiti inutiles.
- 2 Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.
- 3 Cautionem pecunia creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.
- 4 Remedia ad cautionem intra biennium retractanda; & cur excipiens de pecunia non numerata leveatur probatione.
- 5 Rectene 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 ita scripturâ obligari, ut etiam si postea probare velit pecuniam sibi numeratam non esse non audiat.
- 8 Quibus argumentis Bartolus & Doctores vulgo adducti dissentiant.
- 9 Confirmatio prioris opinionis.
- 10 Confutantur argumenta in contrarium prolata.
- 11 A quo tempore biennium currere incipiat; & alia notabilia.

Interdum literæ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum quæ nascuntur ex contractu, §. ult. *Inst. 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 confessionem retractavit.

1. 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 recte diceretur literarum. Ceterum 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.* Sichard. *ibid. n. 8.* Don. *n. 12.* cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, l. 1. & 3. *seqq. l. 8. C. d. tit. l. 47. §. ult. de pact.* Exigimus ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori; nam sine conventionem nulla est ex contractu obligatio, l. 1. §. 1. *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 confidentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles, quales sunt quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est se debere nulla nominatim expressa causâ propter quam debeatur, l. 25. *in fin. ff. de prob. l. 15. C. de non num. pec. Cap. si cautio x. de fid. instr. vid. D. Andr. Gail. 2. obs. 13.* Damhoud. *prax. civil. cap. 175. n. 14.* ubi notat in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, add. Groënew. *de legg. abrog. ad l. 25. §. ult. de probat.* Ceteræ quæ etiam 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 numquam; quædam vim habent obligationis, numquam probationis solius.

2. Ad solam probationem 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. 25. *in fin. ff. de probat. d. l. 13. C. de non num. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. injur. fac.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem numquam inducunt. Argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest; placetque audiendum 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. 25. *ff. & d. l. 13. C.*

3. Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra vero ad probationem solam numquam valet, ut ex iis quæ sequuntur perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam ceteras res intelligimus in quibus mutuuum consistit, l. 14.

princ. C. de non num. pec. Postremo exigimus ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuò ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse literis obligatur; sed cautio intra biennium ex quo emissa est ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *ll. 3. & 10. C. d. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam quam confessus est plane obligatur, *hoc text. & passim d. tit. C. de non num. pec.*

4. Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita: (1) conditio sine causa, aut ob causam dati causâ non secuta ad repetitionem chirographi, *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. 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num. pec.* (3) exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *ll. 3. 5. & l. 8. C. eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d. l. 3.* Ratio differentiæ significatur in *lege 10. C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigì probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. 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 ceteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur qui pecuniâ indigent nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. ad *constit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. n. 18.* Christin. *vol. 3. decis. 37. n. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. C. de non num. pec.* vel in factum detractâ doli mentione, *l. 9. 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. ll. 8. & 14. C. d. tit.*

Tom. II,

5. Hæc ergo obligatio recte dicitur literarum, seu ex literis nasci, siquidem post biennium non amplius quæritur an pecunia confessâ numeratâ sit necne; sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet sed etiam obliget confitentem. Plene Veteres nullam literarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt; ac ne iis quidem locis ubi ex professio causas & genera obligationis recensent, *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. 52. de oblig. & act. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. de novat.* sed opinor eos hanc obligationem retulisse inter eas quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit pecuniam quasi creditam petit & condicit tamquam ex mutuo, *l. 5. de non num. pecun. & 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. 2. §. 3. l. 11. §. 1. de reb. cred. ut proinde, & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter literas seu scripturam emissam, recte dicatur literis obligatus; neque enim si sine scriptura confessus esset similiter obligaretur.* Donell. ad *d. l. 8. n. 34. C. de non num. pec.* Gudelin. *lib. 2. de jure noviss. cap. 6.* Caveat autem quisque ne temere inficietur chirographum suum aut numerationem confessam; nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis ceterarum 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 maxime spectat; eademque fere ratione defenditur qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ult. pro suo, ll. 1. & 3. C. de annal. except.*

6. Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim moris fuit ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quidquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet perscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap. 14.* 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 Padianus in Verrin. 3. scribit, nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque

que nominibus obligatio contrahebatur cum in tabulis perscribatur 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 est quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam: quæ tabulæ idcirco in iudicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat & Veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto huiusmodi scripturam valuisse absolute ab 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 præmanibus habet de usuris Justinianicis. VINN. Ita quidem vulgo literarum obligationem Veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Gaji lib. 2. *Inst. tit. 9. §. 12. ubi literis obligatio fieri dicitur aut à re in personam, aut à persona in personam.* Inde enim apparet hanc obligationem novationis speciem fuisse, & recte eam definiri à Theophilo *boc tit. τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καιρὸν δάνειον μεταχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικῶς*. Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solemnnes literas transformatio. Nimirum si quis mihi ex locatione vel alia causa deberet centum, egoque mallem eum ex literis obligatum habere, verba proferebat *Centum aureos quos mihi ex causa locationis debes, expensis tibi tuli?* simulque eadem inscribebat tabulis. Respondebat alter *Expensis mihi tulisti*, eademque referebat in tabulas, addito proculdubio nomine. Eo facto prior obligatio extinguebatur & nova nascebatur, quæ ex literis solis substantiam capiebat. Ita fiebat literarum obligatio à re in personam. Unde facile intelligitur quo pacto à persona in personam facta sit. Plura vir cl. Ant. Schulting. *jurispr. ante Just. p. 163.* & nos in *Antiq. Rom. boc tit. §. 3. & 4. HEIN.*

Hodie non sunt in usu] Ætate Justiniani nomina in usu non erant; quippe translato Constantinopolim imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφας sed συμβόλαια appellavit; Latini *instrumenta* & *cautiones*, vo-

ce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. cap. 10.*

7. *Dum quæri non potest scripturâ obligetur*] Si confessus post biennium scripturâ 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 satisfaciatur creditori, *infr. tit. Inst. quib. mod. toll. obl. l. 9. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita lege 8. *C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse, an ne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam Veterum sententia putat audiendum esse; quod & Bartolo & comm. Doctoribus visum in *legg. 3. & 14. C. d. tit. Gomez 2. res. 6. n. 7. Moz. de contr. tit. de mutuo n. 9. Baroni, Schneid. Bachov. Corvino in enchir. hic. D. Bronchorstio 2. assert. 22. Ant. Perez in d. tit. Cod. n. 14.*

8. *Moventur*, quod exceptiones naturæ suæ 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 post biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Adhæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præf.* Illicita vero & iniqua exactio est si reus probare volens pecuniam sibi numeratam non esse non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere nisi quod prius ex biennio habuit; at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. C. eod.* ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest.

9. Sed procul dubio verius est debitorem nec probationem ultro offerentem 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, ceterum 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 proba-

bationem; nec novum hoc esset obligationis genus quod ex literis nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuae quod non est in ceteris quæ non sunt de pecunia mutua præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est ceterarum cautionum quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem literarum non nasci inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ nisi in probatione & fide faciendâ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit qui exceptionem perpetuam habeat, *ll. 66. & 112. de reg. jur.* Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In *lege 10. C. de non num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In *lege 8. C. eod.* scriptum est, eum qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *lege 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. *lib. 2. tit. περί διαφυγῆς. n. 4. ὁ λέγων ὅτι ἔ γέγονε ἀρbitrioις, ἢ μὴ ἐν τῷ διατίκῃ ἢ ἐπαχθῇ, ἢ διαμαρτυρεῖται πρὸς τὸν κτῆ, ἔδεικναι ἔχει δικαιολογίαν* (Qui dicit enumerationem factam non esse, nisi intra biennium contradixerit aut id protestatus fuerit, nullo juris remedio gaudet). Hoc amplius in *d. l. 14. §. 3.* illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori qui questus non est post biennium creditori agenti offerre iurjurandum; cum tamen alias recusatio iurjurandi judicialis adversus recusantem qui iuristam recusandi causam non habet pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. 38. de iurejur.* adeoque facilius admittenda sit iurjurandi delatio qua auctor testis & iudex in sua causa constituatur ut rem uno verbo transigere possit, quam proluxæ & adversus invitum susceptæ probationes, arg. *ll. 1. & 2. d. tit.* His accedit & textus in *lege ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam 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 querelâ, seu facta protestatione, *d. l. 14. §. ult.*

10. Argumenta quæ in contrarium afferuntur infirmiora sunt quam ut hanc 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 concurrat non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum à quo dolo decepti sumus ut promitteremus perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l. 2. §. 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.* Ant. Fab. *Cod. suo eod. tit. defin. 2.* Porro non est iniqua exactio ubi debitum petitur; nec iniquum, si rationem civilem expectamus, eum qui proprio chirographo se debere confessus est post silentium totius biennii hanc quasi contemti beneficii juris poenam 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 biennii totum admittit; at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis sed maxime exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. C. d. tit.* ergo lapsus biennii utrumque admittit; quod & expressum est in *ll. 8. 9. & 14. C. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Joann. Fab. *hic*, alique nonnulli citati à Fachin. *2. contr. 81.* eaque nunc Neotericis ferre probatur. Duar. ad *d. tit. Cod. cap. 4.* Don. ad *d. l. 8. n. 21. & seqq.* Fachin. *d. loc.* Wesemb. *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 literis, sed ex stipulatu; ceterum eandem vim & pro

reo & contra eum habebit quæ futura esset sine stipulatione, l. 9. C. de non num. pecun. §. 2. Inst. inf. de except.

11. Ne ultra biennii metas] Tempus intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus 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. maj. In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum, l. ult. & aut. seq. C. de dot. caut. non num. Datur querela & exceptio, seu replicatio potius, non numeratæ pecuniæ etiam creditori apochâ confesso 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. C. de non num. pec. VINN.

Moribus nunc receptum est ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitor sine probatione, & creditor qui contendit numeratam esse pecuniam actionem suam probare cogatur; post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens, ceterum hac conditione ut ipse exceptionem probeat secundum sententiam Accursii & aliorum quos supra allegavit auctor. Vid. Pichard. hic. Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Ant. Fab. in suo Cod. tit. de non num. pec. defin. ult. Beneficio autem & exceptioni non numeratæ pecuniæ potest debitor renunciare, & plerumque ita moris est in instrumentis & cautionibus: quo pacto debitor hujus exceptionis beneficio non amplius uti potest per text. expres. in leg. 9. tit. 1. Part. 5. ibi: *Ca entonces non se podria amparar por esta raxon, si este renunciamento atal fuesse escrito en la carta.* Debitorem tamen etiamsi renuntiaverit intra biennium audiendum esse, dummodo onus probandi in se suscipiat, tradit Pichard. in summ. ad hunc tit. ADDIT.

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 ceteræ 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 suis titulis expli-

cabuntur. VINN. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, emphyteuticus contractus; qui cum olim inter emtionem-venditionem & locationem-conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est à Zenone Imp. l. 1. C. de jur. emph. HEIN.

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emtionibus-venditionibus, locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi quia neque scripturâ neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam 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
al-

alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet; cum aliqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

- 1 Quibus modis consensus declaratur.
2 Obligationum ex consensu pinguorem esse naturam quam obligationis verborum.

Nequē scripturā] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum ad quam constituendam scriptura requiritur. Ceterum nec obligationes quæ re aut verbis contrahuntur magis scripturam desiderant quam eæ quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpe adhibetur, id eo fit ut facilius probari possit quod actum est; non quod ad substantiam contractus obligationisve constitutionem scriptura pertineat, l. 4. de fid. instr. l. 4. de pign. Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Gajo l. 2. de obl. & act.

Neque præsentia] Ut in conficienda stipulatione; nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac ne dari quidquam necesse est] Ut in mutuo commodato ceterisque contractibus in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

1. **Sed sufficit &c. consentire**] Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factive aliquo 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 relinquuntur nisi ex voluntate, l. 21. de legat. 3. Facta intelligimus ea omnia quibus intervenientibus præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsentem, nec tamen aperte consentiente; si pretium ex ea causa ac-

cepero, videbor ipse vendidisse, l. 12. de evict. Similia exempla habemus in l. 6. §. 2. l. 18. mandat.

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur: ex eo colligit Justinianus cum Gajo d. l. 2. de obl. & act. huiusmodi 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, commodati, missa per eum pecuniâ aut re. Similis collectio est in l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. emt.

2. **Alter alteri obligatur in id quod ex bono & æquo**] His verbis indicatur alia proprietas contractuum qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorē & pinguiorē 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 linguâ nuncupatum est, l. 99. de verb. obl. Non est vero hoc contractuum qui consensu sunt proprium quarto modo, sed ad cetera quoque iudicia bonæ fidei pertinet; nam in omnibus his placet tantum valere officium iudicis ex bono & æquo quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. l. 24. de pos. §. 30. Inst. infr. de action. Quamquam hoc loco & apud Gajum d. l. 2. de obl. & act. videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis iudiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra sub §. 28. Inst. de action.

TITULUS XXIV.

DE EMTIONE ET VENDITIONE.

Dig. lib. 18. & 19. tit. 1. Cod. lib. 4. tit. 38. & 40. Et lib. 3. for. legg. tit. 10. Part. 5. tit. 5. Recop. lib. 5. tit. 11.

1 Ratio ordinis. Emtionis origo & utilitas.

2 Emtionis definitio, cum explicatione singularium partium.

3 Summa hujus tituli.

1. **E**xplicaturus ordine contractus qui solo consensu perficiuntur, ordi-

tur ab emtione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima & ad vitam communis usum maxime necessaria, teste Paulo l. 1. *hoc tit.* ubi scribit, originem emendi vendendique à permutationibus coepisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre succurritur, causam esse quod nummus inventus & emtio introducta sit: quod etiam docet Aristor. 5. *Ethic.* 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse *ὁπάρμαγμα τῆς χρείας* succedaneum & *οἷον ἐγγυεῖται*, quasi sponso-rem futuræ indigentiae.

2. Emtio-venditio est contractus quo id agitur ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emtio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emtione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus à quo pecunia est emtio dicitur, ille emtor; 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, aliud emtor aliud venditor, l. 1. in fin. *hoc tit.* l. 1. pr. de rer. permut. Nam quod dicitur in lege 19. *et seq. de act. emt.* Veteres in emtione & venditione, sicut in locatione & conductio- ne, his appellationibus promiscue usos esse: id non hoc significat, usos esse unâ pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos unâ, puta vel sola appellatione emtionis, 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, emtionem esse contractum mutuae præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur præter consensum ad perficiendam emtionem nihil desiderari; cetera vero insunt generi; nullus enim contractus est ex iis qui consensu fiunt, qui non sit *διπλευρος* (*bilateralis*) bonæ fidei, juris gentium, nominatus; nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, hæc non pertinent, quia non sunt contractus. De ceteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res quæ traditur

in hoc contractu dicitur merx; pecunia quæ pro re datur pretium, d. l. 1. §. 1. *sub fin. hoc tit.* Igitur circa hæc duo consensus in emtione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emtori: ex quibus substantia emtionis æstimanda & definienda fuit.

3. Justinianus hoc titulo explicat quomodo contractus emtionis & venditionis perficiatur, tum sine scriptura, tum etiam cum convenit ut per scripturam fieret; inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confuse. Postremo de rebus quarum venditio non consistit.

TEXTUS.

De emtione pura. De pretii conventionione, arrhis, & scriptura.

Emtio-venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit; nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emtionis-venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emtionibus-venditionibus quæ sine scriptura consistunt obtinere oportet; nam nihil à nobis in hujusmodi emtionibus-venditionibus innovatum est. In iis autem quæ scripturâ conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem-emptionem constituimus, nisi & instrumenta emtionis 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, & pœnitentie locus est, & potest emtor vel venditor sine pœna recedere ab emtione-venditione. Ita tamen impune 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 emtor perdit quod dedit; si vero venditor duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

LL. 6. & 7. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando emtio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem.
- 2 Re certa vendita diversam esse emtoris & 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 prædicto casu præcise teneri 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 scripturâ fieri placuit pro perfecto habeatur.*
- 12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licet arrhæ intervenerint.*
- 13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

1. **U**T primum de re & pretio convenit emtio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text. Itaque in contractibus qui consensu perficiuntur distinguenda perfectio contractus à consummatione sive implemento. Emtionem-venditionem perficit solus consensus de re & pretio; consummat rei traditio & pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis.

2. Simul atque autem emtio perfecta est nascitur utrimque obligatio, teneturque emtor actione ex vendito ut nummos quos pretii nomine pro re vendita promisit solvat; venditor actione ex emto ut rem venditam tradat emtori, tit. π. & C. de act. emt. Est vero præstatio hæc emtoris & venditoris non-nihil diversa. Emtor enim nummos quos pretii nomine præstat venditoris facere cogitur; venditor vero tantum vacuum rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emtorem dominum; si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat; neque enim cogitur venditor dominium rei in emtorem transferre, sed satisfacit obligationi si præstet habere licere, l. 11. §. 2. l. 30. de act. emt. l. 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm. Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediat. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emtorem

transferendum, tantumdem tamen consequitur emtor tradita rei vacuæ possessione, & evictione re evicta præstita. At vero pretii, 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. 45. §. 1. de leg. 1. l. 29. §. pen. de legat. 3. l. 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. per. n. 7.

3. Illud non satis expeditum est, utrum venditor si potestatem tradendi habeat rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emtoris interest defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus (teste Saliceto in l. 4. C. de act. emt.), censuerunt venditorem etiam tum cum facultatem tradendi habet non posse præcise compelli ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiant Alciat. ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. Duar. de in lit. fur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. emt. Fachin. 2. contr. 30. Gœdd. de contr. stip. cap. 9. n. 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. cap. 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.

4. Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt. (1) In obligationibus faciendi ita in universum jus est ut debitor liberetur solvendo id quod interest, l. 13. §. ult. de re jud. l. 72. pr. ver. Celsus de verb. obl. at talis est obligatio quæ tenetur venditor, arg. l. 28. d. l. 72. eod. tit. (2) Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur in id quod interest agi, venditorem non tradentem quanti intersit condemnari, ll. 1. & 11. §. 9. l. 12. de act. emt. l. 10. quib. mod. pign. solv. (3) Hoc amplius diserte scriptum est in lege 4. C. de act. emt. etiam tum venditorem quanti emtoris interest condemnandum, cum procaciâ 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 emtori quod interest persolvere, l. 17. C. de fid. instr. Ce-

terum contraria opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo: nimirum, venditorem cui potestas tradendi sit teneri actione ex emto ut rem ipsam tradat, nec solvendo emtori id quod ejus interest obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. 72. de verb. obl.* item Bart. & Castr. ad *d. l. 1. de aff. emt.* Bald. in *d. l. 17. C. de fid. instr. n. 14.* Salic. in *d. l. 4. C. de aff. emt.* Alex. Dec. Jas. ad *l. 9. si cert. pet.* ex modernis Gomez 2. *resol. 10. n. 22.* Oldend. *class. 4. aff. 1.* Moz. *col. 4. de natur. emt. n. 26. & seqq.* Ant. Fab. 6. *conject. 17.* qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error 4.* sed in *Cod. suo tit. de pass. defin. 11.* refert, senatum Sabaudiae secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuens. *decid. 214.* Soar. in *thesib. recept. sent. lit. V. Venditor si facultatem.* Pinell. in *l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25.*

6. Fundamenta hujus sententiae potissima sunt: (1) Rei aequitas, cui minime convenire videtur ut emtor praecise teneatur pretium solvere venditor autem contra non teneatur rem tradere: ut emtor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit; denique ut propter fraudem venditoris fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis, emtor probationi difficillimae ejus quod interest, quod & ad exiguum summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. praet. adstrin-gatur.* (2) Quod responsum est, tum non posse agi ut venditor rem tradat, cum (quod multis modis accidere potest) tradendi facultatem non habet, *l. 68. §. 1. hoc tit.* Hinc enim à contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet agi posse ut tradat. (3) Rescriptum Imp. in *l. 6. C. de resc. vend.* Unde sic recte inferitur: Si emtor duplo pretii sibi oblato ab emtione recedere non cogitur; igitur nec oblata praestatione ejus quod interest, utpote cujus aestimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quae pro eo quod int. prof.* (4) Probatur haec sententia omnibus iis juris locis in quibus traditur venditorem oportere in primis ipsam rem praestare: obligatum esse ut praestet rem habere licere: quod absque traditione possessionis fieri non potest, *ll. 2. 3. & 11. §. 2. & 30. in fin. de aff. emt. l. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* (5) Adhuc apertius legibus 46. & 50. de *aff. emt.* quarum in altera scriptum est venditorem compelli rem tradere; in altera

cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum, aliud id quod interest praestare, *l. 17. C. de fid. instr.* (6) Apertissime loco Pauli 1. *sent. 13.* ubi sic scribit: *Si id quod emtum est neque tradatur neque man-cipetur: venditor cogi potest ut tradat aut man-cipet.* (7) Idem confirmat textus in *§. 1. hoc tit.* ubi Justinianus expresse ait, *emtione per-fecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse*; item alter in *§. 2. Inst. sup. de donat.* ubi eandem traditionis necessitatem quae 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 posset venditor (si jure publico ei concessum esset rem venditam quam tradere potest non tradere, modo pati velit se condemnari in id quod emtoris interest) non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de heredit. vend. l. 10. C. de aff. emt.*

7. Ad argumenta dissentientium non quaeram operosas responsiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturae, factaque nuda & simplicia seu quae in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire tabulam pingere insulam fieri fossam fodere, similia esse iis quae in rei alicujus praestatione & juris possessionis translatione consistunt, quale est ejus qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quae multum interesse alii recte docent, arg. *l. 52. §. 1. de verb. obl. l. 98. §. 6. de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi quae ut quis faciat cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ut homini libero vis fiat, placet in his debitorem non praecise ad faciendum quod promisit obligari, immo factum haecenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti numquam 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 quamdam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id quod interest, cujus jam praestandi necessitatem debitor evitare & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestaram, *ll. 14. 72. 84. & 91. §. 3. de verb. obl.* At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur ut tradentis factum aliquid interveniat, quam ut in eum cui res tradi-

debet possessio transferatur; quod si factio ejus ipsius qui ad tradendum obligatus est non fiat, iudicis auctoritate poterit possessio avocari atque in eum cui res tradi debuerat transferri, per. l. 6. de rei vind. Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis quæ subjicimus. Obligationes in quibus nudi facti præstatio versatur incertæ sunt, l. 75. §. 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. d. tit. id est, certæ rei præstationem cum translatione domini aut juris usucapiendi, l. 80. §. 3. hoc tit. ll. 3. 11. §. 2. & 30. §. 1. de act. emt. Ponamus ergo rem aliquam mihi pure venditam esse: hic dubium non est quin eam ipsam rem quam emi petere à venditore possim, & vel confestim vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam iudicem 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 faciundo ante litem contestatam liberetur, l. 84. de verb. obl. Quamobrem non minus vere quam eleganter mihi scribere videtur Fayius in suppl. ad Connan. lib. 7. cap. ult. si factum quod in conventionem deductum est in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur: id magis pro datione quam facto habendum esse, arg. l. 52. §. 1. junct. l. 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 recte intuleris 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 dece-

pti sunt contrariæ sententiæ auctores quod existimaverunt obligationem qua tenetur venditor esse alternativam, in qua constat electionem esse debitoris, arg. l. 17. C. de fid. instr. Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio sed successive, ut scilicet teneatur in id quod emtoris interest si contractum implere id est rem tradere nequeat. Nam perfectio 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. 21. ad leg. Corn. de fals. aut certe stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse, l. 3. §. 1. stellionat. Plane si dolo aut frustratione venditoris fiat quominus res tradatur, potest emtor ultro omnia petitione rei agere ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem sed arbitratu iudicis: quo pertinet species legis 4. C. de act. emt. & in hanc quoque sententiam tandem concessit Bachov. not. in paratit. Wesemb. tit. de act. emt. VINN. Quæ hic prolixè admodum disputat Vinnius maximam partem vera, sed supervacua sunt. Contraria enim sententia niti- tur præjudicata opinione, eum qui factum nudum promittit liberari præstando id quod interest; cum tamen leges 72. de verb. obl. 13. §. ult. de re jud. 71. §. 2. ff. de cond. & dem. & 2. ff. de lib. hom. exhib. non dicant promittentis in arbitrio esse factumne an id quod interest præstare malit, sed stipulantem optionem habere factum exigere an id quod interest petere malit. Vid. Cujac. ad l. 72. ff. de verb. obl. Coras. miscell. lib. 11. cap. 3. Huber. prælect. ad Inst. hoc tit. §. 5. & quem honoris causâ nomino celeberrimus Thomasius diss. sing. an qui factum promissit liberetur præstando id quod interest. HEIN.

8. Argumentum est emtionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emtore solet; sed quod ita datur datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emtio non perficiatur, l. 35. pr. hoc tit. Datur autem arrha vel simpliciter ut sit argumentum duntaxat & probatio emtionis contractæ, veluti si annullus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecuniâ, l. 11. §. 6. de act. emt. l. ult. de leg. commiss. Cum arrha tantum ut symbolum data est, impleta emtione, id est re tradita & pretio numerato, restituenda est

emtori ; utilisque in eam rem est actio ex emto , aut conditio sine causa , *d. l. 11. §. 6. de act. emt.* cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii nihilque repetitur, sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.* Utroque autem hoc casu evenit, ut si postea placuerit emtionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est emtor repetere possit, vel actione ex emto, vel etiam conditione sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. emt. junct. l. 2. C. quand. lic. ab emt. disc.* Et cum ergo utroque casu etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emtione recedi possit, apparet donatione arrharum neutrum rem desinere esse integram; constanter enim traditum est solo consensu licet mutuo ab emtione & similibus contractibus recedi non posse nisi adhuc res sit integra, *l. 58. ff. de pact. ll. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc. §. ult. Inst. inf. quib. mod. toll. obl.*

9. Quando igitur res integra esse desinit ut solo consensu ab emtione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitum est eorum quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l. 58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emtorem pretium aut partem pretii, *dd. ll. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. 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 arrhæ data in argumentum contractus res sic integra maneat ut vel uni liceat invito altero ab emtione discedere, emtori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius. VINN. Duplicem hunc Doctorum errorem, si error dicendus est, confirmavit *lex 7. tit. 5. Part. 5. ADDIT.*

In his autem quæ scripturâ perficiuntur] Potest contractus emtionis ex voluntate & conventionem partium aliam naturam adsciscere quàm est ea quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit; cum absque tali conventionem foret ut nudo & simplici consensu aut alias sine scriptura perficeretur, nam non in emtione solum sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione

quæ non excedit 500. solidos &c. *l. 17. C. de fid. instr.*

10. 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 contractibus 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 Justinianus in *d. l. 17. C. de fid. instr.* Consentit Gloss. hic Castr. in *d. l. 17.* Sichard. *ibid. n. 3.* Quæ etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi aut paulo ante contractum petierint ut calamus afferretur, ut accerceretur 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. *Cod. suo de testib. defin. 23. & de fid. instr. defin. 14.* quamquam dissentit Salic. in *d. l. 17. & nonnulli alii quos allegat; & ut causæ serviat probare videtur D. Dekher. lib. 2. dissert. 13. n. 3.* At vero si, quod sæpe fit, post contractum initum & conclusionem negotii instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius quam in scriptis initus contractus dicitur. 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. Inst. 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 dumtaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est ad probationem potius quam ad validitatem actus scripturam intervenisse, cum actus talis est qui sine scriptura potest subsistere, *l. 4. de*

de pign. l. 4. ff. de fid. instr. l. 12. C. eod. & ibi Baldus; ut jure communi magis quam speciali contrahentes usi videantur, l. 30. de reb. auct. jud. poss. alias l. 15. de priv. cred. Ant. Fab. dd. loc. DD. comm. in. d. l. 17. C. de fid. instr. Christin. vol. 3. decis. 29. n. 15. & seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.

11. Nisi & instrumenta emtionis] Quoties placet negotium scripturâ confici, non antè id pro perfectò habetur, quam in scripturam redactum est instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura; sufficit ad completionem instrumenti propria contrahentium manu id perscriptum esse; modo ne quod scriptum est pro prima scheda & delectitia 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, puta 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. 17. C. de fid. instr. De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri soleant vid. Covarr. præf. quest. 20. Wesemb. parat. de fid. instr. Althus. lib. 3. cap. 24. n. 13. seqq. cum ibi citatis.

Donec aliquid deest poenitentia 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 poenitentia locus est, licetque alterutri à negotio quod institutum est sine poena discedere. Ceterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem adhuc sine mutuo consensu recedi posse; sed emtorem consilium mutantem quod dedit amittere, venditorem ejus quod accepit duplum restituere, d. l. 17. C. de fid. instr. & hoc text.

12. Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit] Id est, celebrari cœpta sit: quam esse mentem Justiniani ex eo intelligitur, quod ante dixit poenitentia locus esse quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum

contractus est perfectus & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, poenitentia locus non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani d. l. 17. C. de fid. instr. id elucet clarius, verb. super facienda emtione: item, non præcedente contractu, item, qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est: quæ omnia manifeste ostendunt, nec arhis datis poenitentia locus esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis hoc non convenire cum eo quod arhæ dicuntur esse argumentum emtionis contractæ; ex eo enim sequitur arhas non dari nisi contractu jam perfecto. Respons. Verum est arhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere; ceterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emtione ei qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba d. l. 17. & 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 alius facile prævertat, nec venditori liceat impune recedere.

13. Concedunt omnes, si sine arrhis emtio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu non posse; ceterum si arrhæ intervenerint, putant plerique etiam tunc locum poenitentia dari cum contractus jam perfectus est, & posse; adhuc ab eo discedi hac conditione; si emtor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententiâ, obligationi semel constitutæ renunciare invito adversario non licere? l. 5. C. de obl. & act. Atque hoc vel maxime valet in contractu emtionis venditionis, l. 58. ff. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc. usque adeo ut constitutum sit nec ex rescripto Principis ab emtione jure perfecta recedi posse, l. 3. C. de res. vend. Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum intervenus, sed magis firmat; quoniam arrhæ non dantur firmandæ emtionis causa, sed confirmandæ; dantur enim tunc in hoc ut sint argumentum emtionis jam contractæ, hoc text. & l. 35. de contr. emt. Jam vero absurdissimum est id quod ad confirmationem contractus

Etus datur ad eversionem ejus flecti; & omnino falsum est quod pro defensione contrariae sententiae affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emtione 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 cavet aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per leg. 15. §. 3. ff. de precar. 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 praedd. legum; locum autem non habet in pluribus cautionibus quibus quis sibi privatim prospicit; hoc enim cum fit, posterior cautio praecedentem obligationem magis confirmat, l. 4. §. 5. de re jud. l. 28. de act. emt. Et sic etiam fit in proposito; nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex emto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joann. Fab. hic. Cyn. & Bart. in d. l. 17. C. de fid. instr. certius confirmant Oldendorp. class. 4. act. 2. Wesemb. parat. n. 9. Don. ad d. l. 17. n. 12. & seqq. Diod. Tulden. ad tit. Cod. quand. lic. ab emt. disc. n. 2. Christin. vol. 3. decis. 70. n. 2. & consuetudine receptam testatur Busius ad l. 35. in fin. de contr. emt. VINN. Contrariam tamen sententiam apud nos obtinere discimus ex l. 7. tit. 5. Part. 5. & apertius ex l. 2. tit. 10. lib. 3. for. legg. Adesius Gregor. Lop. ad d. l. 7. gloss. 1. ADDIT.

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam emtionem perficere, aut stare placito emtionis & venditionis futurae: quod ex iis quae praecedunt perspicuum est. Adimplere igitur hic positum pro perficere: ut contra, perficere contractum dixit pro implere; d. l. 17. circa med. Ceterum cum proprie & distincte loqui volumus, emtionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium, impleri harum rerum praestatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii & rei venditae traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. Pretium autem constitui oportet; nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet; alioqui si inter aliquos ita convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit tanti sit emta, inter Veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio, Quanti ille aestimaverit: sub hac conditione staret contractus, ut si quidem ille qui nominatus est pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emtore quidem ex emto actione, venditore ex vendito agente. Si autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nibilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.

LL. 1. & 9. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Emtionis substantiam ex pretio consistere; & quid inde.
- 2 Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur.
- 3 Emtionem non contrahi cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est, secus si arbitrio certa personae.
- 4 Quid si res vendita sit in pretio quod duo periti à partibus eligendi constituent.
- 5 Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.
- 6 Explicatur lex 24. in pr. locat. & alia quaedam observatu digna notantur.

1. Q Uemadmodum sine re quae veneat nulla emtio intelligitur, l. 8. de contr. emt. ita nec sine pretio quod vicissim praestetur emtio esse potest, l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. 72. de contr. emt. ubi Papinianus ait, emtionis substantiam consistere ex pretio. Itaque non valet emtio quae donationis causa contrahitur, ll. 36. & 38. eod. aut cum dicis causa praetextu pretii quae sito res venditur uno nummo, l. 46. locat. quae

quæ non vera sed imaginaria venditio est, l. 55. d. l. 38. de contr. emt. l. 16. de reg. jur. Plane si non id actum sit ut totum pretium condonetur, sed res viliori pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extrâ quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, d. l. 38. In pretio duo desiderantur: unum, ut id certum sit; alterum, ut consensuatur in pecunia numerata. De priorè tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

2. *Certum esse pretium debet*] Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est emtio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emtam quanti postea estimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt Doctores comm. inde resultare contractum innominatum: quam sententiam probat Fachin. 2. contr. 1. Busius in l. 1. de rer. permut. contra Pinell. par. 2. rubr. de resc. vend. Gomez 2. res. 2. n. 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: *quantum tu emisti, quantum pretii 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. de contr. emt. Bene Justinianus, *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem licet apud nos incerta sint*, §. pen. Inst. sup. de verb. obl. Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit emta justo pretio*, aut *eo pretio quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justii pretii modus incertus est; quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili formâ 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. Tuldano comm. hic cap. 5. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carniarum 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 cer-

to 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 emtio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censi deberet; nec incertum videri cujus definitio pendeat à tali arbitrio quod uno & perpetuo tempore constet. Alii id negare, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum estimatione communi non ex affectu singulorum funguntur, l. 63. ad leg. Falc. Fuere denique qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc questionem Justinianus hoc §. & l. ult. C. de contr. emt. ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo, *Fundus ille tibi emtus est quanti Titius estimaverit*: hac conditione staret emtio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille qui nominatus est vel noluerit pretium definire vel non potuerit, forte jam mortuus: tum emtio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, l. 35. §. 1. de contr. emt. ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit utrum debeant an non debeant, l. 7. in pr. ff. eod. l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pinell. d. part. 2. cap. 1. n. 6. Gomez d. resol. 2. n. 16.

Quanti ille estimaverit] Arbitrator scilicet nominatim electus; nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emtionem non contrahi, uti nec locationem mercede in alienum arbitrium indefinite collata, l. 25. pr. locat. veluti, *fundus tibi emtus est quanti alii estimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, arg. d. l. ult. C. hoc tit. Pinell. d. loc. tit. n. 5.

4. Quid vero si emtio facta proponatur eo pretio quantum constituent duo periti eligendi alter ab emtore alter à venditore? Consequens est superioribus ut dicamus emtionem non valere; quoniam ne hic quidem certa persona designatur, adeoque eadem hic incertitudo est quam habet designatio justii pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio; nam & hæc sic interpretaremur, ut

eligeretur aliquis qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum qui pretium statueret aut justii pretii modum. Quin fieri etiam potest ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant; neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem. Non obstat *lex 16. §. ult. de pign.* nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. n. 6.* contra Fachin. 2. *controv. 1.* & sententiam communem disputat D. Tuldenus *comm. hic cap. 5.* communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimum inter mercatores viget. Paul. Bus. in *lege 1. n. 8. de rer. perm.*

5. *Omnimodo secundum ejus æstimationem*] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani, *l. ult. C. de contr. emt.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit quam valet, dicendum est valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens ferre 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 arbitri per judicem corrigitur, instituta actione pro socio, *l. 78. & seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumtus in contractu emtionis aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud petat: poterit judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam, *ex bona fide.* Ita DD. *comm. hic & d. l. ult. C. de contr. emt.* Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justii pretii non excedat; nam ad eam quæ excedit rescindendam speciale remedium competit, *l. 2. C. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet nisi cum re adhuc integra agitur ex emto 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 justii pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissoris, *d. l. 2. C. de resc. vend. add. Ba-*

chov. comm. hic, & D. Tulden. cap. 9.

Pro nibilo esse venditionem] Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri; idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet non esse recedendum a persona ejus cujus arbitrium insertum est, *l. 43. de verb. obl.*

6. Neque hic obstat, quod scriptum est 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 constituta mercede pro opera, & sic contractu 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 est contrahentibus permisum 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. de contr. emt. 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. ff. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus] *Diff. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Justiniani; quæ & hoc §. repetuntur, ad Gajum in *l. 25. pr. locat.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat. Differentia emtionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse posset valde querebatur: 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*

quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emtionem - venditionem contrahi; eamque speciem emtionis - venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Νῆες δ' ἐκ Λήμνιοις παρέσθαισι οἶνον ἄγασαι:::
 Ἐνθεὶς ἀγ' ἐνὶ ξοῖτο καρχομίωρτες Ἀχαιοί,
 Ἀλλοὶ μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' ἔδιδαν σιδῆρω,
 Ἀλλοὶ δ' ἐμνέϊς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βίεσσιν,
 Ἀλλοὶ δ' ἀνδραπέδεσσιν.

Hoc est

*Adveſta 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.*

Diversæ scholæ auctores contrā sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emtionem-venditionem; alioqui non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse; nam utramque videri, & venisse & pretii 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.

COMMENTARIUS.

- 1 Summa disputationis Pauli in l. 1. hoc tit.
- 2 Pretium in alia re quam pecuniâ numerata constitui non posse ex sententia Proculi.
- 3 Excutuntur argumenta quibus Sabinus probare conatus est permutatione rerum emtionem contrahi.
- 4 Usus pecuniæ signatæ per antiquum esse.
- 5 Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstravit emtionem & permutationem plane diversa esse.
- 6 Defenditur Sabini & Casii sententia.

1. **A**ntiquissima ratio commutandi in ut lia cum utilibus & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum quod non semper concurrebat ut quod alter ha-

beret alter desideraret; alterum, quod esti concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res ceteræ æstimarentur & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est; coeperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata viscissim dato: quod genus commercii emtio - venditio appellatur; & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in l. 1. de contr. emt. & 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 utrimque intervenientibus emtionem fieri ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit, hoc text. l. 1. §. 1. de contr. emt. l. 1. ff. 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 solum dari potest, contractu non mutato, l. 9. C. de resc. vend. quippe circa formam & distinctionem contractuum initium non exitum spectamus, l. 1. §. 13. depos.

3. 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 quoque emtionem-venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento: Si emtio - venditio jam tam in usu erat cum nondum esset nummus, nihil obstat quominus & post repositos nummos sine iis consistat &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui lib. 7. Iliad. v. 467. 472. refert Græcos vinum ex Lemno adveſtum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, hibus, mancipiis, utens verbo ἐνέσθαι, quod est οἶνον ἀνέσθαι vinum emere, mercari. Aliam locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac sententia facit Paulus lege l. 1. §. 1. hoc tit. subministrat ex libro 1. Odys. circa fin. v. 430.

Τῆς ποτὲ Λαίρτης πύλοιο πρεδέρει ἐοῖσι.
 id est, quam (Euricleam ancillam) olim Laërtes emerat possessionibus suis. Nervæ vero & Proculi contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emtionis - venditionis à permutatione multum differre, quibus etiam ceteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Casii ex Homero non putabant

bant esse magni ponderis. Nam verbum *ἐμίσθηναι* esse ambiguum, quod pro subiecta materia & ad permutationem accommodari possit, & ideo apud Poëtam *d. loc.* ad permutationem potius quam ad emtionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l. 1. §. 1. de contr. emt.* Illa quidem,

πρὸς τὸ πρᾶξαι τὸν ἐμίσθηναι, Sabini opinionem magis juvant; nam verbum *ἐμίσθηναι* proprietate & vi sua non potest ad alium contractum quam ad emtionem referri; & tamen emtio ista sine nummis facta est, si ve verba Homeri sic interpretere, *emit possessionibus aut facultatibus suis*, id est, *de suis*; sive, ut alii, *emit & emtam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio *ἐκ*: quoniam mox subicit Poëta, pretium datum esse viginti bouum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum emtionem ibi revera contractam fuisse; quippe cum Poëta dum metro serviunt verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Insienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur emtionem - venditionem non esse nisi nummi intervenerint, etiam si dictum sit me fundo meo emisse fundum tuum; & ideo Plinius *lib. 33. cap. 1.* ex Homero eandem rerum permutationem referens quæ hic memoratur improprie loqui credendus est cum dicit, Græcos *vinum* emitasse *coriis bouum* &c.

4. Illud ex antiquis historiis adeoque ex ipsa Historia Mosis *Genes. cap. 23. & 24. cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecunie antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib. 7. cap. 26.* scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longe recentior fuisse fertur. Strabo *lib. 8.*

5. *Diversæ scholæ auctores contrā* Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant pretium rei venditæ in alia re consistere posse quam in pecunia numerata, dicebantque emtionem - venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic vero illi argumentabantur. In contractu emtionis - venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium & mercem; sicut enim aliud est emere aliud vendere alius emtor alius venditor: ita & aliud pretium aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest uter emtor,

uter venditor sit: ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, *l. 1. §. 1. in fin. de contr. emt. 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. ff. de rer. perm.* duas alias inter emtionem & permutationem differentias notat: (1) quod venditor non cogitur rem emtoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit nihil venditorem debere. At in permutatione utrumque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l. 1. pr. junct. §. 3. de rer. perm.* (2) quod in emtione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur; in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, *§. 2. ejusdem legis* congruit *lex 3. C. eod.* Sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus Puto eos versus significari quos Paul. *l. 1. §. 1. de contr. emt.* citat ex *lib. 6. Illiad. 3. v. 25.* ubi Poëta refert, Glaucum centum bouum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis arma novem bouum. 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.

6. *Validioribus rationibus* Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emtionis 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 pecuniâ signata; alioqui emtionem non esse sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo, Proculique & Nervæ sententia speciose disputantur. Ceterum, si quod res est fateri & libere philosophari volumus, verior est illa Sabini & Casii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emtionis - venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emtore; pretium à merce distinguebatur; atque hoc tum ex rebus

bus ipsis quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendæ permutabat erat venditor; qui alienæ habendæ emtor. *Æs*, ferrum, aurum, argentum rude pro pretio erant; sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum quod e Lemno in castra Achæorum advehebatur merx erat; qui advehebant venditores, Achæi autem emtores: pretium quo vinum sibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves &c. Dydimus in Homer. *οἰσιζοιτο δῖος, ἀνδρῶτο* (vinum comparabant, emebant). Laërtes emtor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poëta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum *ἑκατόμβοια* id est: illum centum, hunc novem bubus æstinabilia arma, hunc *ἑννέμβοια* habuisse. Quod si negamus permutationem Veteribus usitatam venditionis & emtionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt, emtorem, venditorem, mercem, pretium, *ὥντι, πράσι, ὄνοι, φόρτοι*? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emtores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud quod in *ἀντιδόσει* (in compensatione) detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis Veteribus etiam nota, ab emtione & venditione plane diversa, & in qua nullo modo discerni potest uter emtor uter venditor sit, utrum pretium utrum merx: nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emtam velit, sed cum ea incidere ut huic res alterius illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint: veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis proprie *ἀμοιβή*, Gallis *troq*, Batavis *rupling*, appellatur: quibus verbis emtionis & venditionis nomina minime conveniunt. Fusius in hanc sententiam disserit D. Salmasius lib. de *jur. cap. 13.* & tanto iudice in hac quæstione vincit Schola Cassii & Sabini. VINN. Speciosa hæc magis quam solida. In permutatione affectio magis regnabat; in emtione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi qua omnium rerum quantitas moralis æstimaretur. Permuta-

tabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel *ἀμοιβή* recte Proculus emtionem-venditionem dici posse negabat, cum hic nullum esset verum pretium nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimantur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur: ex. gr. si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat: hic porro vini quantitatē eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat: facta sane permutatione harum mercium dici potest emtionem-venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

TEXTUS.

De periculo & commodo rei venditæ.

3. Cum autem emtio-venditio contracta sit (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit; aut ades tota vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aque aut arboribus turbine defectis longe minor aut deterior esse cœperit: emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emtoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet cuius periculum est. Quod si fugerit homo qui venit aut surreptus fuerit, ita ut neque dolo neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor suscepit. Sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem & in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utrique tamen vindicationem rei & conditionem exhibere debet emtori; quia sane qui nondum rem emtori tradidit adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

L. ult. tit. 10. lib. 3. for. legg. & ll.
23. & 24. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Summa juris constituti de periculo & commo-
modo rei venditæ.
- 2 Quando emptio perfecta intelligatur, ex quo
de periculo & commo modo statuendum.
- 3 Periculi nomine plerumque quidem etiam casum
fortuitum intelligi, sed non semper.
- 5 Quid si res vendita quæ pondere, numero,
mensurâ constet.
- 5 Quid si vinum quod venit 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 per-
tinere.
- 8 Occurritur argumentis auctorum contrariæ sen-
tentia, & explicatur lex 33. locat.
- 9 Venditorem levis dumtaxat culpæ non etiam
levissimæ nomine teneri, nisi custodiam
rei in se suscepit.
- 10 Cur vindictio rei & ceteræ actiones hic
memoratæ ante traditionem emptori non com-
petant, sed à venditore ei præstandæ.

1. **I**ntroducitur hoc loco quæstio de periculo & commo modo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditorem an ad emptorem. Quæstio insignis & quæ separatim propriis tit. π. & C. explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est: placet simul atque emptio perfecta est licet res nondum tradita sit, omne commo modo & vicissim omne periculum atque incommo modo rei quod sine facto venditoris contingit emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, ll. 7. & 8. de per. & comm. rei vend. ll. 1. 4. pen. & ult. C. eod. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 5. §. ult. de resc. vend. cum similibus & hoc text.

2. Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur; tunc enim sciemus cujus periculum aut commo modo 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 rite 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 emptio compelli potest, de quo uberius explicatum est in princ. hujus tit. Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur cum impleta fuerit conditio, ll. 7. & 37. de contr. empt. d. l. 8. de peric. & commo. Itaque ubi pure res venit statim periculum & commo modo ad emptorem respicit; ubi sub conditione cum conditio extiterit; nam si defecerit conditio nulla est emptio; pendente autem conditione quod damnum aut commo modo contingit ad venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc exret, licet casu aliquo deterior facta, placeat hoc damnum emptoris esse. Distinctio tradita in d. l. 8. ff. de peric. & commo. rei vend. facit l. 10. eod. l. 5. C. eod.

3. Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, ll. 4. & 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. & pen. de præscr. verb. l. 12. cum 2. seqq. ff. de peric. & commo. l. 1. C. de commo. l. 9. C. de pign. act. sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur in qua culpam præstamus, & maxime levissimam, non etiam casum improvisum, l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 30. locat. l. 25. pro soc. l. 14. §. 16. de furt. l. 1. §. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab. & passim hæc phrases occurrunt, periculum custodiæ subire, periculo culpæ, negligentia subfieri, adstringi, illigari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. caup. l. 39. §. 12. & l. 40. de adm. tut. d. l. 1. §. 35. depos.

4. In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus quæ pondere numero mensurâ constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quæ in ceteris, ita ut simul atque de pretio convenerit videatur perfecta venditio; modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utique ratione periculi) quam si admensæ appensæ adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum uno pretio seu aversione venierit idem juris sit quod in ceteris rebus, perfecta que emptio intelligatur statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos medios frumenti, in singulas libras argenti certum pretium diceretur, non prius, quan-

quantum ad periculum, perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratae admensae appensae sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in l. 35. §. 5. ff. de contr. emt. l. 2. C. de per. & commod. rei vend. Ergo si quod damnum rei venditae interea contigerit, ad venditorem non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, l. 1. ff. de peric. & commod. d. l. 2. C. eod.

5. Quid autem dicimus si vinum 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 recte dicitur, cum singulatim emptae sunt certae vini amphorae, perfectaue venditio est. Cui convenit quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi; gustum enim ad id tantum proficere ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat quantum ematur, l. 34. §. 5. de contr. emt. Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est, periculum qualitatis, puta acoris aut mucoris non minus quam substantiae spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit & male probaverit, jam tunc forte acida aut mucida: de se queri debebit, nec eo solo praetextu quod nondum perfecta sit emptio ea improbare postea poterit quae semel probavit, l. 15. de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. 35. §. 4. & 5. de contr. emt. & ad l. 1. ff. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend. Gomez 2. variar. resol. cap. 2. n. 32. Afflict. decis. 280. n. 4. & decis. 399. Ant. Capuc. decis. Neap. 14. eleganter Ant. Fab. Cod. suo de per. & commod. rei vend. de fin. 1. Christin. vol. 3. decis. 74. Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus.

6. Ceterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventionem 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, ll. 1. & 10. de per. & commod. rei vend. quippe contractus ex conventionem legem accipiunt, l. 23. de reg. jur. Praeterea regulam secundum quam periculum 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 praestet, l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur. Pertinet huc species legis 12. junct. lege 14. in pr. de peric. & commod. Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque ut periculo rei venditae etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, ll. 4. & ult. C. eod. Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, l. 17. d. tit. estque hoc jus commune omnium debitorum, l. 5. de reb. cred. ll. 13. & 91. §. 3. de verb. obl.

7. Periculum rei venditae ad emptorem statim pertinet] Hoc constanter à Veteribus traditum est, cum omnibus illis locis quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut l. 10. §. 1. l. 11. de per. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. 4. de in diem addit. l. 31. de aff. emt. l. ult. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. 9. & seq. quod vi aut clam. l. 39. de solut. efficiturque etiam his rationibus: (1) quoniam casus fortuiti nullo bonae fidei iudicio praestantur, l. 6. C. de pign. aff. immo in universum nullo iudicio, l. 23. de reg. jur. (2) quia ex natura contractuum qui utriusque gratia fiunt venditor non nisi dolum & culpam in re vendita praestat, l. 5. §. 2. commod. (3) quia omnes debitorum certae rei liberantur si ea res sine culpa eorum perierit, l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. 4) quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturae regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem &c.

8. Obijcit tamen huic sententiae lex 9. C. de pign. aff. 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: quae ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fateamur, eadem ratione dicendum videtur rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, hoc §. in fin. Respondeo, male ex d. lege 9. generaliter colligitur rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino si idem dominus sit & creditor in ea res; 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 recte 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. oblig. 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 numquam: 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 lege 33. locat. turbavit summos viros Cujac, tradit. 8. de African. Borcholt. Vultejum hic, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris paratiunt & decuerint periculum rei venditæ usque dum tradita sit ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus, Si fundus venditur, prius quam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenetur venditor ex emto ut pretium restituat. Igitur in specie illic proposita res proprie non perit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit tenetur venditor actiones suas emtori præstare, l. 14. pr. de furt. & in calce hujus §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu d. legis 33. culpâ sua inanes: ob hoc ipsum damnandus est, l. 35. §. 4. de contr. emt. utique ut pretium restituat, d. l. 33. Recte autem Doctores statuunt in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuriâ judicis id factum sit: tamen contraria præsumtio est; deberque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emtori, l. 51. de evict. Ceterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hætenus saltem teneri venditorem ut pretium restituat, non etiam ut id præstet si quid pluris emtoris intersit, ut fit cum res judicio evicta est, ll. 60. & 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 tantumdem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu legis 33. ff. locat. exprimit Africanus. Nec

enim culpâ venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici causâ. Rectius credideris fundum nullo venditoris merito, sola belli injuriâ publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. Eclog. 1. necnon in l. 11. ff. de evict. & l. 15. de rei vind. Hoc casu enim nulla nec naturalis nec civilis ratio est cur injuria venditori facta ejus personam egredi & emtori nocere debeat. Rem expedit vir cl. Ger. Noodt. comm. ad Pand. lib. 18. tit. 6. p. 416. seq. tom. 11. op. HEIN.

Commodum ejus esse debet cujus periculum est] Secundum naturam est comoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda, l. 10. de reg. jur. Proinde cum omne incommodum rei venditæ quod post perfectam venditionem contingit ad emtorem pertineat, justum & æquum est ut vicissim ex eo tempore comoda quoque rei omnia emtorem sequantur, l. 7. ff. de per. & commod. rei vend. l. 1. C. eod. veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, hoc text. & d. l. 7. item foetus pecudum, partus ancillarum, l. pen. C. de act. emt. l. 8. ff. de evict. fructus etiam jam mutari, l. 13. §. 10. l. 25. ff. de act. emt. l. 13. C. eod. mercedes ex operis aut vecturis, pensiones ex locatione, d. l. 13. §. 13. de act. emt. add. Don. ad l. 1. C. de per. & commod. rei vend. Gomez 2. res. 2. n. 11. Covarr. 1. resol. 15. & Christin. vol. 3. decis. 74.

Quod si fugerit homo &c.] Non tantum si res vendita perierit aut deterior facta sit damnum emtoris est; verum etiam si ex potesteta venditoris exierit ut tradere eam non possit: veluti si fugerit homo aut aliud animal quod venit, aut res quælibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet ut si culpâ venditoris tale quid evenit venditoris detrimentum sit; si culpâ venditor careat emtoris, l. 35. §. 4. de contr. emt. l. 31. de act. emt. & hoc text.

9. An custodiam ejus usque ad traditionem] In contrahibus in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emtio venditio, præstatur dolus & culpa, l. 2. §. 2. comm. ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit securus esse debet, d. l. 35. §. 4. hoc tit. Non obstat lex 2. in fin. aut lex 4. de peric. & commod. quia ibi tractatur de rebus quæ pondere numero mensurâ constant venditis, in quibus non semper nu-

nudus consensus venditionem perficit, l. 1. §. 1. de contr. emt. d. l. 35. §. 5. eod. Fusius hoc jam ante explicui. At enimvero speciali conventionē arctius venditor obligari potest, puta ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem quam natura contractus desiderat, l. 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* (exactissimam) custodiam majorem quam natura contractus desiderat: fac. l. 40. loc.

10. Si non suscepit securus est.] Suscepta rei venditæ custodiâ nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem; non susceptâ excusatur si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, l. 35. §. 4. de contr. emt. l. 31. de act. emt. Intellige, hætenus ut cum eo agi ex emto non possit ut rem tradat, aut solvat interesse; nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem &c.] Quamvis venditor, cujus dolo aut culpâ, aut in casu custodiæ susceptæ levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hætenus securus sit ut conveniri actione emto non possit, ut rem tradat, aut præstet interesse: nihilominus tamen tenetur ut actiones quas habet emtori cedat, atque in eum transferat, d. l. 35. §. 4. de contr. emt. l. 31. de act. emt. l. 14. pr. l. 80. de furt. & hoc text. ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, conditio, actio furti, & damni injuriæ dati.

Vindicationem & conditionem.] Conditionem intellige furtivam, quæ venditori datur cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit quam domino, ut videbimus inf. §. 1. Inst. de act. & §. ult. de obl. quæ ex del. & hæc causa est quod emtori in proposito competere non possunt; quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est.] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, d. l. 14. pr. de furt. l. 50. de rei vind. adeoque in universum ita jus est ut non nudis pactis aut contractibus sed traditionibus dominia rerum transferantur, l. 20. C. de pact. Quinimmo etsi res emtori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit ante-

quam ei satisfactum sit, l. 19. de contr. emt. §. 41. Inst. sup. de rer. div. ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione.] Non solum conditio re vendita ante traditionem furto ablata venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti; non quod hæc actio soli domino detur, sed quia rem non emtori sed venditori surreptam 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 emtori debet, d. l. 14. pr. l. 80. de furt. Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit & emtori cedenda est. De damno injuriæ dato agitur inf. lib. 4. Inst. tit. 3.

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. Emptio tam sub conditione quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti, Si Stichus intra certum diem tibi placuerit erit tibi emptus aureis tot.

L. 70. & seqq. Tauri.

COMMENTARIUS.

- 1 Emptionem contractam sub hac conditione, si res emtori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinite ita contractam, si emtori placebit; & cur tam varie.
- 2 De retractu conventionali & legitimo. Remissive.
- 3 In diem additio & lex commissoria quomodo transigantur.

1. **C**ontractuum omnium hoc commune est, ut non pure tantum sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio, si res intra certum diem placuerit, non temere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit; in venditione autem frequens est; nemo enim facile 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 emtori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum

sum est; sed obligatio conditione suspenditur: quæ conditio in arbitrium emtoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emtio perfecta & obligatio constituta sit; sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placeat hujusmodi emtionem non valere, *Quanti voles*; vel, *Si placebit* habebis emtum, l. 35. de contr. emt. l. 13. C. eod. ita enim totus contractus confertur in meram & liberam nulloque tempore circumscriptam voluntatem emtoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emtoris utrum obligetur necne, l. 7. de contr. emt. At in casu nostro arbitrium emtoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde, quod his formulis, *Quanti voles*, *Si placebit*, in arbitrio & voluntate emtoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, d. l. 35. §. 1. & d. l. 13. In casu autem hic proposito ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emtori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate dumtaxat, puta bonitate, colore, sapore aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationemve arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez 2. var. resol. 2. n. 19. Porro ut sub conditione emtio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest ut sub conditione resolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub tit. C. de pact. int. emt. & vend. Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur ut si intra certum tempus displicuerit liceat reddere, l. 3. de contr. emt. l. 6. C. de resc. vend. l. 4. C. de edil. edict. adeoque valet etiam conventio ut in perpetuum redhibitio fiat; quippe qua conventionem non perfectio contractus à voluntate suspenditur emtoris, sed resolutio, l. 31. §. 22. de edil. edict. Gomez d. loc. & n. in fin.

2. Ejusdem generis est & pactum de retrovendendo, ut venditori heredive ejus quancumque vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, l. 2. C. de pact. int. emt. & vend. & ibi DD. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur: nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. VINN. De legitimo retractu, quibus apud nos personis competat,

in quas res, & quibus in locis, disserit Gomez ad leg. 70. & seqq. Tauri, & passim scribentes ad dict. leges Tauri & ad tit. 11. lib. 5. Recop. ADDIT.

3. Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur tit. in π . additio in diem, & lex commissoria. Additio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi quis intra Calendas Januarias 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 in emta, l. 2. & pass. de leg. comm. Utrouque isto modo pure contrahitur emtio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud diserte placuerit: veluti si in additione id factum est ut perficeretur emtio nisi melior conditio offeratur; tunc enim emtio conditionalis est, l. 2. de in diem add. ll. 1. & 2. de leg. comm. Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emtione rei quæ non est in commercio.

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 emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est si hominem liberum pro servo emerit.*

L. 15. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum venditio recte fiat, aut secus.*
2. *Quid juris si uterque aut alteruter qualitem rei ignoraverit.*

Sine re quæ veneat emtio intelligi non potest, l. 8. de contr. emt. Res hæc ut plurimum certa est; nonnumquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, d. l. 8. l. 78. §. ult. eod. cui non absimilis est quasi alex emtio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur: in quo genere quod capitur emtoris commodum est, etiamsi decuplo plu-

pluris sit quam pretium constitutum ; si nihil indicerit , emtor pretium constitutum nihilo minus præstare cogitur , quia spei emtio est , *d. l. 8. §. 1. de contr. emt. l. 12. de aff. emt.*

1. Omnium autem rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest venditio recte fit , quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exemerunt , earum rerum nulla venditio est , *l. 34. §. 1. de contr. emt.* Ratio perspicua est , quoniam in venditione hoc agitur ut dominium transferatur , *l. 80. §. ult. eod. & utique saltem ad hoc obligatur venditor ut præstet rem habere licere , atque ut usucapiendi conditionem in emtorem 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 recte deducuntur , quam quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt , *§. 2. Inst. sup. de inut. stip.*

2. *Frustra quis sciens emit*] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret , aut si solus emtor sciat rem quæ venit non esse in commercio , emtio plane nulla est , *ll. 6. 34. §. 2. & 70. de contr. emt.* Sed & talis emtio liberi hominis improbata est , *cum servus erit* , quamvis enim res futuræ emi possunt , tamen fas non est hujusmodi casus spectari , *d. l. 34. §. 2. vid. sup. d. §. 2. de inut. stip.* Illud queritur , an si emtor sciverit qualitatem rei , venditori ignoraverit , pretium solutum condici possit ? Bartolus in *lege 46. de fidejuss.* putat condici posse , arg. *l. 11. §. ult. de aff. emt.*

quod etiam placet Gomez *2. resol. n. 50. contra Angel. & Fabian. de Monte.* Quid juris sit si res vendita aut pars ejus sit consumpta , puta domus vel tota vel ex parte combusta , docet Jurisconsultus in *lege 57. per tot. de contr. emt.*

Deceptus à venditore &c.] Si locus sacer , religiosus , publicus , aliave res cujus commercium non est , pro profana aut privata ignoranti vendatur , placet emtionem contrahi , *l. 4. eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret , sive ille sciat , emtor ignoret solus , *l. 70. eod.* Ceterum explicandum hoc est ex Modestino in *lege 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emtionem ut res ipsa debeatur , aut emtor possit agere ex emto ut eam habere tenere liceat , cum res quæ extra commercium est haberi possideri nequeat ; sed hætenus tantum ut si venditor sciverit qualitatem rei , emtor ignorans possit adversus venditorem ex emto 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 possit ; neque enim actio de dolo hic desideratur , cum sufficiat ex emto ; quippe qua cum res ipsa præstari nequit , emtor in id quod sua interest experiri potest , *ll. 1. & 11. §. 9. de aff. emt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit , æquum est hætenus saltem eum teneri ut pretium quod accipit restituat , arg. *d. l. 11. §. ult. de aff. emt. l. 33. locat.*

TITULUS XXV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. lib. 19. tit. 2. Cod. lib. 4. tit. 65. & lib. 11. tit. 70. Et Part. 5. tit. 8.

Continuatio. Quid sit locatio in quibus differat ab emtione. 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 emtione venditione ; ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus quod id agitur ut pro usu alicujus rei aut ope-

ra personæ certa merces præstetur. Itaque inter emtionem & locationem hæc differentia est & quidem principalis , quod in emtione id agitur ut dominium transferatur , id est ut res tota cum omni jure ad emtorem transeat ; in locatione ut dumtaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur , quod emtio titulus perpetuus esse

esse solet, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud locatorem remanet, l. 39. *hoc tit.* verum etiam possessio; & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. *Inst. infr. de interd. l. 9. de rei vind. l. 3. §. 12. l. 9. de adq. poss. passim* & alibi. Unde constitutum est ut si conductor finito tempore conditionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam neſtens, tamquam in vaſor 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 solæ, etiam incorporales, ut usufructus & habitatio, §. 1. & §. 5. *Inst. sup. de usu & habit. servitutis* tamen prædii nulla locatio est, l. 44. *hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hætenus ut conductor ignoranti locator obligetur in id quod interest si dominus conductorem frui non patiatur, l. 7. & 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 aliquò vehere, l. 5. §. 2. *de præscr. verb.* At, verbi causa, servum manumittere tale factum non est quod mercede æstimeretur; & ideo si tibi decem dem ut servum manumittas non est locatio; d. l. 5. §. 2. cui accedit 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. 19. §. 1. *de præscr. verb.* Operæ agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur non merces sed remuneratio & honorarium: & ideo Veteres crediderunt cum tali persona locationem-conductionem non esse, l. 1. *si mens. fals. mod. dix.* De opera advocati, medici, ceterisque qui ingenio, eloquio, fide, gratiâ operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emtionis & locationis. De mercedis conventionione.

Locatio-conductio proxima est emtioni-venditioni, iisque juris regulis consistit. Nam ut em-

tio-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.

L. 1. tit. 8. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Communia emtionis & locationis.*
- 2 *In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.*

1. **L**ocatio-conductio finitima est emtioni-venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, l. 2. *hoc tit.* Nam ut sine re quæ veneat nulla est emtio, ita sine re aut opera quæ locatur nulla intelligitur locatio: ut emtio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur si de usu rei & mercede convenerit (merces responderet pretio, facultas utendi rei dominio): quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis: sicut pretium emtionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ: ut nulla venditio est quæ donationis causâ fit, aut cum dicis gratiâ res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est quæ donationis instar inducit, l. 45. *hoc tit.* Ut illic ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur; nec dubitandum est quin beneficio legis 2. C. *de resc. vend.* etiam locus sit in locatione-conductione. DD. comm. in d. lege 2. Denique interdum propter similitudinem vix emtio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelliguntur.

Si merces constituta sit] Duplex hic indicatur convenientia locationis-conductionis cum emtione-venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est quod nuda 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 emtione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei quæ fit in emtione pretium dicitur; æstimatio usus rei quæ in locatione fit merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, l. 28. §. 2. l. 51. §. 1. l. 58. *pr.*

hoc

boc tit. l. ult. §. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de adq. poss. In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. 15. §. 4. l. 19. §. 1. & 6. l. 54. boc 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. *boc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emtione simul atque de pretio convenit emtori actio ex emto, venditori ex vendito competit, directæ utrinque: ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emtionis facile discerni potest uter emtor, 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.

2. 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, *l. 19. §. pen. l. 22. §. 2. l. 38. boc 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. 19. §. 7. d. l. 22. §. 2. l. 25. §. pen. & passim boc 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. lex 22. §. 2. boc tit. & d. lex 1. de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, ex. gr. si quis se erudiendum locet magistro aut artifice, vel vehendum aurigæ. *Ædium* conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel maniceps Veteribus dicitur. *Vinn.* Sæpe quis locator quisve conductor sit ex eo judicandum à quo contractus incipiat; quippe qui locare dicitur, vid. *l. 19. §. 9. junct. l. 22. ff. boc tit.* *Cujac. observ. lib. 2. cap. 28.* Si ne sic quidem res ad liquidum perducitur, actio-

Tom. II.

ne præscriptis verbis experiendum, *l. 1. §. 1. ff. de præscr. verb. HEIN.*

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

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 proprie locatio conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

L. 1. tit. 8. Part. 5.

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda]* Gloss. vet. λευκίνα, κιαπτία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l. 31. boc tit. l. 48. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. sin. ca. Plin. lib. 37. cap. 17.*

Non proprie locatio] Sed novum negotium à locatione separatim proprium nomen non habens; & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *ll. 1. 2. & 3. junct. l. 22. de præscr. verb.*

COMMENTARIUS.

1 Actio præscriptis verbis unde dicta.

SI alieno arbitrio pretium] Emtio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiiverit contractus ratus habeatur; sin minus nullius momenti sit, *l. 25. pr. ff. boc tit. l. ult. C. de contr. emt.* Huc accomodanda sunt quæ notavimus sub §. 1. præ. tit.

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emtionem 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 qui-

Cc

quidem gratis usus rei concedatur, commodatum est; si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio; si neutrum gratis fiat sed ex mercede quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio ut des*. Et ideo præscriptis verbis agendum est, l. 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. Instr. sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. infr. de mand.

1. *Actio præscriptis verbis*] Ad quam confugere necesse est quoties deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, l. 1. & 3. seqq. de præscr. verb. Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo quod præscriptis verbis rem gestam demonstrat, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in lege 6. C. de transact. ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subiecta est*, & *ex stipulatu actio competit*; aut *si omitta verborum obligatio est*, utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat danda est. Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, l. 1. & passim de præscr. verb. Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, l. 24. d. tit. Alia Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen certamque causam. Unde non opus erat ex iis acturis factum quod inter contrahentes intercesserat prolixè enarrare; sed sufficiebat modo genus contractus nominaretur: ex. gr. *Ajo te mihi ex mutuo dare centum oportere*. Prætori enim jam notum erat quale illud factum sit quod inter creditorem & debitorem intercadere soleat. Ast in contractibus innominatis factum erat enarrandum, ex. gr. *Ajo te mihi mercedem, de qua inter nos convenit, ob polita vestimenta tua dare oportere*. Hinc dicitur actio incerta, l. 6. C. de rer. permut. incerti, l. 7. §. 2. ff. de pact. in factum, l. 13. §. 1. l. 22. in fin. ff. de præscr. verb. & quia formulæ hujusmodi actionum à Jctis præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. Max. lib. 7. cap. 2. & Antiq. nostr. Rom. lib. 4. tit. 6. §. 32. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. Præterea sicut vulgo querebatur an per-

mutatis rebus emtio-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 unum, 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.

L. 1. tit. 8. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 Non magis pretium seu mercedem locationis quam pretium emtionis in alia re consistere quam in pecunia numerata.

2 Ad legem 21. C. hoc tit.

1. **E**Tiam hic locus pertinet ad ostendam affinitatem quæ locationi cum emtione intercedit. Quærebatur olim an rerum permutatione emtio-venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concessio contraheretur locatio-conductio. Placuit autem nec illic emtionem esse, quia pretium non intervenit; nec hic esse conductionem, quia non intercedit merces, l. 23. comm. divid. l. 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 emtionis nec merces locationis in alia re consistere potest quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem plane utriusque ratio. Utrumque 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. Jam vero constat res omnes æstimari pecuniâ: extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emtione res ipsa, in locatione usus rei; ratio exigere videtur ut non minus in hac quam in illa pretium nummarium inter-

reperire oporteat: quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *lege 23. comm. div.* scribit, si inter socios convenierit ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *lege 1. §. 9. de pos.* negat locationem esse ubi pecunia non datur. In *lege 5. §. 2. de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit hunc *lex 25. §. 6. hoc tit. junct. lege 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colonus vero qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit: ut in *lege 28. §. 2. l. 46. §. 2. §. 8. & passim hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles, etiam significari; nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l. 7. §. 3. de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur; apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam.

2. Unus maxime locus est qui Corasium *lib. 2. misc. 11. Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. rubr. cap. 3. n. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumibili consistere posse, videlicet *lege 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest: primum cum Saliceto proponi in *d. lege 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 fructuum 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 partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. 25. §. 6. hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo con-

tractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. 19. §. 3. l. 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. leg. 21.* pertinere. Etsi enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei: ex eo tamen non efficitur necessariò mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata; quippe non est novum ut quod postremum placuit solum exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto ad *leges 8. & 18. C. eod.* Ita sentiunt Gloss. Bart. & comm. Doctores in *d. l. 5. §. 2. de præscr. verb. & d. l. 21. C. hoc tit.* Gomez 2. *resol. 3. n. 3. Fachin. 1. contr. 82. Christin. vol. 3. decis. 109. n. 12.* ubi etiam arresto supremæ Curie Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic cap. 4.* cum D. Busio ad *d. 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. *animadvert. 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 convenierit tantum ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est, simile pacto permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse coepit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. 7. §. 2. & 4. ff. 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. Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est præscriptis verbis competit, *l. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum quæ recenset Paulus *l. 5. d. tit. Do ut des; Do, ut facias, Facio ut des, Facio ut facias,* ad postremum videtur species proposita pertinere.

De Emphyteusi.

3. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emtio-venditio, item locatio-conductio, ut in quibusdam causis queri soleat utrum emtio-venditio contrabatur, an locatio-conductio: ut ecce de prædiis quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive redditus pro bis domino præstetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus, cuius conductio heresve ejus id prædium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit alioue 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 passionibus fulciendam; & si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere ac si naturalis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure utimur.

L. 28. tit. 8. Part. 5. & vid. tit. 15. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

- 1 Contractus emphyteuticus quid; & cur dubitatum olim pro emtione-venditione, an pro locatione-conductione habenda esset.
- 2 Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in edibus consistat.
- 3 Jus emphyteuticum non ex tempore aestimari, sed ex eo quod actum est.
- 4 Falli qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.
- 5 Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem; & quanto tempore emphyteuta non soluto canone jure suo cadat; aliæque in foro agitata.
- 6 Qua conditione emphyteuta jus suum vendere aut aliter alienare possit.
- 7 Contractum emphyteuticum esse vetustissimum; & quid à Zenone acceperit.
- 8 An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria.

9 Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant.

10 An emphyteuta similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolite sterilitatis præstanda.

1. Sunt quedam negotia de quibus dubitatum fuit, utrum pro emtione-venditione, an pro locatione-conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus 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 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 heredem & in alium quenuis liceat transferre; unde etiam ei cui hoc jus constitutum est utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, l. 1. §. 1. si ager velt. 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 emtione & locatione distinctam.

2. De prædiis quæ traduntur perpetuo fruenda] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent propter sumtus 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; quamquam 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 ἐμψυτεύω, quod Latinis est, *insevo, implanto*. Dicuntur & agri vectigales à vectigali, id est pensione seu canone qui à possessoribus solvitur. Nam

vestigal quemlibet redditum significat. Cicero in *paradox.* 6. *Ex tenui meo vestigali aliquid etiam redundat.* Ceterum usu Veterum fere soli agri publici ista conditione locati vestigales appellantur, *l. 1. si ager vestig.* Quasitum 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 C. de sacros. Eccles. l. 15. §. 26. de damn. infect.* Ait, *perpetuò fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. C. de offic. com. Sac. Palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *ll. 1. & 3. C. de locat. præd. civil.* quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *l. ult. si ag. vestig. l. 1. §. 3. de superfic. VINN.* In jure nostro promiscue accipiuntur agri vestigales & emphyteutici, *rub. tit. si ag. vestig. id est emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vestigales erant Romanis omnes, etiam culti, publici qui hostibus crepti vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur constituto annuo vestigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum redditiibus ædes sartæ testæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vestigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digestorum paulo ante laudato agitur. *Vig. l. 1. ff. si ag. vestig. id est emphyt. pet.* Cum vero & agri inculti & novalæ hac lege locari solerent, hi speciatim dicti sunt emphyteutici; qui & in eo differebant à vestigalibus, quod cum his vestigal quod in frumento consistebat imponi soleret: hic pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. Ast postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari coeperant. Multa quæ ad agrorum vestigalium atque emphyteuticorum originem pertinent erudite ex Romanis Antiquitatibus explicavit vir cl. Petrus Burmann. *de vestigal. Pop. Rom. cap. 1. 2. & 3. HEIN.*

3. Ceterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventionione & ex eo quod actum est. *Wesemb. par. hic n. 8. D. Bronch. 2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. 39. hoc tit. D. Joann. à Sande lib. 3. tit. 6. defin. 10. circa fin.* Sane non est asserendum Cujacio, qui putat locationes om-

nes quæ lustrum egrediuntur constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est ei qui ad sex aut septem annos conduxit tribuere jus agendi in rem, & interdicto *uti possidetis*, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi: quæ omnia emphyteusis concessa esse constat.

4. Ait, *quæ traduntur.* Recte Interpretes statuunt, ante traditionem prædii 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, *l. 3. ff. de obl. & act. junct. l. 20. C. de pass.* adeoque perspicue falluntur qui existimant peculiare esse in hoc contractu ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus adquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emtione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

5. *Quamdiu pensio præstetur*] Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonemolvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem C. de sacros. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiassè caducitati videtur, per *legem pen. de leg. commiss.* Guid. Pap. *quest. 171. Clar. §. emphyteusis quest. 10. Anton. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 16. Perez in Cod. hoc tit. in fin. D. Grot. 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. quest. 10. Fachin. 1. contr. 29. Christin. vol. 3. decis. 122. n. 9.* Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, arg. *cap. ult. x. de locat. censet idem Clar. d. §.*

VINN. Celeri hac solutione purgari moram ex nostris tenet Pichard. *hic n. 54. & in disp. de moræ emendatione n. 100.* ADDIT. 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 solum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *legem 176. de reg. jur. l. 7. C. unde vi.* Vid. Clar. *d. §. quæst. 11. Sichar. d. loc. n. 16. Fachin. d. lib. 1. contr. 95.* Loci qui de expulsionem loquuntur, intelligendi de expulsionem legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib. 2. intr. 40. Corren. obs. 5. Mornac. ad leg. 2. C. de jur. emphyteut.*

6. *Vendiderit aut donaverit*] Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem; & vendendi quidem etiam cui velit, ceterum oblata prius domino emendi prærogativâ; alioqui jure suo cadit. Placet autem dominum extraneo emtori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantundem offerat, *l. 3. vers. sed ne hac C. 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 pretii fundi, in possessionem admittat juxta *d. l. 3. in fin. & ibi Jas. col. 14. & seq. Sichard. d. n. 19. & seq. Prolixius hæc executio lib. 2. select. quæst. cap. 2.* VINN. Vere ergo domino tantum competit jus *πρωιμύσσεως*; adeoque errant qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non potest dominus emphyteuseos; quamvis ei futura alienatio denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipse ne jure *πρωιμύσσεως* uti, an extraneo emtori fundum concedere malit. HEIN. Apud nos autem hæc obtinere docet Avendannius *resp. 13. n. 4. ductus auctoritate legis fin. tit. 8. Part. 5.* ADDIT.

7. *Lex Zenoniana lata est*] Zeno lege 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 ex emto aut conducto amplius ageretur. Unde Interpretes nostri inferunt contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum sed ratione hæc distingui oportet. Quidquid 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. tit. Inst. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus 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 *Gener. cap. 47. vers. 24. & seqq. Joseph. 2. Ant. Judaic. 4. Arist. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur emtioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventionem haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam quæ sub emtione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutens, detexit, ut disputat Coras. *1. misc. 21. n. 4.*

8. Plane si vera est communis Doctorum opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*), juri civili hic contractus adscribi potest; non utique mero sed mixto: arg. *leg. 6. de just. & jur.* 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; cujus alioqui fides decursu temporis ad quod extenditur vacillare potest, mortuis iis qui testes adfuerant. Connan *7. comm. 12. Perez Cod. hoc tit. n. 2.* Addant alii, perpetuum non esse quod duo ablativi absolute positi con-

conditionem contineant, seu, ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *Inst. sup. de testam. mil. l. 24. eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei ad cujusmodi contractum substantiam scripturam desiderari non sit credibile. VINN. Quidquid de jure civili sit, illud certum est communem opinionem approbari in *d. lege 28. tit. 8. Part. 5. ibi: E por escrito, cá de otra guisa non valdria.* Gregor. Lopez in gloss. ad dict. verba. ADDIT.

9. Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emtione & locatione nihil commune habere cœpisse; sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emtione & locatione, cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex emto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hæcenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra; & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. Joann. Fab. ad hunc S. circa fin. Jas. in l. 1. C. de jur. emphyt. n. 39. D. Præs. in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §. emphyteusis quest. 1. n. 2. Grot. 2. 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 ceteri contractus ex conventionem legem accipiunt, l. 23. de reg. jur. ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Justinianus, 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. Cujac. Ferret. & Hotom. legunt, ac si naturâ talis esset contractus: quomodo & Theophilum legisse ex paraphrasi apparet, & recte sanes τα γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνήματα φύσει διδόναι τοῖς συνάμαγμασι (quæ enim initio conventa sunt

naturam constituunt contractuum) Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.

10. Si quidem totius rei interitus] Nisi quid aliud nominatim cautum sit rei totius interitus ad dominium 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 in locatione pensio remittenda est, l. 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 dominii præstat. Plane si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit ut proportionem 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 inspicendum, quam natura & conditio negotii quod geritur. Clar. §. emphyteusis quest. 8. n. 7. & seq. Gail. 2. obs. 23. Ant. Fab. Cod. suo de jur. emphyt. defin. 36. Dissentiunt Fachin. 4. contr. 89. D. Tulden. in Cod. de jur. emphyt. n. 4.

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emtio-venditio an locatio-conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiae quidem emtionem-venditionem contrahi, operæ autem locationem-conductionem. Sed placuit tantum emtionem-venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constitutâ, dubium non est quin locatio-conductio sit.

COMMENTARIUS.

1 Cur dubitatum in hypothesis proposita, utrum emtio contraberetur, an locatio.

2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emtio & locatio dignoscantur.*

1. **A**fferre hic Justinianus aliud exemplum negotii quo dubitatum, emtio-venditio contraheretur, an locatio conductio: nimirum, si mihi cum artifice conveniret 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 emtionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem, propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur; operæ autem emtio 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 & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censer, tantumque emtionem-venditionem, l. 2. locat.

2. *Placuit tantum emtionem-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 emtionem-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 artificii ratio habeatur? Sic vero in universum habendum est: Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuem vel vas aliquod, aut annulos, vestem, regulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emtionem esse, atque emtionem solum; quoniam nulla potest esse locatio ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id fit, quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *lege 20. de contr. emt.* Cui sententiæ convenit quod Javolenus scribit *leg. 65. d. tit.* toties emtionem contractam intelligi, quoties materia in qua aliquid fit immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *lege 22. §. 1. locat.* ubi ait, cum insulam ædificandam loco, ut sua impensâ 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 insula fiat, substantia & materia in quam agit ar-

tifex à me proficiscitur, d. l. 20. in fin. neque materiam, tigna, camenta 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] *Dist. l. 2. l. 31. locat.* facit l. 34. in pr. vers. in artifice de aur. argent. mund. leg. Nam toties conductio aliqujus rei intelligitur, quoties materia in qua aliquid præstatur in eodem statu ejusdem manet, d. l. 65. de contr. emt.

TEXTUS.

Quid præstare debet conductor.

5. *Conductor omnia secundum legem conductiois facere debet, & si quid in lege prætermisum 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 amisit, de restituenda ea non tenebitur.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præstanda.*
- 2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam non etiam levissimam præstare.*
- 3 *Accurata ad ea quæ in contrarium disputantur responsio.*
- 4 *Exclusionem casus fortuiti non protinus induci præstationem culpe levissimæ.*

1. **A**gitur hoc §. de præstationibus quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspicere debere id quod ut præstaret conductor nominatim convenit: veluti si convenerit ut etiam si quid vi majore accidisset præstaretur; hic enim pacto standum esse Julianus respondit, l. 9. §. 2. locat. Similia exempla occurrunt in l. 11. §. 1. & ult. eod. estque commune hoc omnium judiciorum bonæ fidei, l. 11. de aff. emt. l. 23. de reg. jur. Quod si nihil convenit tunc ea præstanda esse quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum aut forte nihil cogitatum sit, ll. 24. & 25. §. 3. locat. §. 30. Inst. infr. de aff. unde post moram etiam usuræ tardius illatarum pen-

pensionum à conductore præstandæ, l. 54. ff. hoc tit. l. 17. C. eod.

Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, l. 7. §. 9. 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, ll. 40. 60. & 68. de contr. emt. l. 24. locat. l. 13. comm. præd. cum similibus.

Ex bono & equo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriore. Præterea villarum curam agere debet ut eas incorruptas habeat, d. l. 25. §. 3. locat. Inquilinus ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cauponam, l. 3. C. eod. Uterque ut pensiones suo quasque tempore solvat, d. l. 54. §. 1. locat. Ni ita se gerat conductor & pensionem præstet impune expelli potest, d. l. 54. §. 1. ff. locat. 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 posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est quod traditur in lege 25. §. pen. locat. At enim locatio-conductio est contractus ex eorum numero qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus dumtaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in lege 5. §. 2. commod. ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usus juris non alia quam levis culpa designatur, id est ea quæ mediæ diligentiae opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. Int. sup. quib. mod. re contr. oblig. & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus in quibus solius accipientis utilitas versatur; quæ plerumque est commodatum, Jurisconsultus dicto loco scribit, plus ab accipiente exigere quam cum utriusque commodum vertitur: nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam: quo significat, in eo contractus qui utriusque gratia fuit & commodatum discrepare, quod

Tem. II.

in illis dumtaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more Veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiae 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. 18. in fin. pr. commod.

2. Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissima culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigere extra specialem conventionem, ut in lege 40. locat. ut in re conductâ summam & exactissimam diligentiam præstet; sed securum eum esse oportere si adhüberint 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, l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. 31. in fin. locat. quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione assert regulam probatam in contractibus qui utriusque causa incuntur: ut culpæ nomine absolute posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissime hoc ipsum ostendit, lex 3. §. 1. naut. caup. stab. quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus quæ ex edicto est hoc nomine maxime commendat, quod in locato-conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstetur: edicto vero omnimodo qui recepit teneatur, etiamsi sine culpa ejus res perit aut damnum datum est, ita tamen ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsulti 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.

3. 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 & pæne modum excedens, sed media diligentia, quam

Dd

quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contratio positivus pro superlativo ponitur in legibus §. 5. §. commod. 25. §. 16. fam. ercisc. §. 2. Inst. sup. quib. mod. re contr. &c. quod apparet ex collatione legum 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. §. 1. Inst. inf. de obl. quæ quasi ex contr. Idem responderi potest ad legem 25. §. pen. locat. arg. d. l. 3. §. 1. naut. cap. stab. Nam quod alii respondent, casus esse speciales qui hic & in d. l. 25. §. pen. proponuntur, atque utroque loco agi de rebus quæ naturâ suâ quasi damno maxime obnoxie accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, arg. l. 1. §. 5. depos. admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ ceteris rebus curam aut curiosam custodiam minime requirunt; nec quilibet qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam quam natura contractus desiderat obligatur, d. l. 3. §. 1. naut. cap. 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. 13. §. 5. 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. Wesemb.

Et aliquo casu fortuito] L. 28. C. eod. Neque hoc proprium hujus judicii est sed commune omnium contractuum, l. 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act. Non obstat, quod alibi dicitur rem locatam esse periculo conductoris, l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 14. §. 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.

4. Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est culpam levissimam à conductore præstari; nihil enim frequentius est in jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus, insuper habito utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur necne: utpote quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit; in quo tamen mirifice variant & Interpretes & judicum sen-

tentiæ. Vid. Gail. 2. obs. 21. Menoch. de arb. jud. quest. 2. cas. 390. Mascard. lib. 2. de prob. in verb. incendium. Fach. 1. contr. 87. Moller. 4. semestr. 31. D. Talden. comm. in tit. de leg. Aquil. inf. cap. 8. Christin. vol. 3. decis. 112. n. 5. ubi plures citat, Assentior autem iis qui statunt inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia suâ in muniendo & custodiendo igne adhibita. Fach. & Moller. ad d. loc. l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de per. & comm. rei vend. de quo nos opulenti lib. 1. sel. quest. cap. 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.

L. 2. tit. 8. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Emptor non tenetur stare locationi facta à venditore.

Morte conductoris conductionem non expirare, sed heredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere certi juris est, l. 10. C. locat. & contrâ, nec morte locatoris expirat; quippe heres universi juris & onerum defuncti successor est, l. 37. de adq. hered. Ait autem Justinianus, heredem eodem jure in conductione succedere; & Gordianus in d. l. 10. C. locat. heredi quoque onus contractus incumbere: quibus verbis non hoc significant, heredes pro eo tempore quo contractus inter defunctum & superstitem stetit actione locati aut conducti teneri, quamquam etiam ita tenentur, l. 19. §. 8. ff. locat. l. 29. C. eod. quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, l. 26. pr. mand. l. 35. & seq. pro soc. in heredes transeunt; sed heredem 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. proxime sequentibus.

Par.

1. Particularis autem successor, emtor factæ ab auctore suo, l. 25. §. 1. l. 32. ff. aut legatarius, non tenetur stare locationi locat. l. 9. C. eod. l. 120. §. ult. ff. de legat. 1.

TITULUS XXVI.

DE SOCIETATE.

Dig. lib. 17. tit. 2. Cod. lib. 4. tit. 37. Et Part. 5. tit. 10.

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 gratiâ. Primum, ut sit societas necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrumque in commune conferatur societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causâ societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit lucrum ex re sua factum alteri commune esse qui de suo nihil conferat, l. 5. §. 2. *pro soc.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrumque, an illinc res hinc opera, an etiam opera utrumque ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest; nam & inter duos artifices societas coïri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint inter eos commune sit, ll. 59. & 71. *cod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantum rerum societas instituat; nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum; potest & negotiationis aliqujus quæ multas res partesque contineat; potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur ut fructus inde quæsi sint communes, §. *pr. hoc tit.* ll. 5. & 63. *pro soc.* Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas & consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, l. 52. §. 8. *cod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit non est societas. Itaque socii non sunt si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum donatio aut hereditas duobus communiter obvenierit; aut si res à duobus simul simpliciter emta sit, l. 31. *cum 3. seqq. cod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *add. ad Bart.* temperandum est, quod in *lege a. comm. div.* Jurisconsultus ait, rem quæ à

duobus pariter emta est cum societate communem esse: nempe si emta sit cum affectione & animo societatis; idemque præsupponendum in specie *legis 2. C. pro soc.* quamquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus *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 quem communio instituat ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt: massa quidem hæc communis est, §. 27. *Inst. supr. de rer. divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter emta est: fit illa quidem amborum voluntate communis. sed ut modo dixi citra societatem, *d. l. 31. pro soc.* Convenit inter aliquos ut lucrum non sit commune sed unius tantum socii: placet ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *d. l. 29. §. 2. cod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii, 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 intelligitur. Cum autem de communionem 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. & aff.* Nec adversatur quod scribit Modestinus *lege 4. pro soc.* posse societatem coïri re & verbis &c. Significat enim societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit verbis seu aperta conventionem an tacite re seu facto aliquo consensu

declaretur. Adde quæ ex Cujacio notat D. Goroſr. ad *d. legem*. Species ſocietatis ſumuntur à diverſitate materiæ; ac de eo hic primum agitur, deinde diſputatur de pactio- nibus circa partes lucri & damni; poſtremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis quibus diſſociamur.

TEXTUS.

Diviſio à materia.

Societatem coire ſolemus aut totorum bono- rum, quam Græci ſpecialiter κοινωνία appel- lant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei aut vini aut frumenti emendi vendendique.

L. 3. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Species ſocietatis ſubjectis diſtinctæ.
- 2 Quando univerſorum bonorum ſocietas con- tracta intelligatur, ejusque effecta.
- 3 Quæ bona communicentur ſi ſocietas ſimpli- citer coita ſit.
- 4 Peculiaria quedam in ſocietate omnium bo- norum.

1. **S**ocietatis diverſæ ſunt ſpecies & ef- fectibus & ſubjectis diſtinctæ, ut l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot ſeqq. l. 29. & paſſim locat. Imperator autem hoc loco id tantum videtur oſtendere voluiſ- ſe, aliam eſſe ſocietatem univerſalem, aliam particularem; ut vulgo diſtingui ſolet, quam- quam minus accurata ea poſitio eſt. Pin- guis à diverſitate ſubjecti ſocietas ita diſtri- bui poſteſt, 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 artificii, aut fundi in commune emti. In bonorum omnium ſo- cietate bona omnia præſentia, id eſt, quæ coëuntium ſunt tempore contractæ ſocietatis continuo communicantur l. 1. §. 1. l. 2. pro ſoc. actiones invicem ſunt cedendæ, l. 3. eod. quæ poſtea obveniunt judicio ſocietatis com- municanda, ll. 73. & 74. eod. & quidem etiam omnia, id eſt, tam ea quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera ſociorum quærantur, d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.

2. Hujusmodi autem ſocietas tunc tan- tum contracta intelligitur, cum nominatim & ſpecialiter omnium bonorum coita eſt, ad. ll. Interdum tamen evenit ut tacite quoque id actum videatur: veluti ſi fratres conſortes poſt mortem patris, bonis indiviſis, non pa- ternis tantum ſed etiam ceteris in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis vixerint, nec à ſe invicem ra- tiones umquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur; nam ſi tantum pa- ternæ hereditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid geſſerit ſibive habuerit: univerſalis ſocietas minime contra- cta videbitur, nec quod aliunde quæſitum eſt veniet in communionem l. 52. §. 6. ff. pro ſoc. l. 4. C. comm. utriusq. jud. Ant. Fab. Cod. ſuo hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic cap. 1. VINN. Moribus noſtris bonorum omnium communio & univerſalis ſocietas in- ter conjuges inducitur; quapropter lucra & damna conſtante matrimonio emergentia in- ter eos communicantur, l. 1. tit. 3. lib. 3. for. leg. & l. 2. cum ſeq. tit. 9. lib. 5. Recop. Quæ autem lucra communicanda inter con- juges ſint, & ad quæ bona hæc communio non pertineat, docent Expoſitores ad *dd. legg.* hujus autem loci non eſt investigare. ADDIT. Socii, quamvis univerſorum bonorum, quæ poſt contractam ſocietatem adquirunt, ſibi ad- quirant; tamen judicio ſocietatis ea cogun- tur communicare, & quæſita in commune re- digere, ll. 73. & 74. pro ſoc. Unde Paulus in *lege* 1. §. 1. eod. non ait, ſimpliciter inter ſocios omnium bonorum continuo comuni- cari res omnes, ſed res omnes que coëuntium ſunt, id eſt quæ tunc ſunt cum ſocietatem coëunt.

3. In ſocietate univerſorum quæ ex quæ- ſtu veniunt res coëuntium ſeu bona præ- ſentia non communicantur, ſed futura tan- tum, ſeu lucra poſtea obvenientia; neque tamen hæc omnia, ſed ea ſolummodo quæ ex quæſtu quotidiano, id eſt, ex opera & ne- gotatione cujuſque ſocii adquiruntur, puta lucrum quod ex emtione-venditione, loca- tione-conductione & ſimilibus commerciis, aut ex cauſa artificii descendit. Quæ vero alie- no beneficio obveniunt, qualia ſunt heredi- tas legatum donationes, ea extra hanc cau- ſam habentur, l. 7. & aliquot ſeqq. locat. Talis ſocietas contrahi intelligitur cum aliqui ſimpliciter ſocietatem coëunt, hoc eſt ſaltem dicunt ſibi placere ut inter ipſos ſocietas ſit ſine designatione rerum quarum ſocieta- tem

tem contrahi velint, *d. l. 7. pro soc.* Fallitur autem D. Bachovius dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeunt statim communicari; hoc enim non obscure pugnat cum *d. lege 7. pro soc.* Et *lex 1. §. 1. eod.* diserte 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.

4. In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuriâ coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. 52. §. ult. pro soc. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* Nec mirum, cum rursus omnia etiam quæ ex lucrativa causa obveniunt in communem sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honeste tamen & decenter, non profuse, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur: veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honeste & bona fide erogabit: *fac. l. 50. fam. erc.* Quid si filiam elocavit & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim societatis id commune onus esse, non solius patris, arg. *l. 19. de rit. nupt.* Roland. à Vall. *cons. 91.* Menoch. *2. de arb. jud. cap. 127.* Fach. *8. contr. 4.* Christin. *vol. 3. decis. 51. n. 9.* Gothofr. *ad l. 81. pro soc. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 27. tb. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap. 4.* 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? Immo 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. 17. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabitur societati; & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Plane feuda in hanc societatem non veniunt. Bald. & Præpos. *in cap. Imperialem de prob. feud. al. per Fred. & in cap. 1. de invest. de re al. fact.* Præs. Everch. *cons. 53.* In reliquis societatis id solum quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei cuius societas contracta est lucrum commune est, ex alia causa quæsitum ad communionem

non pertinet, *l. 52. §. 5. pro soc.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes hæc servari debent. Nec enim umquam dubium fuit quin valeat conventio si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem due partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.

LL. 3. & 4. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Summa disputationis hic propositæ.
- 2 Impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligis & reprehensi qui secus sentiunt.
- 3 Ubi partes expressæ, qualicumque collatio sit, conventionem servandam.

OMnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur quantum quisque & in lucro & in damno ferat.

1. 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 ommissa est eadem pars servari debet.

2. *Æquales scilicet partes*] Si partes expressæ non sint, id tacite actum intelligitur ut æquales sint, *l. 29. pr. pro soc.* quod sic vulgo & recte acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque quæ conferuntur sunt æqualia; ceterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus quod quisque contulit partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi 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 disputant, ut existiment etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacite factas intelligi, non considerato

eo quod quisque contulit: quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem dumtaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse videantur ut quisque damni & lucri tantundem haberet; scilicet jubente id etiam leges societatis atque amicitiae, quae ab aequalitate primum nata sit & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedamus, hoc tacite 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 aequius sit quam ut quisque pro ratione sortis quam in eam negotiationem contulit lucrum sentiat, *ll. 6. & 80. pro soc.* hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* *Εἰ χρημάτων κοινοία πλείω λαμβάνουσιν ἐκ συμβαλλόμενοι πλείω* (in communione bonorum plus accipiunt qui plus contulerunt). VINN. Plura ad legem 29. ff. pro soc. in hanc sententiam commentatus est vir clar. Ger. Noodt. *comment. in Pandect. p. 380. seq. tom. 2. op.* quem eximium Jureconsultum, dum haec scribo, ad superos excessisse non sine dolore audio. Mortuum saltem nemo dixerit qui tot egregiis operibus immortalem sibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit posteritati. HEIN.

3. Si expressae fuerint partes hae servari debent] Ac proinde etiam si inaequales servari placuerit in collatione aequali, pactio servanda erit; & contra si aequales servari placuerit in locatione inaequali. Itaque cum saepe non constet an aequalis utriusque aut rerum aut operum collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, recte fecerint si ipsi expresse partes societatis constituent. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur aliqua indigere cautione, de qua sub §. seq. Quod si societas ea conditione contracta sit ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. pro soc.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur; poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personae electae per judicium bonae fidei corrigi, *l. 76. cum 4. ll. seqq.*

Ut ad unum duae partes &c.] Hae conventio ut ad unum duae partes tam damni quam lucri pertineant ad alterum tertia, propter analogiam inaequalitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inaequa-

litatem habere videtur; quoniam incertum est lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit; neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inaequalibus.

2. De illa sane conventionione quasitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duae partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactiorem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia praevaluit) contra sensit; quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum 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 saepe opera alicujus pro pecunia valeat. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno nonteneatur, 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.

L. 4. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Sulpitium in casu hic proposito non tam improbase videri sententiam Mucii quam remperasse.
- 2 Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.
- 3 Notabilia quaedam circa casum quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.
- 4 Si convenerit ut unus lucri sit particeps, damni immunis; & de leonina societate.

1. **L**ucri duae partes, damni tertia] Difficulus in societate coeunda admissum est ut partes lucri & damni difformiter constituentur, veluti si convenerit ut unus lucri parte duas damni unam tantum, alter duas damni tertiam lucri ferat. Nam Q. Mucio haec conventio displicuit ut naturae societatis, quae aequalitatem desiderat, contraria; sed à Sulpitio admissa est, *l. 30. in*

in fin. pro soc. Cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera] Hæc ratio arguere videtur Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, 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 opera simul cum pecunia confert; immo justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucris 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 lege 29. pr. pro soc. Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam Interpret. comm. ad hunc §. & in d. l. 29. sequuntur. Gomez 2. var. resol. 5. n. 5. Wesemb. parat. hic n. 7. Christin. vol. 3. decis. 51.

2. Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, arg. legis 23. de reg. jur. modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. præced. 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 conveniret, partes inæquales juxta ea quæ dicta sunt constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. seq. & lex 30. in fin. pro soc. Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non possit expressa conventionem id effici; cum non plane tollatur lucris communio in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur atque emptio-venditio, l. 38. de contr. emt. 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. pro soc. Utut vero sit usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Wesemb. hic, & in par. d. loc. Add. Menoch. 2. de arb. jud. cas. 125.

3. *Ut alter pecuniam]* Etiam uno pecuniam altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, l. 1. C. pro soc. & quidem ita, ut hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera aliqujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. adf. 1. scen. 3.*

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

cui simile illud in lege 52. §. 2. eod. pretium operæ & artis est levamentum, id est, ἀνάμνημα (equipondium) Varro apud Non. amussis est, æquamen, levamentum. In codice Hetrusco præpostero litterarum 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. 29. §. 1. pro soc. Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Ceterum 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 impedit participes 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. 24. Covarr. 3. var. resol. 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud Interpretes in lege 1. C. pro soc. utrum in hoc genere societatis pecunia collata communice-

tur,

tur, necne; & 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. controv. 94. & 95. Christin. vol. 3. decis. 51. n. 4. & vol. 1. decis. 207. n. 8. & seqq.

4. *Lucri partem ferat, de damno non teneatur*] Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis 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. 29. §. 1. pro soc. 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 aliqui laturus fuerat qui in se damnum recepit. Ait Justinianus *lucri partem, diserte 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 Æopi de leone, asino, & vulpe. Vid. Desiderium nostrum in *Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum.] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum: hoc est, id demum pro lucro reputatur quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur nisi deducto omni lucro, l. 30. pro soc. Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, 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.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars*

fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero ommissa: in eo quoque quod prætermissum est eandem partem servari.

L. 3. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

QUæ partes in causa lucri aut damni in tantum definitæ sunt, eædem etiam in causa ommissa tacite definitæ 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. VINN. Idque etiam obtinet in societate conjugali, ubi sicut lucra ex quæstu provenientia communicantur, ita & damna. Quod si conjux lucris renuntiare voluerit, à damnis sive ab ære alieno à marito contracto erit immunis, l. 9. tit. 9. lib. 5. Recop. ADDIT. 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 censi tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. Bald. l. fin. C. de ind. viduit. toll. Jas. in l. 1. C. de injus voc. Christin. d. loc.

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur. De renuntiatione.

4. *Manet autem societas eosque donec in eodem consensu perseveraverint. At cum 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 heres esset relictus in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrificeret: cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrificiat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societ-*

cietatem acquiritur, soli conceditur.

L. 12. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renuntiatione societatem solvi, adeoque tunc etiam cum in perpetuum coita est.*
- 2 *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur.*
- 3 *Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat.*

Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure & suis quibusdam modis solvantur: quos Justinianus, quoniam ab iis modis quibus jure communi obligatio tollitur remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renuntiatione, morte, capitis minutione, egestate unius, l. 4. §. 1. l. 63. §. ult. *pro soc.* quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu] Tamdiu societas durat quamdiu consensus partium perseverat, l. 5. C. eod. Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. ult. *Inst. inf. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest: quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

1. *Cum aliquis renuntiaverit societati*] Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, l. 5. C. de obl. & aff. l. 3. C. de resc. vend. Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant & accipiunt; deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, l. 63. *pr. pro soc.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, l. 77. §. 20. *de legat. 2.* Adeo autem visum est ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio conveniret ut societas perpetuo dura-

Tom. II.

ret, aut ne liceret ab ea resilire invitis ceteris; tamen tale pactum tamquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, l. 70. *pro soc.* contemnere liceat, l. 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit *lege 1. eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat quam sine ulla temporis præfinitione aut donec socii 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 ceteris nuntiatur ut res suas sibi habeant atque agant d. l. 63. *in fin. eod.*

2. Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur: (1) novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, l. 65. *pr. eod.* quod etiam significat Ulpianus cum dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, d. l. 63. §. ult. (2) actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causâ, d. l. 65. *in pr. junct. §. pen. add. rei rei (iterum atque iterum)* Salic. *in l. 5. C. eod.* (3) cum separatim agere cœperint & sibi quisque negotiari, l. 46. *eod.* veluti si Typographi aliquot qui antea communibus sumtibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint & commune impendium facere desierint, tacite renuntiassent societati intelliguntur.

3. *Si quis callide renuntiaverit*] Quævis renuntiatio, quantumvis insidiosa, hætenus valet ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios; at ex contrario non qualibet renuntiantem liberat à sociis, sed ea solum quæ injuriâ caret. Injuriam autem renuntiatio habet non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic profertur; verum etiam quæ facta sit absenti quoad is scierit, l. 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 cœmetas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis intersit eam non dirimi. Qui sic renuntiat damni particeps, lucii expertus manet, d. l. 7. §. 1. l. 65. §. 3. §. 5. & 6. *eod.*

Veluti si totorum bonorum socius] Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hereditatem obvenientem renuntiat, ut & Jurisconsultus in d. l. 65. §. 3. quoniam ut commodum hereditatis uni

Et

ad-

adquisitæ 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 obvenit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur; quia nec dolum in eo admisit, d. l. 65. §. 3. *pro soc.*

Cui renuntiatum est] Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri quod post renuntiationem aliunde quæsit, renuntianti communicare tenetur; quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat, socios tamen liberat à renuntiante, d. l. 65. §. 3. *pro soc.*

TEXTUS.

De morte.

1. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, et si plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit.

L. 10. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Cur virum ut morte, & vel unius è pluribus, tota solvatur societas; & quò id pertineat. Et n. 3.

2. Ratam esse conventionem, ut mortuo uno inter superstites societas perseveret.

1. **E**TIAM morte unius socii societas solvitur, l. 4. §. 1. ll. 35. & 52. §. 9. ll. 59. & 63. §. ult. l. 65. §. 9. *pro soc.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi, quo placet heredem in eandem obligationem & idem jus quod defuncti fuit succedere, §. ult. *præc. tit. l. 37. de adq. her. l. 62. de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus; atque eadem ratione qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ quæ ad heredes non transeunt contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, qui societatem contrahit certam perso-

nam sibi eligit, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres in societatem succedat, d. l. 35. d. l. 59. *pro soc.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitatus socius efficiatur cum non vult, d. l. 65. §. 11. eod. Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admittæ; 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. 59. l. 63. §. 8. eod.

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 heredis defuncti, sed ita ut nec qui supersunt societati obligentur, d. l. 65. §. 9. *pro soc.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt; ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

2. *Nisi in coeunda 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. 65. §. 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat, ll. 35. & 52. §. 9. l. 59. eod. Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta: pactum quo placet heredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbat; & pactum quo inter plures societatem contrahentes cavetur ut uno mortuo inter superstites societas continuetur: quod valere, post Paulum in d. l. 65. §. 9. *pro soc.* tradit Justinianus *hic*.

3. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere ut heres socii 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 penderet, d. l. 35. & seq. d. l. 63. §. 8. d. l. 65. §. 9. *pro soc.* sed ut intelligamus heredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi quod ex ea societate esse possit in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. *Item si alicujus rei contracta societas sit & finis negotio impositus est, finitur societas.*

L. 10. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

SI societas certæ alicujus negotiationis causâ inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio imposito, id est, emto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d. l. 65. §. 10. d. l. 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. *Facit d. l. 65. §. 6.*

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrabi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur; nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

L. 10. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

QUOD Paulus *d. lege 65. §. 12. pro soc.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrabi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. 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 socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur; eoque pertinet quod dicitur in *d. lege 63. §. ult.* homines interire aut morte aut maxima & media capitis deminutione; sed & alia ratione ad sequens genus

referri potest. VINN. Atqui si obæratu bonis cedit, bona non publicantur sed venduntur; nec is pro mortuo habetur cujus substantia venit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatæ sunt. *Vid. l. 63. §. 10. l. 58. & 65. §. 1. & 2. ff. pro soc. HEIN.*

Alius succedat] Intellige fiscum qui bona damnatis ablata occupat & sibi vindicat, *l. ult. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex socii mole debiti pręgravatus 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.*

L. 10. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

POSTREMO etiam egestate unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. pro soc.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causâ, non magis bonis sublati societati locus esse potest, quam sublata personâ socii. 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. 65. §. 1. pro soc.* aut civitate unâ 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. Ceterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctior. 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 tantum contulit bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa speratam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant] Nihil prohibet cum

socio qui bonis cessit novare societatem; quippe qui cum civis maneat alia bona adquirere potest vel operis suis vel alieno beneficio, l. 6. de cess. bon.

TEXTUS.

De dolo & culpa á socio præstandis.

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, desidii atque negligentie nomine quesitum 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 assumit de se queri, sibi que hoc imputare debet.*

L. 7. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ seu negligentie nomine obligetur.*
2. *Ad quem diligentie gradum culpa in judicio societatis exigenda.*
3. *Nodus Gordius quem nectit lex 32. depos. solutus.*
4. *Fortior ratio, ob quam socius medie præstatione diligentie obstringitur, quam quæ hic in calce affertur.*

HÆc etiam sunt apud Gajum lege 72. pro soc. 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 gratiâ fiunt, 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 comprehendere nomine doli. Vid. sup. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

1. Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine dumtaxat sicut depositarius, an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligen-

tiam teneatur; quod tamen quesitum esse ait hic Justinianus, & ex Veteribus Ulpianus in l. 52. §. 2. eod. Illa sane dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi; si quidem hoc à culpa neminem excusare potest, sed tantum facit, ut culpa non æstimetur oppositu diligentie summi gradus: id est, ne præstetur culpa levissima, l. 25. §. 16. fam. ercisc. Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & d. lege 72. dicitur, is qui parum diligentem socium sibi adscivit, de se queri suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Gajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat depositarium dolum tantum non etiam culpam aut negligentiam præstare, §. pen. Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. 5. de oblig. & act. Verum iidem hoc loco, & d. l. 72. 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, & culpâ, 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 dolum 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. Ceterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas. VINN. Immo justissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quod levem culpam præstare debeat socius suadere videbatur natura contractus ad utriusque emolumentum comparati. Ast cum id contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque assumat, & si eum parum diligentem esse videat illum suas res habere jubere possit: nulla videbatur ratio cur socius eam à socio diligentiam exigeret quam diligentes patresfam. in rebus suis adhibere solent, cum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit & socium sibi retinuerit. Quare demum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet socius; sed non in abstracto, uti vocant, verum in concreto: id est, non talem præstet diligentiam qualem frugi patresfamilias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui lata culpâ reus est qui minus diligens est in rebus alienis quam in

in suis, *l. 32. ff. depos.* Id quidem verum in iis contractibus in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet quam adhibet paterfamilias diligens: lata profecto culpæ reus erit qui in alienis rebus ne ea quidem diligentia utitur qua utitur in suis. Plura eam in rem alibi diximus ad *tit. 2. lib. 17. ff. præcipue §. 247.* Vid. Huber. in *prælect. ad Inst. hoc tit. §. 7. HEIN.*

2. *Qualem suis rebus adhibere solet*] Dedicimus socium socio non modo eo nomine teneri si quid dolo commiserit, verum etiam nomine culpæ ac desidie; atque in hoc distare socium ab eo cui res custodienda data est seu depositario, qui dolum præstat duntaxat. Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentie culpa in iudicio societatis examinanda sit: quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus quæ utriusque utilitatem tangunt servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, 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 Gaji in *d. l. 72. pro soc.*

3. Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. 32. depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat quod Nerva dixit, latiore culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus quam dolum in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis quam in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur; inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit, quod socius præter dolum etiam culpam & diligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic modus expediri posse, quam

si dicamus, Jurisconsultos 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 & negligentie, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. 32. depos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic, Gajus in *d. l. 72.* item Paulus *l. 25. §. 16. famil. ercisc. l. 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; & merito, quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi paterfam. si quando is consuetam 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 aliena ab aliquo exigitur quam præstare solet in rebus propriis, arg. *d. l. 32. depos.*

4. *De se queri sibi que hoc imputare*] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per *l. 1. §. 5. de obl. & aff. & §. pen. Inst. 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 diligentie 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 quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.

TITULUS XXVII.
DE MANDATO.

Dig. lib. 17. tit. 1. Cod. lib. 4. tit. 35. Et l. 20. & seqq. tit. 12. Part. 5.

*Continuatio. Definitio mandati ejusque 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. Ajo 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. l. 12. §. 12. *hoc tit.* unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, l. 11. §. 2. *de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex literis credentiae vel commendatitiis in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit, vid. Gómez 2. *var. resol.* 13. n. 5. Christin. *vol. 3. decr.* 34. n. 6. Gloss. & DD. in *lege 7. C. hoc tit. l. 24. ff. de fidejuss. l. 12. §. 12. hoc tit.* Ajo 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, fidejussione. Cur dixerim *gratuito* exponam *inf. sub §. ult.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio; & qui suscepit susceptum consummare, & vicissim qui mandavit eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directæ, mandatario contraria: passim *π. & C. 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. cod.* Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari ut mihi credatur, l. 6. §. 2. l. 18. *cod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia, & affinia dein sequuntur.

TEXTUS.

Divisio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratiâ aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratiâ tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

L. 20. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Mandatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum aliud tacitum, l. 6. §. 2. l. 18. *hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale quod universa alicujus negotia continet, & speciale quod quædam aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale, simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub §. 42. *Inst. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt distinguï potest. Hic alia proponitur divisio sumpta à fine, eaque quinquepartita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratiâ, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena: quæ eadem extat apud Gajum l. 2. *hoc tit.* unde etiam sequen-

tes §§. descripti sunt, in quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando trium personarum gratiâ mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in lege 8. §. 3. & 4. eod.

At si tua tantum gratiâ] Quod mandatum solius mandatarii gratiâ interponitur formâ tantum externa mandatum est, revera consilium potius quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. inf. §. 6. *huj. tit.*

TEXTUS.

Si mandantis gratiâ mandetur.

1. *Mandantis tantum gratiâ intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeret, vel ut pro eo sponderes.*

L. 20. tit. 10. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati quod solius mandantis gratiâ intervenit, ex Gajo l. 2. §. 1. *hoc tit.* Apud Gajum pro eo quod hic legitur *sponderes*, est *fidejuberet*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum Veteres *spondere* dixerint pro *fidejuberet*: quasi apud Gajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejuberet* quam *spondere* invenias. Locis hic aliqui planus est.

1. 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. 69. §. 4. *de jur. dot. l. 115. pr. de verb. obl. l. 71. pr. de legat. 1.* Add. quæ disputamus sub §. 22. *Inst. sup. de legat.* Plane 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 supetat. Illud constat, non

obesse mandato quod pretium rei emenda statutum non est; intelligitur enim judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, l. 3. §. 1. *hoc tit. D. Tulden. comm. hic cap. 2.*

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratiâ & mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutaretur; 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.*

L. 22. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Secundæ speciei, seu mandati quod in rem mandantis fit & simul mandatarii tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui ut sub usuris pecuniam credat ei qui eam in rem & utilitatem meam mutaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii. Habet hoc exemplum & Gajus in lege 2. §. 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, ll. 3. & 5. *C. de fidejuss.* quod mutatum Nov. 4. cap. 1. de quo alio loco dictum est §. 4. *Inst. sup. de fidejuss. n. 3.* Commodum creditoris mandatarii, 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. 28. *penult. 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

utrius-

utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex prioris causa debitor liberatur; in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum prioris agi possit in id quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum *legibus* 22. §. 2. & 45. §. pen. & ult. *hoc tit.*

TEXTUS.

Si alienâ.

3^a *Aliena tantum causâ intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes.*

L. 21. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur.*
- 2 *Earum difficultatum remotio.*

1. **A**fferuntur hic ex Gajo *lege* 2. §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratiâ interpositi, quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere nisi ei cuius intersit, l. 32. *locat.* §. 18. *Inst. sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, l. 8. §. 6. *hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cepit interesse ejus qui mandavit; ceterum si nihil interesse cessat mandati actio, & eatenus competit quatenus interest.* Atqui ut Titii 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 dumtaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur nihil interesse mea Titio dari, d. §. 18. l. 38. §. 17. *de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum qui mandavit actionem mandati non habere nisi ipsius intersit.

2. Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratiâ intervenire, quod ut fiat statim & ab initio nihil interest mandatoris; neque enim ut mandati actio aliquando competat exigitur ut mandatoris intersit quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit quandocumque ex postfacto incipere in-

teresse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras; & competet mihi tecum actio mandati ubi mea interesse coeperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari coepero nomine negotiorum gestorum, l. 28. *de neg. gest.* Mandavi tibi ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi; si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est te explorare utrum mea intersit 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. §. 4. *hoc tit.* Quod vero apud Ulpian. *d. lege* 6. §. 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 legis 32. in pr. eod. Hæc mihi expeditiora videntur quam illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis; dici autem aliena tantum gratiâ id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis; vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit d. *lex* 6. §. 4. & respuere videtur particula taxativa *tantum*, quæ bis etiam apud Gajum expressa est, d. l. 2. pr. & §. 7. *hoc tit.* ut mirer Hotomannum & Pacium censuisse delendam, vel ideo quod eam Gajus non habet. VINN. Recte nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii, in primis Marcilius ad hunc §. faciunt. Omnino enim interest mandatoris etiamsi aliena tantum gratiâ mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen est periculum; quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit executus. Vid. *legem* 48. §. 1. ff. *mand.* HEIN.

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

5. *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeris, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

L. 22. tit. 12. Part. 5.

COM.

COMMENTARIUS.

Exempla speciei quartæ item ex Gajo d. l. 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & alienâ.

5. *Tuâ & aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratiâ intercedit mandatum.*

L. 22. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Exemplum speciei quintæ sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Gajum est d. l. 2. §. 5. *hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum; alieni propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitationem quam habet tertia superius proposita §. 3. n. 2. ubi dubitationem sustuli; & illinc igitur petere licebit quod etiam hic respondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. *Tua tantum gratiâ intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloques quam fœneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius quam in emptione prædiorum colloques. 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 emeret, vel eam crederet, quamvis non expediat eam tibi emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quaesitum 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 tibi mandatum esses.*

L. 23. tit. 12. Part. 5.
Tom. II.

COMMENTARIUS.

1. *Mandatum quid differat à consilio.*
2. *Interdum mandatum solius mandatarii gratiâ interpositum consilii fines excedere.*
3. *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4. *Applicatio legis 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.*

1. **Q**uod mandatum solius mandatarii gratiâ 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. Chrisostom. *de virgin.* ὁ μὲν συμβουλευὼν ἐφίσει τὴν ἀκρίβεια κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἰρέσεως, ὑπὲρ δὲ ποιεῖται τῆς συμβουλῆς. (Qui enim consilium dat permittit audientis judicio deliberationem super his de quibus consilium initum est). Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit aut interesse possit utrum alter mandatum ejus sequatur necne, consili potius quam mandari videtur negotium quod eum tantum cui mandatur tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat; vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. pr. §. ult. hoc tit. l. 6. §. 5. l. 48. §. ult. eod.*

2. Plane potest mandatum solius mandatarii causâ interpositum tale esse ut excedat terminos simplicis consilii, & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum l. 32. *pr. hoc tit.* Mandavit mihi aliquis ut hereditatem adirem, cavique 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.

3. *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 necne sibi consilium sequi, d. l. 2. §. ult. Ceterum hoc ita si à consilio absit dolus; nam si dolus & callidi-

tas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, l. 47. de reg. jur. fac. ll. 8. 23. & 31. de dol. l. 2. de proxenet. Licet enim ex consilio nemo obligetur ad hoc ut præster eventum, fidem tamen præstare debet; & si fraudem adhibuerit minime 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 Ulpiani; Consilii non fraudulentis 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 forte res secius quam illi existimassent caderet, his fere verbis: Τὸς δ' ἀμαρτόντας μὴ ἀτιμάσας ποτὲ, μήτ' ἀτιμάσῃ. Τῆς γὰρ διόσεως αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ' οὐκ ἐπιτυχίας μέμφοσθαι. (In consiliis deerrantes numquam inbonoraveris, neque id eorum culpæ adscribas; mentem enim eorum oportet inspicere, neque fortunam criminari).

Otiotam pecuniam] Otiota pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, ll. 7. & 13. §. 1. de usur. quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia foenebris quæ usuræ parit, ἐρεργα χρήματα (pecunia fructifera). Demosth. advers. Aphob.

4. Hortatus fuerit ut rem aliquam emeret &c.] Quid ergo si emturus aut pecuniam foeneraturus non fuisses nisi ego mandâsem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur quod Ulpian. l. 6. §. 5. hoc tit. scribit, mandati actionem esse si quid feceris mandatu meo quod alias facturum non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam late interpretatur quam verba patiuntur, nemo ferre erit qui non obligetur ex consilio; cum semper is cui consilium datum est dicturus sit se quod fecit facturum alias non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla non simplicis consilii, sed mandati, quale est in l. 32. hoc tit. & similibus. VINN. At manifestum est Ulpian. in l. 6. §. 5. ff. hoc tit. loqui de mandato quod nec mandantis nec mandatarii, sed aliena gratiâ interponitur. Si enim nunc res male cedit, mandati actio contraria datur, quia mandantis fidem secutus est mandatarius, non facturum nisi ille mandâset. Quare non quadrat huic legi exemplum in lege 32. hoc tit. ubi de manda-

to mea & tua gratiâ interposito agitur; idque etiam agnovit vir cl. Ger. Noode probabil. lib. 4. cap. 12. §. 6. p. 86. seqq. tom. 1. op. HEIN.

Ut pecuniam Titio foenerares] Aliud est verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam foeneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut foeneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris reliquitur, id est, illud etiam cui pecuniam credat; & ob id si minus idoneo crediderit de se queri sibi hoc imputare debet, consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus. Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis fidem illius sequi alter non crediturus. Itaque si cum Titius, verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petentem fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consulisti & oratus est 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 suasores & impulsore feci quod alias numquam fecissem, quamvis ut facerem tua non interfuit.

5. Ait Justinianus quæsitum esse, an mandati teneatur qui mandavit tibi ut pecuniam Titio foenerares? At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet quod mandatarii & simul aliena gratiâ interponitur; idem enim valet sive mandem tibi ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut foeneres: quod mandatum certo jure obligatorium est; neque de eo umquam dubitatum videtur, non magis quam de eo quod aliena tantum causâ intercedit, veluti si tibi mandem ut pecuniam Titio credas sine usuris, §. præced. junct. §. 3. sup. eod. l. 2. §. 2. & pen. hoc tit.

6. Quamobrem suspicor Justinianum abusu verbo mandati 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 tam ex

bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane qui simpliciter affirmavit idoneum esse eum cui pecunia mutua datur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, l. 2. de proxenet. l. 7. §. ult. de dol. & ibi Costal. Gomez 2. resol. 13. n. 5.

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto aut de damno faciendo aut de injuria facienda mandat tibi; licet enim poenam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

L. 25. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Mandati rei inonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.
2. Ex delicto tam mandantem, immo & consilium dantem, obligari quam mandatarium.
3. An qui mandavit hominem vulnerari si occisus sit teneatur poenâ homicidii. Remissive.

1. **M**ateria 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. 57. pro soc. l. 26. cum seq. l. 123. de verb. obl. Itaque si quis ædemsacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum &c. susceperit, neque poenam in quam propter flagitium, neque impensas in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti poenam præstat, l. 22. §. 6. hoc tit. Sed etsi nihil flagitiosi mandetur, si tamen aliàs quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est: veluti si adolescens luxuriosus mandat 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. §. 11. hoc tit. l. 8. pro emt.

2. Plane si Titius tuo mandatu aliquem

occidit aut vulneravit aut contumeliâ 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. §. 7. quod vi aut clam. l. 20. de obl. & act. l. 157. de reg. jur. atque hoc in tantum procedit, ut tu partem cum Titio poenam sustineas, arg. legis 15. §. 1. ad leg. Corn. de sicar. l. 11. §. 3. ff. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort. Add. Clar. lib. 5. §. fin. quest. 89. & ibi citatos cum citatis apud Baptist. Bajard. in annot. Sed & consilium quoque in delictis eadem poenâ puniri qua mandatum communis sententia est: utique si datum sit ei qui alioqui nihil commisisset. Clar. d. §. fin. quest. 89. Covarr. in Clem. si furiosus part. 2. §. 2. de homicid. Menoch. arb. jud. cas. 351.

3. Quæritur, an is qui mandavit hominem vulnerari tantum, si mandatarius eum occiderit poenâ homicidii teneatur? Vid. Clar. d. quest. 89. n. 4. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 2. Covarr. in d. Clement. part. 2. §. 1. n. 3. Fachin. 1. cont. 36. Christin. vol. 3. decis. 49. ubi refert, negantium sententiam in iudicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale poenâ extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus aut ad aliquem actum deventum sit, poenâ arbitraria coercendum esse. Covarr. d. Clement. princ. part. 2. n. 9. vers. 6. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 6. Hæc obiter indicavi; neque enim huius loci est ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeris, vel ut pro Titio sponderis; neque plurius emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem; adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris inutiliter te acturum. Sed diversa Scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane 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 possit, emeretur.

COMMENTARIUS.

- 1 *Fines mandati qui excessit actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
- 2 *An Legati aliive qui mandatum à populo &c. acceperunt, præcisse quod mandatum est semper sequi teneantur.*
- 3 *Qui color Sabini & Cassi sententia hic relata prætexatur.*
- 4 *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
- 5 *Licet res tanti valeat quanti emta est, tamen mandatarius quod ultra mandatum impedit contrario judicio consequi non posse.*
- 6 *Occurritur argumentis auctorum contrarie sententiæ.*

1. **L**ocus 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. 14. hoc tit.* Ut ecce, mandavit tibi ut domum Sejanam centum aurei emeris: si tu Titianam emeris, quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implēsse mandatum, *l. 5. §. 2. hoc tit.* Item si mandavero tibi ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum; & ideo si fundum petam, non obstat mihi exceptio, nisi & reliquum mihi quod deest mandatu meo præstes & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 9.* Similiter si tibi mandavero ut pro me in diem fidejuberis, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. 22. hoc tit.* Idque est quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse; eum enim qui excessit aliud quid fecisse videri, *d. l. 5. in pr.* Plane in finibus mandati constituisse videtur qui fecit æquipollens, τὸ ἐκδιδῶναι, veluti si rogatus fidejuberi pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio ut Titio crederet, *l. ult. §. ult. hoc tit.*

2. Hic introduci potest quæstio agitata in Philosophia, an legatus aliusve qui mandatum à populo Principe aut duce exercitus accepit, præcise id omne & solum quod mandarum est facere teneatur; an nonnumquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat aut speret ei qui mandavit utiliora fore? quam quæstionem problematice tractat Agellius *1. nott. Attic. 12.* Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corumpique 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.* Ceterum æquum nihilominus videtur ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum: puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elaboratur, vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui missus in Olynthios injussu Reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit, Xenoph. *lib. 5. hist. Græc.* Forte & ingenium ejus qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus an Manlius aliquis aut Posthumius; nam si tali præceptorum 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. lib. 3. cap. 51.* Sed de hoc fusius scriptores politici. Vid. Besold. *de Legat. cap. ult. & ibi citat. & vai, vai (late)* Giphau. *in præfat. comm. de Imp. Just.*

3. *Adeo quidem ut Sabino & Cassio &c.]* Posito & generaliter recepto hoc jure, eum qui aliud facit quam quod mandatum est non videri implere mandatum: quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis cum ei mandatum esset ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, ceterum pluris; vel pro Titio sponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit paratus id quod excedit re-

remittere; nec dubium quin ideo quod hic aliud factum putaverint quam quod mandatum erat; quamquam & 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. VINN.* Recte Sabini & Casii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ, *l. 1. §. 2. ff. de verb. obl.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte executus est mandatum, sed plane aliud quid egit, *l. 5. pr. & l. 33. ff. hoc tit.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN.

4. Sed Nervæ & Proculo contrà visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hætenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis eum emit centum & viginti; qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emissee; cum utique majori summæ semper insit & minor; *l. 1. §. 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hætenus actionem mandatario recte dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. 33. hoc tit.* Nec video quid in contrarium valeat alterum Sabini & Casii argumentum, obscuriuscule à Paulo propositum *d. l. 33. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandati 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. 41. eod.* Sed opinor hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisisti quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis cum de centum tantum mandassem, si ego in hujusmodi specie non recte mandati tecum ago ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est centum aureos: vicissim æquum non esse ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis reliquum remittere. Ceterum in hac argumentatione manifeste vitiosa est il-

latio. Etenim nihil iniqui habet ut ego teneat fundum recipere eo pretio quo eum tu 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 dumtaxat restituturo, ad quam usque summam ut emeret tantum mandaveram.

5. In hac eadem specie de mandatario quasitum est, non ab auctoribus juris sed ab Interpretibus, an si fundus tanti valeat quantum est, non possit mandatarius etiam id quod amplius impedit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati sed negotiorum gestorum, tamquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis. Visum id olim Martino fuit & Joann. Fabr. ex recentioribus Baroni, Myns. & Bronch. *1. miscell. 66. arg. legum 2. & 45. de neg. gest.* Sed rectius id mihi negare videtur Joann. Bulg. & Accursius; quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei qui gessit invito domino, *l. ult. C. de neg. gest.* Id autem fit 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 mandata rem sibi emit centum, prohibere intelligitur pluris sibi emit: quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. 31. §. 4. de neg. gest.* Et vero si mandatorem ultra id quod impendi voluit obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callide excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus Jurisconsultum in *d. l. 4.* aut Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium dumtaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes in verbis ludere, atque fin reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum?

6. Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile 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

ultro conveniri ut restituat totum quod impensum est; ceterum si ipsum cum mandatario agat ut res tradatur, defendetur mandatariorum exceptione, nisi totum quod erogavit restituatur. Quid si facta sit traditio? Et siquidem mandatariorum rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso quod rem recipit ratam habere emtionem videtur; quod perinde est ac si ut tanti emeretur ab initio mandasset, per l. 12. in fin. de solut. l. 60. in fin. de reg. jur. cap. ratihabitionem. eod. in 6. Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator ubi resciverit emtione probare aut improbare: eam probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvestr. hic citato Saliceto ad eundem modum distinguente in l. 3. hoc tit.

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 ἐλαττωτέρω (quod paravilior ei merx obtigerit). Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium numquam fuit quin hic ad eam summam quæ impensa est mandatariorum 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. §. 3. ff. hoc tit. l. 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. hoc tit.

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit.

*Vid. leg. 23. tit. 5. Part. 3.
vers. Otriosi.*

COMMENTARIUS.

1. Quod mandatum revocatione mandatis solvitur contra communes regulas receptum esse; & quare.

Mandatum itidem ut societas non tantum solvitur communibus illis & ad omnem

obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. ult. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum: quos modos ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. prae. perstrinxit modos finiendae societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor quibus proprio jure mandatum solvitur: duo quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris: totidemque quibus ex persona mandatariorum, mors hujus ipsius & renuntiatio.

1. Si, dum adhuc res integra, revocatum] Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, §. ult. Inst. 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 obl. & act. neminem ab obligatione 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 patiat. Cur enim quod sua causa susceptum est prohibeatur repudiare? aut operâ atque officio oblato non uti? Nec habet quod queratur mandatariorum, cujus nihil interest si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatariorum per causam mandati quid abesse coepit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut quod post à mandatariorum fit, intelligatur non fieri ex mandato; ceterum hic ex antegesto aut gesto antequam sciret mandatorem revocasse, actionem mandati habet ut consequatur quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per ll. 15. & 26. pr. hoc tit. Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantum expresse fieri, sed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in specie legis pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.

TEXTUS.

De morte.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit vel illius qui mandatum suscepit, 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

justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est: quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberto solverint, liberari eos; cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerint.

Vid. leg. 23. tit. 5. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. Proprium quoque mandati esse quod morte tam mandantis quam mandatarii 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.
4. Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & equo actionem dari; & quibus casibus.
5. Casus alius & exemplum superioribus simile.

1. **E**Tiam morte, & tam mandantis quam mandatarii mandatum extinguatur, l. 26. & l. seq. §. 3. ll. 57. & 58. ff. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de solut. Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet heredum in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum naturam mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico prastari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriae & fidei certae personae in hoc electae res commissae fuit; quae ratio expressa est in cap. ult. x. de off. deleg. significatur in d. l. 57. hoc tit. explicatur in lege 9. de curat. fur. Cic. pro Rosc. Comaed. cap. 39. Nemo enim mandat nisi amico & fideli. Itaque cum praestatio officii in mandato & ratione ejus cui praestatur & ejus qui praestat 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 heredes mandatoris obligentur ut patiantur eum mandatum exequi, d. l. 26. & arg. l. 27. §. 3. hoc tit. Ex quo intelligimus, neque illum, si

mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus heredes mandatoris actionem habere; neque ex diverso, si executus non sit, heredes mandatoris agere posse ut exequatur, aut id quod eorum interest praestet.

2. De illo quaeritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur ut idem probandum sit etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam? Et in eo haec distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi 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 heredibus suis fundus emeretur, l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. 13. hoc tit. Sin autem quod mandavit eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, l. ult. de solut. cujusmodi etiam causa heredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id heredes ejus non tenentur quod ille suscepit exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, l. 27. §. 3. l. 57. hoc tit. VINN. Atqui in lege 14. §. 2. ff. de religior. non datur actio mandati, quod factum oporteret si mandatum morte non extinctum fuisset; sed actio de dolo. Doli enim reus erat, qui pecuniā accepta funus non duxerat, obligatus non ex contractu mandati, sed in nominato do ut facias. HEIN.

3. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desiit seu interesse coepit morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit quod coeptum est; sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, l. 26. fac. d. ll. 57. & 58. hoc tit. Ut ecce, actio mandati statim competit cum coepit interesse, l. 8. §. 6. hoc tit. Et igitur sive mandatarius decesserit quo tempore jam interesse coeperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat; sive decesserit mandator cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumtus ad negotium exequendum necessarios fecisset: actio mandati senel alterutri quæsitæ neutrius morte intercidit, dd. legibus.

4. *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem quamvis mandatarius ignorans mandatum decessisse mandatum impleverit agere mandati non potest: tamen utilitatis causa seu ex bono & æquo placet, impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *ll. 26. § 8. hoc tit.* Quippe in hoc iudicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus *l. 29. § 4. hoc tit.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignorans mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere mandatum impleverit: arg. ejus quod de heredibus mandatarii simili errore mandatum exsequentibus Papinianus respondit *lege 57. hoc tit.* nam & alias cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *ll. 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 cognitum, vel ab heredibus mandatarii post mortem illius. In quo hæc distinctio probanda videtur, ut si quidem ea quæ agenda supersunt cum prioribus connexa non sint, tum non liceat mandatario aut heredibus ejus reliqua implere; sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat; immo incumbat, arg. *l. 5. §. 5. l. 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. & rat. distr. l. 3. §. pen. ff. de contr. act. tut. l. 11. C. arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *l. 57. hoc tit.* ubi ignoscitur heredibus mandatarii, iisque actio conceditur qui errore lapsi, non animo furandi sed exequendi quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

5. *Huic simile est*] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe debitorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis: quos ex æquo & bono liberari placet; quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii solverint quam cui oportebat, *l. 11. in fin. de poss. l. pen. de reb. cred. ll. 18. & 51. de solut.* Quod ut intelligamus citra hæc scire oportet, (1) dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. de*

reb. cred. d. l. 18. de solut. (2) qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare ut ei solvant, *fac. l. 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 solvērunt, *l. 12. §. 2. d. l. 34. §. 3. de sol.*

TEXTUS.

De renuntiatione.

II. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, 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.*

L. 24. in fin. tit. 5. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione; & quid si interpositive renuntiatio facta.*
- 2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem.*
- 3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

1. **P**ROponitur hic & explicatur secundus modus quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet non magis reluctanti extorqueri, quam invito obrudi convenit; nec oportet quemquam difficilem esse in eo in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. 38. de evid.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum aut in tempore renuntiet, *l. 22. §. ult. l. 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur *lex 5. C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum] *D. l. 22. §. ult. d. l. 27. §. 2. Quo*

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 expedire potest. Renuntiatio tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat 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. l. 1. & hoc text.* sicut in ceteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. 13. §. 1. de re judic. §. ult. Inst. sup. de verb. obl.*

2. Circa obligationem mandatarii incidere solet quaestio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ lata nihil à mandatario exigendum, secundum definitionem *legis §. 2. commod.* esse enim similem depositario seu ei qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Ceterum hanc definitionem in mandato sequi non licet, propter eos textus quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. ff. hoc tit. l. 11. C. eod. l. 23. de reg. jur. Modestin. in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in iudicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *lege 13. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare. Ac ne quis putet hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium: utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *lege 21. C. hoc tit.* aliena negotia exacto officio geri, nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino cap. 38.* ubi de iudicio mandati disserens ait in minimis rebus teneri mandatarium si quid non modo maliciosius verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus a regula quam

in deposito 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 deposito non convenit; nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligitur mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa quam quod offerendo se de diligentia sua promittere videatur, *l. 1. §. 35. depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectat; quoniam vident eam distinctionem in commodato probatam esse, *l. 5. §. 2. in fin. junct. §. 10. & l. 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si hîs credimus, ubi mandatum solius mandantis gratiâ intervenit, dolus duntaxat & culpa lata præstabitur; ubi utriusque gratiâ, etiam culpa levis; ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit, neque quidquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum, etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, *§. 6. hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium quod gerendum suscepit ad alium pertinet, *d. l. 21. C. hoc tit.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quaeritur, mandatarium tantum considerari debeat ut rem alienam gerens: quomodo etiam consideratur in *d. l. 21.* & passim in hoc argumento. Plane in iis quæ actum commissum consequuntur, interdum culpâ aut fraude carere sufficit, *l. 8. §. ult. ff. 10. & 29. §. 4. hoc tit.*

3. *Justa causa intercesserit &c.* Hoc admissa 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 omitendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ manes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat quod impendit. Itē inimicitæ & capitales, quibus intervenientibus

nec mandatore credibile est amplius operam mandatarii uci 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, *ll. 23. 24. & 25. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS.

Mandatum & in diem differri & sub conditione contrahi potest, ut *hic*, & *l. 1. §. pen. hoc tit.* & 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 rubr. buj. tit.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit in aliam formam negotii 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.*

COMMENTARIUS.

1. Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitari; 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. operam gratis suscipere.

Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit, ac proinde nisi gratuitum sit nullum est. Quippe officio atque amicitia contraria est merces, *l. 1. §. ult. 1. 36. §. 1. hoc tit.* alioqui videretur man-

datarius καπναεὺς τῇ φιλαργείᾳ, beneficium cauponari. Enimvero gratiam referre amicitia bene convenit, gratiamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit si remunerandi causa honor intervenerit, *l. 6. pr. eod.* ubi Jurisconsultus 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. §. 10. de extraord. cogn. ll. 7. & 56. §. pen. ff. hoc tit. ll. 7. & 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportionem respondeat; honorarium autem est, voluntaria operæ gratis præstaturæ remuneratio.

1. Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit quominus mandati actio sit de iis omnibus quæ mandati iudicio peti potuissent si salarium non intervenisset, *d. l. 6. in pr.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *ll. 7. & 56. §. pen. ff. hoc tit. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & commissum esse oportet, saltem nudo pacto; si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum, ut nec si adhuc um sit sed incertæ quantitaris, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii pretio aut actio mandati ut certum constituatur, *d. l. 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* sed hoc forte ad eos solos pertinet qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn. Add. Guid. Pap. quest. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arrest. 11. Garz. de expens. & melior. cap. 20. n. 15. VINN.* Jure nostro Advocati & procuratores forenses honoraria petere non prohibentur; verumtamen etiamsi per plures annos aliena gesserint negotia, solum postremorum trium salarii petere possunt, *l. 32. tit. 16. lib. 2. Recop.* Vigesima litis Advocatis jure honorarii cedebat ex lege *1. tit. 9. for. legg.* Recopilationis jure honoraria arbitrio iudicis ut plurimum permissa sunt, *tot. tit. 16. lib. 2. Recop.* ubi de Advocatorum honorariis & officiis præclare multa caventur, quæ hujus temporis humanitate & modestia in melius sunt immutata. **ADDIT.**

2. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est cum Advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, putata

ta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse tamquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, l. 7. ff. hoc tit. l. 20. C. eod. l. 53. de pact. l. 1. §. 12. de extr. cogn. Don. post alios in d. l. 20. C. hoc tit.

3. *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, crediderunt Veteres locationem-conductionem esse; & quidquid hic vel datum vel constitutum est, non merces sed honorarium dicitur: de quo extra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis facti locatio est unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem ut servum manumittas, non locatio conductio est, sed contractus innominatus, l. 5. §. 2. de præscr. verb.

4. *Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta &c.*] Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitie causâ expresse susceperunt; alioqui non mandati actio sed præscriptis verbis competit, l. 22. de præscr. verb. ubi Gajus 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 factum actio, id est præscriptis verbis decur. Talis autem animus utrimque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus qui manuum opera victum queritant & 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.

Continuatio.

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.

COMMENTARIUS.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Particulam quasi notam esse similitudinis & simul improprietatis.
- 3 Falsos esse qui putant obligationem hic nasci ex tacita conventionem.
- 4 Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.
- 5 Factum unde hic obligatio nascitur non male vulgo quasi contractum appellari; & quid sit.

1. **E**Xpositis obligationibus quæ ex contractu nascuntur progreditur ordine Imperator ad eas quæ nascuntur quasi ex contractu; quippe

quibus in quadripartita illa distributione proposita §. ult. Inst. sup. de obligat. secundum locum tribuit.

2. 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 conventionem, l. 1. §. 3. de pact. Similitudinem, cum dico ex facto non turpi, id est quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Gajus lege §. de obl. & act. aut Justinianus hoc tit. reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur.

3. Sunt qui etiam ex conventionem hic obligationem nasci tradant, non quidem expressa sed tacita: quod non probo. Nam quid refert tacite seu re & facto aliquo consensus declaratur, an verbis & conventionem expressa? Utique 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. 34. de reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l. 4. pro soc. item mandatum, l. 6. §. 2. l. 18. mand. locatio conductio, l. 13. §. ult. locat.* Denique conventio saepe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, 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 etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. 5. d. tit. l. 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. 25. §. 16. fam. erc. utilitatis causâ introductam esse, l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.*

4. Plane si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est sed fictum & contra naturam gesti auctoritate juris præsumtum, *l. 3. in fin. cum l. 4. quib. ex cau. in poss. l. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicitur nasci ex tacita conventionione. Sed cavendum omnino est. ab iis qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventionione, nullam veram conventionem quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acutè tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit quasi contractum ex consensu ficto vel præsumto nasci. Hinc commodissime definietur quasi contractus, quod sit factum honestum quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumto. Si definitionem Justiniani quam in *pr. hoc tit.* tradidit sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus, & generatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe, quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventionione obligatur. Et quor non tunc erunt quasi contractus? HEIN.

5. Factum unde hic obligatio nascitur cum Interpretibus, contra quorundam superstitionem, 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 inducuntur, ea notâ sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, *l. 32. §. pen. de don. int. vir. & ux.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nunquam appellacione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, *§. 1. Inst. inf. de act. l. 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolute contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign.* largo scilicet modo & per abusum, *l. 3. in fin. cum l. 4. quib. ca. in poss.* Sic autem non nãle quasi contractum definiemus, factum omne non turpe quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine conventionione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communio nis rerum circa societatem susceptio, aditio hereditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

X. 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 directæ competit actio, negotiorum autem gestori contraria: quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est; quippe ita nascuntur istæ actiones si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causâ 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.

L. 26. cum seqq. tit. 12. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Negotiorum gestionem esse factum naturæ me-
dia

dia inter negotia quæ utrimque & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.

- 2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria, & quid utraque contineat.*
- 3 *Doline tantum, an etiam culpa, & cuius nomine gestor teneatur. Accuratus 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 ignorantis; 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. Ceterum hæ actiones non nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est, quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quidquam deliquisse intelligi potest: quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de neg. gest.

1. *Domino directa competit actio*] Monuimus in explicatione §. 2. Inst. sup. quib. mod. re contr. obl. esse quosdam contractus qui ex uno tantum latere obligant, quosdam qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermedie, 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 cuius 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 contractu aut negotio.

2. Hinc est quod actio quæ ex his causis domino proposita est directa dicitur, & interdum principalis, l. 17. §. 1. commod. quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio quæ negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa; quia 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 inchoa-

re non habet necesse, l. 21. §. 2. de neg. gest. Gesti obligatio duo continet: restitutionem ejus quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, l. 2. eod. exempla sume ex lege 8. §. 1. l. 23. eod. & damni ejus quod perperam gessit præstationem; ceterum 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 utuntur, in debitore qui creditoris sui negotia gessit, l. 6. §. ult. ll. 7. & 35. eod.

Negotiorum gestori contraria] Si modo utiliter negotium gessit; nam qui gessit inutiliter actionem non habet, l. 2. eod. Competit autem hæ actio, ut & ceteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam. & 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. 28. ff. de neg. gest. l. 18. C. eod.

Subita festinatione cæsti] Sed & sæpe homines eo animo peregre profiscuntur, 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, Hotomanus, Wesenb. legunt, habet obligatum dominum negotiorum. Et ita quoque Theophilus legis videtur.

3. *Ad exactissimam diligentiam*] Secundum regulam traditam lege §. 2. commod. non plus à negotiorum gestore exigendum videtur quam à depositario: nimirum ut dolum præstet dumtaxat, non etiam culpam nisi dolo proximam; quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum quam depositarii in deposito commodum agitur; & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomine sed etiam culpæ gestorem obstringi, l. 11. ff. de neg. gest. l. 20. C. eod. l. 23. de reg. jur. sed nimirum (ut superius quoque sub §. 2. Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig. & §. 11. præced. tit. monui) regula de dolo dumtaxat præstando in negotio in quo suscipiens 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

na negotia sua voluntate gerenda accedit. Quae eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri si quid consulto lata aut levi culpâ peccavit, sed etiam si quid vel culpâ 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. *Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *lex 25. §. 16. fam. etc.* ubi Jurisconsultus scribit, coheredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem quam rebus suis; neque enim hos esse similes negotiorum gestoribus, ut summa ab iis diligentia exigi debeat; quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed & quod scriptum est in *lege 21. C. mand. aliena negotia exacto officio geri*, nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpâ 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 officii oblatio periculo depositi sic illigat ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *l. 1. §. 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 immisceat, & diligentiorum forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur; cumque id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *l. 3. §. 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. Quod pertinet *lex 36. de reg. jur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, ut quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immi-

scant intelligent 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 quamdam continet exactissimæ diligentiae, cui culpa levissima opponitur, arg. §. 2. *Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. 4. de obl. & act.* add. Paul. 1. *sent. 4. l. 24. C. de usur.* VINN. Verumtamen opinionem Glossæ probat *lex 30. tit. 12. Part. 5. ADDEIT.* Aliquando & casum præstat negotiorum gestor, si vel tale negotium susceperit quod gerere non solebat dominus, *l. 11. ff. de neg. gest. vel casui causam & occasionem dederit, §. 2. Inst. quib. mod. re obl. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam duntaxat præstat: puta si quis affectione ductus, ne bona absentis distrahantur, se negotiis ejus obtulerit, *l. 3. §. 9. ff. de neg. gest.* HEIN.

TEXTUS.

De tutela.

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 mutuae 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.

Vid. l. 21. in fin. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 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. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur; neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam ad-

administrantes cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, l. 5. §. 1. de obl. & act.

1. *Aktiones mutue*] Pupillo prodita est actio tutelæ directæ, qua, finita tutelâ, l. 4. de tut. & rat. distr. tutorem convenire potest ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti quam gesti, atque ut reliqua inferat, l. 1. d. tit. 11. 7. & 9. C. arbit. tut. l. 2. C. si tut. vel cur. non gesti. 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. 23. de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut. quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constitui suavit. Quidquid ergo vel dolo tutoris aut lata ejus culpâ, vel etiam levi amissum vel non adquisitum erit, cum conservari aut adquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, d. l. 1. l. 18. de tut. & rat. distr. d. 11. 4. & 7. C. arb. tut. l. 23. C. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut.

2. Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro capto suo bona fide facit quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet dumtaxat, non etiam levissimam, d. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut. l. 33. pr. de adm. tut. Frustra vero ex lege 4. C. de peric. tut. quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt tutorem teneri in ceteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Petr. Fab. ad l. 23. de reg. jur. Vice mutua tutor cum pupillo cujus tutelam gessit habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive 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. ff. 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. 11. 3. 4. & 7. arbit. tut. cum similibus.

TEXTUS.

De rei communione.

3. Item si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo judicio, quod solus fructus

ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

Vid. leg. ult. tit. 36. Part. 3.

De hereditatis communione.

4. Idem juris est de eo qui coheredi familie eriscundæ judicio ex his causis obligatus est.

Vid. leg. ult. tit. 36. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat.

2. Culpa in judicio communi dividendo ad quam diligentiam dirigitur.

1. Tertia species quæ quasi ex contractu obligationem producit, & communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hereditatis inter coheredes, sive rerum singularium 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, l. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid. Prima & præcipua hinc obligatio est, quod consors si sponte communionem admittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat ut sua cuique parte adjudicata à communione, quam nec suscipere nec retinere quisquam cogitur, l. 26. §. 4. ff. de cond. ind. l. ult. C. comm. div. discedatur l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. 20. Inst. inf. de act. Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio explicatur §. 4. & seqq. Inst. inf. de offic. jud. Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, l. 3. com. div. Lucri, ut si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit id ceteris 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 culpâ aut negligentia unius,

nus, id ceteris proportionem cuiusque sarciat, l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. & 18. l. 44. §. 5. *fam. etc.*

2. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam diligitur; 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. 25. §. 16. Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sint, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à ceteris pro rata refundantur, *hoc text.* l. 18. §. 3. d. l. 25. §. 13. & *seqq. fam. etc.* l. 4. §. 3. *comm. div.* Quorum omnium consequendorum causâ comparatæ sunt actiones inter heredes familiæ eriscundæ, inter eos quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hereditatis communi dividendo, *titt. π. & C. fam. etc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas sive propter divisionem rerum hæc iudicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

De aditione hereditatis.

5. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

COMMENTARIUS.

- 1 Heredem proprie quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hereditariis.

QUARTA species contractus, aditio hereditatis. Certum est heredem adentem hereditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere; sed & plus quam manifestum est nullum in ea re maleficio esse. Restat ergo ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hereditatem sibi delatam amplectitur, simul iudicium defuncti agnoscere, seque oneribus quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt subicere creditur; atque ita quodammodo cum legatariis contrahere taciteque is sese obligare videtur, l. 5. §. 2. de obl. & aff. l. 3. §. ult. & l. 4. quib. ex ca. in post.

1. *Legatorum nomine*] Heres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis, d. l. 5. §. 2. de obl. & aff. & *hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur & quasi ex contractu nascitur, competit, *vid. sup.* §. 2. *Inst. de legat.* & ibi notata. Creditoribus autem hereditariis, 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 heredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hereditariæ, eadem nimirum illæ quæ competeabant adversus defunctum & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hereditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hereditaria, sed obligatio heredis; quamvis hereditariæ loco esse datur, l. 40. de obl. & aff. Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis à quibus quid relictum est; eademque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, l. un. §. 4. G. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6. Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut, si certiore rationem sequatur, 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 conditione tenetur.

L. 28. cum seqq. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando qui sciens indebitum recipit furti obstringatur.
- 2 Quæ requirantur ut indebitum solvendi competat.
- 3 An ejus 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 hæc species magnam cum mutuo affinitatem: quæ causa est quod *sup.* §. 1. *Inst. quib. mod. re contr. 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; tacite significat quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Gajo *lege* §. §. 3. *de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit aut sciens ac prudens hoc facit, quod casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio etiamsi ea mente dedit ut postea repeteret, *l. 1. l. 26. §. 2. & 3. ff. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. 53. de reg. jur. junct. l. 50. de cond. ind.* aut dubitans, qui si nominatim solutioni hanc legem dicat ut reddatur si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eod.* si vero simpliciter solvat, quasi ex contractu; siquidem dubitanti æque 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 *π.* & *C. de cond. ind.* estque eadem illa in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum est. Quam recte videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est.

1. Denique qui sciens indebitum recipit etiam furti obstringitur, *l. 18. de cond. furt. l. 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. 43. Costal. post Bart. ad d. l. 18. de cond. furt.*

2. *Cui quis per errorem indebitum solvit*] Ut in specie proposita solventi quaratur 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

Tom. II.

locum esse repetitioni, *l. 26. §. 3. l. 40. l. 54. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum vero ita dicitur, re autem debitum non est; quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 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. §. 4. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. de cond. ind.* Et vero cum etiam id quod naturâ debetur in compensationem veniat, *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, ceterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ; siquidem sententiâ judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideo quod verus debitor absolutus solvit repeteri eum non posse Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. de cond. indeb.* Huc item plerique referunt exceptionem senatusc. Macedoniani; nam & filiusfam. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit non repetit; quoniam naturalis obligatio manet, *l. 10. de sen. Maced.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa conditionis, *l. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. de senat. Maced.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, juxta notata infra *n. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more Veterum hic accipimus quod ex ea obligatione naturali debetur quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, demta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad senat. 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. 6. C. de senat. Vell. l. 41. de cond. ind. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis quam induci voluntas testatoris vel minus solemnibus, vel legantis supra dodrantem bonorum. Ceterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falcid.**

Hh

l. 7.

l. 7. C. de cond. ind. Error duplex est: facti unus, scilicet cum factum ignoratur 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 solum repeti posse: de errore facti tantum, an etiam de errore juris? Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam jus quod per errorem juris solum est repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo cum D. Zas. *ad rub. rit. de cond. ind. n. 5.* Sichard. *ad rub. & l. 1. C. eod.* Wesemb. *par. eod. n. 1.* Christin. *vol. 3. decis. 8. n. 3.* Bachov. *de act. disp. 4. thes. 17.* Joh. Arn. Corvin. *in Enchiridio tit. quibus mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod conditio indebiti ex bono & æquo datur, *l. 66. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætereundum poterit, quove colore de iniquitate conditionis excipere cui quid solum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod naturâ non debetur, sive quod causâ debendi jure non valeat, ut omnino non debeat, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat: non compensetur, *l. 14. de compens. accessiones non admittat, l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta denderet actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit se id pro debito non habere, per *l. 9. de jurejur.* quis credat si id vel per errorem juris solum sit retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit aut metu illato coegerit ut promitteret, non possum adduci ut credam solum 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 causâ. Et, ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *lege 7. de cond. caus. dat.* ubi discretè Julianus post Nervam & Attilianum responderet pecuniam solum ab eo qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solum errore juris. Similes loci sunt in *l. 32. §. 1. l. 57. ff. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. 79. de legat. 2. & apertissimus in l. 1. ut in poss.*

leg. in pr. fac. item l. 57. mandat. Porro etiam me movet, quod in toto *tit. π. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur aut errori juris denegatur; sed perpetuò tribuitur errori simpliciter, sive quod solum est omnino non debeat, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. 26. §. 3. ll. 40. & 54. de cond. ind.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem qualiscumque sit repetitioni non obstare; sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. lex 26. §. 3. & l. 24. eod.* tum ratio ob quam placeat, eum qui sciens indebitum solvit non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. 53. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.* quod de eo qui se obligatum & necessitate solventi adstrictum putat dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maxime, quod traditur in *l. 8. de jur. & 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 solum est condici posse; nam si hoc negamus illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittendo re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l. 8. de jur. & fact. ign.* Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certe 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 conditionis 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 *lex 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 ignoraret nihilominus tamen solvit; negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de conditione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non aspicere; ceterum nec damno. Ceterum meminisse oportet ejus quod initio diximus, ita errorem juris non impedire quominus solum con-

condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit naturā 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. mutuum pecuniam contra Senatusconsultum accipi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti contra arg. l. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. 10. junct. l. ult. de senat. Maced. Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quartā ex lege Falcidia: si errore facti repetitionem habeo; si errore juris non item, l. 2. C. si adv. sol. l. 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 fideicomm. l. 38. de fideicomm. lib. l. 5. §. 15. de don. int. vir. & uxor. justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de 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 favore repetitioni quam adventitio lucro, per l. 41. §. 1. de reg. jur. VINN. Speciosa hæc nec tamen solida regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, l. 9. ff. de jur. & fact. ign. secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum si solverit repetitionem non habere, eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, diserte dicitur in l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad leg. Aquil. Cum vero minoribus & foeminis jus ignorare liceat, l. 9. ff. de jur. & fact. ign. hinc ea exceptio & in solutione indebiti obtinet, l. 9. C. de senat. Vellej. Jus quoque singulare est in lege 1. ff. ut in possess. leg. idque ad exemplum non trahendum. Observavit hoc recte vir cl. Ger. Nodt. comm. ad Pand. lib. 12. tit. 6. p. 298. ubi & ad l. 7. & 8. ff. de jur. & facti ign. respondit. NEIN.

4. *Magis ex distractu quam ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu; nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventionem.

At neque qui in solutum dat eo animo est ut accipientem sibi obliget, neque qui accipit ut alteri obligetur; sed datur & accipitur obligationis quæ subesse putatur tollendæ causā. Verum extra id quod agitur tacite hæc obligatio nascitur, l. 13. in fin. commod. nimirum ex consensu ficto & præsumto, & 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 injuriā retineat: quæ res speciem quandam contractus & negotii invicem gesti habet, l. 33. de cond. ind. verum autem contractum non efficit, l. 19. de reb. cred. quod etiam ex eo intelligere licet, quod conditio indebiti non datur ultra quam locupletior factus est qui accepit, l. 26. §. 12. de cond. ind. si vero ex contractu & conventionem 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 vere & expresse agitur hic nascitur obligatio, sed extra id tacite indicitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio quæ distrahat; neque putandum hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet: cum cui indebitum per errorem 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 obligarum existimat ea obligatione liberet: quamquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

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 & ceteris venerabilibus locis quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur relicta sunt: quæ si indebita solvantur non repetuntur.

L. 35. tit. 12. Part. 5. & vid. leg. 16. tit. 15. Part. 7. & l. 8. tit. 7. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. *Causæ ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2. *Cur ex iis causis Veteribus placuerit indebitum per errorem solutum repeti non posse.*
3. *Nonnullæ aliæ causæ ex quibus indebitum errore solutum non repetitur.*

1. **S**unt 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 contententem in simplum datur, adversus negantem in duplum, l. 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. 26. Inst. inf. de act. Paul. 1. sent. 19. Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis uno loco comprehensis à Justiniano d. §. 26. Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, d. l. 24. §. pen. ad leg. Aquil. l. 20. §. 4. de her. pet. l. 5. §. 2. de serv. corr. Paul. d. loc. Deinde in actione depositi miserabilis, id est quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ factum est, l. 1. §. 1. cum seqq. depos. Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, d. §. 26. Inst. de act.

2. Ex his causis si quis per errorem solvit quod non debebat, ejus secundum definitionem Veterum nullam repetitionem habet, l. 4. C. de cond. ind. & hoc text. Cujus rei ratio perobscura est; nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo quod respondeam, nisi quod verisimile est certis in causis receptum fuisse ut interrogati in jure, si negarent & mendacii 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 forte non ab eo qui convenitur, sed ab alio: legatum aliquod in pios usus relictum esset, licet forte minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto locum esse repetitioni: quod etiam Interpretes notant.

3. 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 debiti, tamen pietatis ratio efficit ut non repetatur, uti traditum est in l. 32. §. 2. de cond. ind. Similiter quod transactionis causâ datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, l. 65. §. 1. ff. eod. l. 2. C. de transact. Excipiunt & causam judicati, sed male; quoniam regula est de indebito soluto; at quod ex causâ judicati solvitur, id vel maxime debitorum est; quippe quod etiam ab invito exigi potest: ut mirum non sit pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse. Vid. Cujac. par. C. de cond. ind. VINN. Magis expeditum est cessare conditionem indebiti in pœnis, l. 32. ff. de cond. ind. nec non iis causis ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, l. 51. ff. eod. cujus rei exemplum est in l. 33. eod. HEIN.

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paul. 1. sent. 19. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicii testatoris heredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat: quasi majori odio dignus sit qui inficiatur quod testator tam enixe voluit & severe imperavit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio] Constitutione Justiniani quæ extat in l. 2. 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 causâ relicta coarctavit, non extat; & credibile est Græce scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur Ecclesiis, cœnobiiis; pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophis &c. VINN. Moribus hodiernis conveniens non est lites inficiando crescere. GROËNEWEG. de legg. abrog. hic. ADDIT.

TITULUS XXIX.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

*Cod. lib. 4. tit. 27.**Ratio ordinis.*

Hucusque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem adquirere 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. Inst.* disputationem de adq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. adquir.* unde etiam pleraque quæ ad explicationem hujus loci pertinent petere licebit. Nam quod ad personas per quas adquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, domini & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros; ut tamen quod per servos nostros nobis adquiritur 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 ususfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

COMMENTARIUS.

Veluti per servos] Quemadmodum res ceteræ per servos nostros nobis adquiruntur, sic etiam obligationes earumque jus integrum ac sol dū ad dominum pertinet, *l. 1. & passim de stip. serv. & sup. eod. tit. Inst.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio] Theophilus dīxps, *discrevit.* Intelligit autem *legem 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum ususfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profecticii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit docetur §. 2. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* Unde summam illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones adquirere, ex profecticio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem patri ususfructum.

Secundum novellæ nostræ] Licet ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quaratur 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 filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longe absit, *l. ult. §. 2. C. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc cum Institutiones scriberentur pro codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem novellæ vocitæ sunt usque ad posterioris Codicis cui insertæ sunt editionem: quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. Item per liberos homines & alienos servos quos bona fide possidemus adquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis vel ex re nostra adquirant.

De servo fructuario vel usuario.

2. Per eum quoque servum in quo ususfructus

*fructum vel usum habemus similiter ex duabus
istis causis nobis adquiritur.*

*cisionem res expedita est, ut illi tantum adqui-
rat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos qui à nobis bona fide pos-
sidentur, sive liberi sint sive servi alieni;
item per servos in quibus usumfructum ha-
bemus obligatio nobis adquiritur; ceterum
duabus dumtaxat ex causis, ex operis eorum,
& ex re nostra. Sed & hoc pluribus explica-
vimus *sub §. 4. Inst. sup. per quas pers. cuiq.
adq.*

Vel usum] Has voces à vetustis quibusdam
codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter
delebuntur. Nam sane usuarius non idem jus
habet quod fructuarius, ut ex utraque prædi-
cta causa adquirat. Constat enim ex operis
servi in quo nudum usum habemus nobis non
aliter adquiri quam si operis ejus utamur in
re nostra, *ll. 14. & 16. §. 2. l. 20. de usu
& habit. Vid. sup. §. 3. Inst. cod. tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte
dominis adquirere certum est, excepto eo quod
nominatim uni stipulando aut per traditionem
accipiendo illi soli acquirit: veluti cum ita sti-
pularur, Titio domino meo dare spondes? Sed
si domini unius jussu servus fuerit stipulatus,
licet antea dubitabatur, tamen post nostram de-*

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium domi-
no- rum, quibus & quatenus adquirat discas
ex §. ult. *Inst. sup. de stip. serv. & ibi notatis.*

Post nostram decisionem] Est *lex ult. C. per
quas pers. nob. adq.* ubi Veterum super re pro-
posita controversiam decidens sic in summa
cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari
jubet, & is nominatim alteri domino stipula-
tur; si quidem is qui iusti servum stipulari,
jussit specialiter ut stipularetur sibi, seu suo
jubentis nomine: statuit Justinianus ut stipu-
latio adquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus
valeat jussio quam nominatio; sin autem is
qui jussit servum stipulari simpliciter jussit,
hoc casu vult obligationem adquiri nominato;
ut hic nominatio plus valeat quam generalis
jussio: cujus distinctionis meminisse debuerat
Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno sti-
pulari jussus, simpliciter quoque, id est nul-
lo dominorum nominato, stipulatus fuerit,
hunc casum apud Veteres jus certum habuisse
indicat, ut tunc ei soli adquiratur qui jussit.
VINN. Etiam per eas personas quæ nostro ju-
ri subjectæ non sunt obligationem nos ad-
quirere posse constat ex *lege 2. tit. 16. lib. 5.
Recop. & diximus supra §. 18. Inst. de inut. stip.*
De acquisitione patris per filium recale quæ
notavimus *lib. 2. Inst. tit. per quas pers. cuiq.
adq. §. 2. ADDIT.*

TITULUS XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. lib. 4. tit. 2. 3. 4. Cod. lib. 8. tit. 42. 43. 44. Et Part. 5. tit. 14.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure aut per exceptionem tollatur obligatio.

EXplicatum hætenus quibus modis obli-
gatio contrahatur: commodum nunc
subjungitur quomodo recte ab initio
constituta distrahatur, ejusque nexu debitor
liberetur, quamquam & differri hæc tracta-
tio potuit, donec de obligationibus quoque
quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascun-
tur præceptum esset. Modi distrahendarum
obligationum multi sunt, quorum alii ipso
jure liberant, alii per exceptionem seu tui-

tionem prætoris. Ipso jure liberant solutio, ac-
ceptilatio, novatio, dissensus utriusque par-
tis, interdum obligationis confusio, *ll. 75. &
pen. ff. de solut. l. 7. C. de pass. debiti obla-
tio & consignatio, l. 9. C. de solut. compen-
satio, §. 30. Inst. inf. de act. duarum causa-
rum lucrativarum in eandem rem & perso-
nam concursus, l. 17. de obl. & act. rei debi-
tæ ante moram à debitore factam contingens
interitus, l. 23. de verb. obl. & si quæ sunt
gc-*

generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententiâ, jurejurando, tempore &c. De liberatione per exceptionem dicitur *inf. lib. 4. Inst. tit. de except.* Hic tantum traduntur modi quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his dumtaxat hi quatuor maxime celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.
De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur; vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim & alio solvente, sive sciente sive ignorante debitore vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit si fidejussor solverit, non enim ipse solus liberatur sed etiam reus.

LL. 1. 2. & 3. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Solutionis verbum quam late pateat, & quid in specie denotet.
- 2 Aliud pro alio invito creditore solvi non posse; consentiente autem posse. Et 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 liberationem contingere, & quando.
- 8 Licere unicuique pro debitoreolvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.
- 9 Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere; & quid si alius pro emphyteuta velit canonemolvere quo is pœnam comissi evitet.
- 10 Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem.

1. **T**ollitur omnis obligatio solutione] Primus modus quo ipso jure obliga-

tio tollitur ex quatuor hic propositis est solutio. Solutionis verbum & generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque 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. 54. de solut. junct. ll. 47. & 176. de verb. sign. Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus quod debetur. Itaque contrà in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstetur, solvitur: id est, liberatur eo nexu quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio à satisfactione & omnibus iis modis quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, ll. 49. 52. & 80. de solut. l. 9. §. 3. de pign. att. l. 4. §. 3. de re judic. & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, omnis obligatio, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2. *Ejus quod debetur*] Recte, ejus quod debetur; nam aliud pro eo quod debetur invito creditore solvi non potest ut sequatur liberatio, l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 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. 98. §. 6. de solut. Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnum sit creditori, l. 99. eod. sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi. Vid. supra notata ad pr. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.

3. Sunt sane nonnulli casus quibus placet debitorem posse æstimationem pro re debita præstare; sed hi 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. 71. §. 3. de legat. 1. similemque rationem habet species legis 26. §. 2. eod. Idem aliquando suadet & favor, ut in casu d. l. 71. §. 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

lam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, l. 6. §. 1. de judic. item in obligationibus faciendi, ubi si factum non est quod fieri debuit pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventionne accepit, l. 72. junct. l. 84. de verb. oblig.

4. Adhæc sciendum 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. 80. de solut. l. 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 judicii & auctoritatis Andr. Alciatus in l. 21. de reb. cred. contendens, creditorem etiam partem debiti quæ offeratur cogendum accipere, alioqui morem eum facere & periculo rei oblatae illigari: age paulo diligentius eam & explicemus & adstruamus.

5. Ajo igitur, contrà quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debite 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 ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte quam obtulit liberetur; &, quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus quod totum ex aliqua causa debet partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse hujus oblationis effectum. Confirmat hanc sententiam, præter id quod modo attuli de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod responderetur lege 3. fam. erc. & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat, non posse cogi creditorem accipere quod aliter offertur quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuatur, l. 29. de solut. Consentit auctoritas Modestrini lege 41. §. 1. de usur. ubi diserte Jurisconsultus respondet, debitore solum partem debiti obsignante non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expresse cautum sit ut liceret & partem ejus quod acceptum est solvere, ut in specie legis

40. de reb. cred. Consentit & illud quod Imperatores 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 heres cogatur per partes accipere pecuniam quam servus pro libertate dare jussus est, l. 4. §. 6. de statulib. & quod in causis publicarum pensionum quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, dum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, l. pen. C. de col-lat. fund. patrim.

6. Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, l. 5. C. de compens. l. 7. C. de solut. Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est ejus quæ facta est volente creditore, atque ipso jure pro soluto est quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore ex quo utrimque pecunia deberi cœpit, l. 4. C. de compens. ll. 4. 11. & seqq. ff. eod. Neque textus in l. ult. quib. 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. buj. tit. id quod debetur pro parte recte solvi; sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor partis solutionem admittat: ut & illud quod traditur l. 2. §. 1. de verb. obl. quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum naturâ suâ, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit; ad differentiam earum quæ naturâ divisionem nos admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione. Ipse textus in l. 21. de reb. cred. quo præcipue moveretur nostram potius sententiam juvat; nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat quo creditor partem ejus quod petit accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo quod an debeat non apparet paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat regulam esse in contrarium. Eademque sententia est legis 8. si pars ber. per.

7. Illud in confesso: nec 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 condi-

ditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures quæ divisionem admittunt promissæ sunt, liberatio pro parte contingit; sin minus, non nisi toto soluto, l. 9. §. 1. l. 94. pr. de solut. l. 2. §. 1. de verb. obl. Conditione sua divisionem non recipiant, quamvis alioqui res naturâ sua dividuas contineant, 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 injuria stipulatoris constitui potest, l. 5. §. ult. de verb. obl. add. l. 85. eod. Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod aliàs evenire posset, d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de solut. In acceptilatione hoc non metuitur; & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, l. 17. de acceptil. d. l. 2. §. 3. de verb. obl. An quod in diem debetur etiam ante diem recte solvatur, dixi sub §. 2. Inst. sup. de verb. obl.

8. *Consentiente creditore*] Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus quam si eadem res soluta esset, l. 17. C. de solut. nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, l. 52. de solut. Enimvero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat ut avocari non possit; alioqui & manet pristina obligatio, & manet pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, l. 46. eod. tit. quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ quæ propria fuit debitoris, l. 20. l. 38. §. 3. l. 72. §. pen. eod.

9. *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. 17. C. de solut. Quinimmo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, l. 23. 40. & 53. ff. eod. idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius quamvis inviti aut ignorantis facere meliorem, l. 39. de neg. gest. d. l. 53. de solut. Neque obstat, quod traditur in l. 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 pass. 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 illud Senecæ 2. de benef. 19. *Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere cui nolis; & Theodorici Regis apud Casiod. lib. 5. epist. 39. Non est defensio quæ 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 male 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. cap. 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 & præcitatis legg. intelligitur; efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris; nam cum creditor accipit quod est in obligatione, necesse est eam extinguere ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur lex 6. infra. de dol. mal. exc. alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo de quo hic quæritur longe diversus, s. illicet cum quis alii 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 & verante. Ad jus vero repetendi quod attinet hoc interest, quod ejus quod pro invito solvi recuperandi causâ nullam actionem habeam; quod solvi pro volente repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, l. 6. §. 2. l. 20. §. 1. l. 40. ff. mand. l. ult. C. de neg. gest.

10. *Ignorante debitore vel invito*] Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus interest quis solvat; & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere, nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur; sed quod

debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, l. 9. C. de solut. Plane si creditoris intersit 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 resolutio jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, l. 31. de pign.) arg. l. 12. §. 2. vers. non solum de usufr. & d. l. 31. de pign. 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 deteriore facere, l. 39. de neg. gest. Ita sentio cum D. Tuld. comm. hic cap. 1. Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit qui canonem solvit tamquam emphyteuta, magis est ut solutio vero emphyteutæ prosit. Adi Jas. in l. 2. C. de jur. empb. col. 20. quest. 25. Tiraq. de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. n. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pign. cap. 13. n. 3. & in Treutl. vol. 2. disp. 29. ibi. 3.

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, l. 43. de solut. Ratio perspicua est, quia sublata re principali etiam ea quæ accessionis locum obtinent intercidere necesse est.

11. 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 se solvere dicit nomine rei; ceterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur: contendunt reum ipso jure obligatum manere, & defendi dumtaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, arg. l. 38. mandat. Ego vero cum Giphano & 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 textum. 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 Titii 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. mandat. l. 95. §. 10. de solut. quod secus est si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, ll. 17. 36. & 39. de fidejuss. l. 76. de solut. cum similibus. Vid. sup. §. 4. Inst. de fidejuss.

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poteris sic fieri, ut patiaturs 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: Εἴχαι λαβὼν δυνάμει τόσα; Εἴχω λαβὼν. Quo genere (ut diximus) tantum eas solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ. 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.

COMMENTARIUS.

- 1 Explicatur Modestiniانا acceptilationis definitio.
- 2 Traditur alia plenior & planior.
- 3 Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.
- 4 Solutionis & acceptilationis communia & propria. Et n. 7.
- 5 In forma acceptilationis quæ consideranda.
- 6 Materia seu objectum.

1. ETIAM acceptilationem ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitio.

nitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, *l. 1. de accept.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor dumtaxat 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 constat, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commutentur & interrogetur creditor; nec ob stare quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio quæ illam perimit; ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio quæ eam sequitur significatur, *ll. 5. & 15. ff. de transact. l. 3. C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam quæ præcessit stipulationem significari. Cujac. *5. obs. 36.* Hotom. *3. observ. 18.* Ceterum probabilius meo quidem iudicio dicemus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tamquam partem præcedentis interrogationis: ut definitio generaliter concepta & in exorsu 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 nectitur & creditor nectitur.

2. 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 ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causâ. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur, id est interrogatione & responsione certis verbis conceptis quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de acceptil.* qualia Veteribus

promiscue usurpata sunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere*, *ll. 6. 7. & 13. §. 1. & deinceps §§. & 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. 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, remouentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est sed ad obligandum non ad liberandum comparata.

3. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis, quibus stipulatio duplex est una obligatoria altera liberatoria (D. Tuld. dissolutoriam vocat) arg. *l. 27. §. 2. de pact.* Sed neque Veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi 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 causâ interposita; addit enim, *Si hoc actum est*: quæ verba auctores nostri usurpare solent cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *ll. 2. & 6. & passim de novat.* ita & D. Cujac. in *d. l. 27. §. 2. de pact.* VINN. Sed ego nihil causæ video cur acceptilatio stipulatio dici nequeat. Sive finem sive originem sive formam spectes, recte hoc nomen feret. Finis est, ut caveamus nobis, vel ut securiores simus de promissione alterius, *l. 1. §. 4. ff. de stip. præ.* Hic vero alter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus solemnem interrogationem utrimur. Origo vocis stipulatio à *stipulo*, id est firmo, non abludit à fine acceptilationis; nec forma hic alia quam in stipulatione, nempe interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut Veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sane in Glossariis vetustis ideo vocatur ἐπερωτήσις vel ἰμολογία ἡ ἀπὸ ἐρωτήσεως* (interrogatio, vel sponsio ex interrogatione descendens) Adde Senec. de benef. lib. 3. cap. 15. Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum non ad liberandum sic comparata: quasi enim qui liberationem promittit, non sese obliget ad non petendum. Et quomodo dici potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi quo contrahabatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

4. Imaginaria solutio] Solutio naturaliter obligationem resolvit, acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor ali-

quid reipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil; sed tamen quasi præstiterit liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit; nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solum esset; unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l. 5. de acceptil.* & veluti solvisse videri cui accepto latum est, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solum accipiendo tam extraneus quivis qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat, *l. 12. 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. hujus tit.* At vero 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 interposito speciali mandato liberentur aut liberent, *l. 13. §. 10. l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *l. 123. junct. l. 77. de reg. jur.* Atenim quò recta nequit, eo obliqua viâ pervenitur adhibito remedio novationis: videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. 10. & cave aliud colligas ex lege 13. §. 10. eod. Cujac. 15. obs. 16.*

5. *Grace potest fieri*) Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia quæ liberationi convenient. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari posuit; sed postquam utilitatis causâ receptum fuit ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur: illud quoque admittendum fuit ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l. 8. §. ult. de acceptil.* ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris 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 stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tan-

tum verbis concipiebatur; sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit ut etiam lingua peregrina, id est quavis alia quam Latinâ fieri posset; dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. sup. hoc tit.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit; quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *ll. 4. & 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. 77. de reg. jur.* 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 exiterit aut dies venerit. Sed novum non est ut ea non expressa non neceant quæ aperte comprehensa vitium afferunt, *l. 12. de acceptil. d. l. 77. de reg. jur. l. 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Bissinius *lib. 2. de solut. tit. de acceptil.*

6. *Quæ verbis consistunt, non etiam ceteræ*] Materia siye res quæ in acceptilationem deduci potest est debitum verbis antea contractum. Primo 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. §. 5. de accept.* & 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. Joann. Wames. *cent. 1. cons. 73. n. 13.* Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur non vitatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l. 15. eod.* Secundo id debitum solum acceptilationem perimere potest quod verbis contractum est, non alia obligatio; siquidem natura convenit eodem genere unumquodque dissolvi quo colligatum est; & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum solas verborum obligationes acceptilationem posse tolli, *l. 8. §. 3. eod. l. 35. de reg. jur. l. 80. de solut.* Plane, si quod ex alia obligatione debetur accepto latum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, *l. 19. de acceptil.* nam inutilem accep-

COMMENTARIUS.

tilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediatur, l. 8. pr. eod.

Quod ex alia causa debetur potest in stipulationem deduci] Etsi debita quæ non ex verborum obligatione veniunt acceptilatione directo tolli nequeunt: oblique tamen possunt remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut 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.

7. *Pro parte debiti acceptilatio fieri*] Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur ad acceptilationem nihil interest, ll. 9. 10. & 13. §. 2. de acceptil. & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, l. 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 naturâ sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii: acceptilationem in partem nullius esse momenti, d. l. 13. §. 1. de acceptil.

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

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: Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolo malo fecisti quominus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.*

C Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constet ex ea de dolo malo, quam Cicero lib. 3. de nat. Deor. cap. 30. everriculum omnium maliciarum appellat, & ea de postumo nepote vivo adhuc filio herede instituendo, l. 29. de lib. & post. stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatae 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 alioqui angustus & intra verborum obligationes consistens, dilatur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, ll. 2. 4. 5. & 15. ff. de transact. ll. 3. 4. C. eod. VINN. Apud nos nec acceptilationis neque Aquilianæ acceptilationis ullus usus est: nudo enim pacto obligationes omnes ipso jure tolluntur, l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. ut notat Pallad. lib. 2. rer. quæ t. 3. n. 21. ADDIT.

Ita composita est] Exhibetur hic ex Florentino l. 18. §. 1. de acceptil. formula stipulationis novantis uti ea ab Aquilio concepta est; sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxii Veterum in cautionibus componendis diligentiae argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundantia sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quidquid te mihi ex quacumque causa] Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu; nam & ad eas obligationum species pertinet quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiuntur, 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. 76. §. 1. de verb. obl. 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 per-

personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, l. 178. §. 2. de verb. sign. Sensus ergo est, quidquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant; ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cujusque sit cujus vindicandi jus habet, l. 27. §. 2. de acq. arg. leg.

Habes, tenes, possides] Tenere ad factum refertur, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure domini, & jure possessionis, & mera detentione, l. 188. de verb. sign. l. 38. §. 7. & 2. seqq. de verb. obl. quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti &c.] Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur qui dolo fecit quominus possideat, l. 150. l. 157. §. 1. de reg. jur. Cetera per se satis plana sunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, *quantique earum rerum res erit*, ad reales actiones spectant, in quas non minus quam in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinnius observavit. Cum itaque quod nostrum est amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari nobis non possumus, §. 2. Inst. de inut. stipul. l. 82. ff. de verb. oblig. callide Aquilius æstimationem pro re stipulari nos jussit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, vel (ut apud Pariat. legg. Mos. & Rom. tit. 2. §. 6. legitur) Numidius Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem hoc reum significari consuevisse, jam ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pitheüs. HEIN.

TEXTUS.

De novatione.

3. Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tibi Sejus debebat à Titio stipulatus sis. 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 fueris: 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, & quardam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definiit 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.

L. 15. cum 4. seqq. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 In novatione quæ necessaria; & an aliter quam per stipulationem præcedens obligatio novetur.
- 2 Væræ novationis effectus.
- 3 Quot modis novatio fiat; ubi & de delegatione.
- 4 De novatione quæ fit per litis contestationem; & quantum hac differat à vera & voluntaria.
- 5 Quis effectus si quis quod alius debet à pupillo 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.

1. **N**OVATIONE quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita ut in locum sublata alia nova substituat; est enim novatio prioris debiti in aliam obligationem conversio, l. 1. de novat. Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, d. l. 1. §. 1. ll. 2. §. 6. 7. 11. & passim ff. eod. ll. 1. 3. 7. & ult. C. eod. l. 6. C. sicert. pet. Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria: obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio per quam illa

in hanc transferatur. Vetus obligatio qualiscumque est, aut quomodocumque contracta verbis novari potest, *ll. 1. & 2. de novat.* nec metuendum hic est ne obstat regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. 35. de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l. 8. §. 3. ff. ad senat. Vell.* 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 Goëdd. *de contr. stip. cap. 5. concl. 8. n. 90. & seqq.* adversus Bartolum in *d. l. 1. in contrarium adducentem legem 45. §. ult. mand.* Tantum in contractibus quæ solo consensu perficiuntur hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat & alium ejusdem generis constituat, *l. 7. §. 6. de pact. l. 72. de contr. emt.* Hodie sane etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius quam per stipulationem, utpote cujus solemnitas penes exolevit, ut post DD. in *l. 15. de reb. credit. tradunt Wesemb. hic Gudelin. lib. 3. de jur. noviss. cap. 12.* Præter hæc & animus novandi exigitur; nec enim aliter fit novatio quam si hoc agatur ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ult. l. 28. ff. de novat. l. 3. C. eod. de quo item fusius postea.*

2. Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta prior perimatur, *d. l. 1. eod.* quæ res facit ut etiam incommoda omnia quæ prioris obligationis fuerunt simul evanescant, qualia sunt hæc: mora facta, periculum interitus rei debitæ, poena veteri obligatione promissa, usura ex eadem causa debitæ, privilegium quod prioris actionis fuit, pignora denique & fidejussores, *ll. 8. 15. 18. 27. & 29. de novat. l. 43. de solut.* Plane 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. 3. qui pot. in pign. & ibi Bart. Myns. 1. obs. 59. Gail. 2. obs. 30. n. 10.*

3. Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel personâ debitoris mutata: priore casu novi aliquid ad-

jici debet ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. sed si eadem personâ;* posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore alius, qui expromissor appellari solet ut notatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit: veluti si Titius novationis causâ 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. 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, cap. 8.* Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur.

4. Est vero præter hanc quæ stipulatione fit & alia quam inducit litis contestatio, *d. l. 11. §. 1. l. 29. ff. eod. l. 3. C. de usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur & velut nova inducitur obligatio judicati, *l. 3. §. 11. de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat; vel personâ rei mutata, si 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. 23. de solut.* Ceterum hæc species novationis superiori longe dissimilis est, & 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 heredes transmittitur, *l. 26. de obl. & aff. §. 1. Inst. inf. de perp. & temp. aff.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati priore multo utilior, *l. 56. ff. de re jud. l. 3. C. de usur. rei jud.* At enimvero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur, per *text. in l. 41. §. 1. de fidejuss. l. 20. ff. de interr. in jur. l. 2. C. de judic. arg. l. 26. §. ult. l. 27. l. 28. §. 1. de jurisjur. junct. l. 30. in pr. eod. junct. l. 2. ff. eod. l. 8. C. de reb. cred. & d. l. 56. de re jud.* Et hinc est quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l. 8. §. 3. de fidejuss. l. 13. §. 4. de pign. l. 29. de novat. fac. l. 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 iudicio accepto, necessariam: cuius distinctionis fundamentum est in *d. l. 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 stipulatio 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. 26. §. 2. mand.*

5. *A pupillo sine tutoris auctoritate*] Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat *ll. 5. & 9. de auct. tut.* Attamen si ejus ætatis sit ut intelligat quod agitur naturaliter obligatur, ut demonstravimus *sup. ad §. 9. Inst. 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 *lege 20. §. 1. eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare; neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum quod sibi ex aliqua causa debetur in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, arque ita forte conditionem suam facere deteriore, quod negat Paul. *d. loc.* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam, eo effectum 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 quam interposita tutoris auctoritate, per *l. 19. de reg. jur.*

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 naturam quidem deberi interdum dicitur, *l. 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeat, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: quæ de re uberior sub *§. 9. Inst. 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. & aff.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis extra causam peculiarem incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* 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, & de pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt, si servus pro libero se gerens iudicio conventus & condemnatus sit: si in arbitrum compromiserit, *l. 3. §. 8. de pecul.* si cum conveniretur jusjurandum adversario detulerit, *l. 5. §. 2. d. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens, *l. 3. §. 5. eod. tit. l. 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit aut aliàs obligationem non peculiarem novaverit, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem; ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *lege ult. de novat. junct. l. 16. eod. l. 19. de solut. & facit lex 20. cum l. seq. de jurejur.*

6. *Si eadem persona sit à quo postea stipuleris &c.*] Sententia hujus loci hæc 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 detractusve. Nam neque si alia persona intervenerit hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea fiat, 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. ll. 6. & 7. de novat.

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causâ non tantum pure, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem deberetur pure novandi causâ promitti: quo effectu docebunt textus in ll. 5. & 8. §. 1. l. 14. per tot. ll. 24. & 31. de novat. l. 60. §. 1. de cond. ind. Late & eleganter D. Brisonius lib. 2. de solut. tit. de novat.

7. 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. 28. ff. de novat. l. 3. C. eod. Ceterum dubium erat quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio Veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones, si nihil erat ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, l. 58. de verb. oblig. vid. Ant. Fab. 3. conject. 3. Justinianus vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit non aliter novationem prioris obligationis fieri quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causâ 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 Justinianum eas dumtaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum Veteres constituerant: quod genus sæpe fallit. Vid. Gail. 2. obs. 30. n. 1. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 180. n. 9. & seqq. Tulden. comm. hic cap. 7. Bartolus quoque l. 11. de novat. existimat, eam legem non pertinere ad delegationem, quem sequuntur Zas. in l. 15. n. 11. de reb. cred. Gail. d. loc. n. 9. Wesemb. parat. de novat.

Tom. II.

n. 8. Et sane illa legis verba, vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit, commode de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. ad Treult. vol. 2. disp. 29. tbes. 6. VINN. Lex 15. tit. 14. Part. 5. contrariam sententiam probare videtur, ibi: diciendo abieramente el deudor que lo facia con voluntad que el primero fuese desatado: quam tenet Greg. Lopez ad hac verb. Communem tamen sententiam tuetur Pichard. hic. ADDIT.

Ut maneat & utraque causa obligatio] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat duæ obligationes censebantur, l. 2. in fin. de novat. Cujus rei hic 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 solum erit altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, l. 8. §. ult. de novat.

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. Hoc amplius eæ obligationes quæ consensu contrahuntur contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint ut fundum Tusculanum entum Sejus haberes centum aureis; deinde re nondum secuta (id est, neque pretio soluto neque fundo tradito) placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conditione & locatione, & in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

L. 2. in fin. tit. 10. lib. 3. for. legg.

COMMENTARIUS.

1. Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.

2. Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus & honorariam pignoris.

1. Quidam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles ex quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, l. 95. §. 4. de solut. quod nihil aliud

Kk

est

est quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem, dicimus quod æquum est atque honestum nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. 40. §. 1. l. 52. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *lege 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. 95. §. 4. de solut.* Non adversatur *lex 27. §. 2. de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsitæ erat, per posterius elidendo: quò redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituitur: vid. *inf. sub tit. Inst. de replicat. in pr. VINN.* Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, cum tamen fidejussor non consensu sed verbis obligetur, *l. 3. ff. de resc. vend. l. 95. §. ult. ff. de solut.* Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali accessoria ipso jure expirat, *l. 129. §. 1. l. 178. ff. de reg. jur. HEIN.*

2. De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes ut nudo consensu contrahuntur ita & contrario eoque nudo consensu dissolvi, *ll. 3. & 5. §. 1. de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu habeatur, *l. 7. §. 6. l. 58. ff. de pact. ll. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc.* in quo & in ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus Veteres secuti sunt, *l. 80. de solut. d. l. 35. de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est efficacem ad agendum producant, 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 contrariam 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 recte defenditur etiam obligationem pignoris quæ jure prætorio constituitur nuda conventionem, *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventionem ipso jure dissolvi, licet obstare videatur *lex 17. §. 2. de pact.* sed ea loquitur de pacto quo remittitur debitum principale, non de eo quod directio tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. *Neguz. tractat. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3. Bachov. lib. 3. de pign. cap. 6. & in comm. ad tit. de pact. cap. de pact. resolut.* De furto & injuriis *lex XII. tabb. pacisci permisit*: quæ causa est quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l. 17. §. 1. de pact. junct. ll. 6. & 7. §. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id est contraria conventionem seu utriusque partis consensu, *l. 1. C. quand. lic. ab emt. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 6. C. de oblig. & act. l. 3. C. 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 secuta] *Leg. 7. §. 6. de pact. ll. 3. & 5. §. 1. de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. 58. ff. de pact. ll. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc.* id est, si nihil præstitum sit eorum quæ ex contractu præstari debent: veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit consensu amplius negotium resolveri nequit, nisi simul restituantur quæ prius tradita erant; neque enim ut retro tradantur nudo pacto obligatio constitui potest, *d. l. 58. 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. §. 6. ff. de act. emt. l. 2. C. quand. lic. ab emt. disc.*

Finis Libri Tertii.

ARNOLDI VINNI J.C.
IN LIBRUM QUARTUM
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
ACADEMICUS ET FORENSIS.

TITULUS I.

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. lib. 47. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 2. Et Part. 7. tit. 14. Recop. lib. 8. tit. 11.

Continuatio. Delictum quid & quoduplex.

EX quatuor causis obligationum propositis §. ult. *Inst. 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 poenam meretur. Estque vel *publicum*, quod ad læsionem Reipub. directo tendit & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel *privatum*, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur; quamquam verbum *crimen* ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, l. ult. *de priv. delict.* l. ult. *de furs.* l. ult. *de injur.* Sed judicia cri-

minalia huc non pertinent; quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actiones quod nobis quibus nocitum est ex ea causa debetur, sed extra ordinem ad vindictam agimus, poenamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam; sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu & quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed ille 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.

COMMENTARIUS.

I Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci.

COMMENTARIUS.

1. **H**Æ 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. Inst. 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. Ut ecce, qui verbis aut scripturâ professus est se furtum fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensus, non tenetur furti; sed ut teneatur necesse est contrectatio interveniat, l. 52. §. 19. de furt. Similiter, si quis verbis aut literis confessus est se injuriam alicui fecisse non tenetur injuriarum, sed ut teneatur oportet intervenisse contumeliam, l. 27. §. 2. de pact. ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci sed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & scripturâ fieri dicatur, l. 1. §. 1. l. 5. §. 9. & seq. ff. de injur. l. un. C. de famos. libell. tamen illa hic non attenduntur ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium dumtaxat & contumelia quæ iis inhæret: unde actio omnis quæ ex maleficio descendit ex facto esse dicitur, l. 25. §. 1. de obl. & act. Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus; ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

2. Furto, rapinâ, damno, injuriâ] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Gajus d. l. 4. nimirum reliqua de quibus lib. 47. ff. 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 poena, quæ causa efficiens, materia & forma: quando, quibus in rebus & à quibus committatur: quis sit effectus: quæ inde actiones: quibus, contra quos, & cuius rei gratiâ dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. Furtum est, contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve: quod lege naturali prohibetur est admittere.

- 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 & naturâ turpia esse.

Auctor hujus definitionis est Paulus lege 1. §. ult. de furt. Idem lib. 2. sent. tit. 31. furem sic definit: Fur est, inquit, qui dolo malo rem alienam contrectat.

1. Contrectatio] Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare, est rem manu tractare loco & movere, l. 3. §. 18. de adq. poss. l. 15. ad exhib. Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, §. 2. Inst. sup. de usuc. in fin. Deinde furtum non fieri verbis aut scripturâ, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, l. 1. §. 1. l. 52. §. 19. de furt. & consequenter furem nondum esse qui tantum conclave intravit furandi causâ, l. 21. §. 7. eod. nec illum statim esse qui inficiatur depositum, sed ita si intervertendi causâ amoverit, occultaverit, d. l. 1. §. 2. l. 67. eod. d. l. 3. §. 18. de adq. poss. Plane etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, d. l. 21. §. 8. de furt. Neque in solum furtum facere & rem contrectare intelligitur qui eam surripit & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam quam à domino accipit alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæ in suos usus convertit, l. 52. §. 16. ff. eod. l. 7. C. eod. aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur cum usum nullum habeat, aut aliter utitur quam ex lege contractus debuit: de quo plenius inf. sub. §. 6. huj. tit. Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsentem indebitum ei quem delegavit solvitur, l. 43. §. 2. de furt.

2. Fraudulosa] Fraudulosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem quatenus sua est nemo fraudulenter contrectare potest: vid. inf. §. 10. Sed & si cum esset aliena suam quis esse existimaverit fur non est, licet in jure non

non in facto erret, l. 25. §. 6. de ber. pet. §. 2. *Inst. sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, l. 53. de furt. Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est rem intervertendi domino non committitur, §. 7. *inf. hoc tit.* 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. 77. *ead.* Nam etsi in huiusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablati intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est fraudis mentionem etiam ideo fieri ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, κλοπή γάρ ἐστι ἡ λατάνεσα ἡ ἀλλοτρίῃ μεταλλήσις (*furtum enim est clandestina aliena rei translatio*) Proc. in Parmen Plat. Nam etsi generali significato & vis fraudem & dolum habet, l. 2. §. 8. *vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur quæ occulte fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ vim leonis esse.*

3. *Lucri faciendi gratiâ*] Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum à ceteris maleficiis separant, l. 8. §. 2. *arbor. furt. cas.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur 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 causâ, injuria est; si nocendi tantum gratiâ, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, l. 39. l. 53. de furt. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.

4. A lucri studio ac proinde etiam à crimine furti & ille alienus esse videtur qui urgente fame esculenta aufert ut inediæ succurrat, cap. 3. x. de furt. cap. 26. de consecr. 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 Deuter. cap. 23. vers. pen. & ult. & Plato 8. de legib. Add. Covar. in cap. 4. de reg. jur. in 6. part. 2. §. 1. n. 3. & Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. n. 6.

5. Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi

causâ, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi quam si sit qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hereditariæ ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam heres possideat; nisi res pignori data aut commodata aut ususfructus alienus, l. 1. §. 15. si is qui test. lib. l. 14. §. 14. l. 68. cum 2. ll. seqq. de furt. l. 2. & l. ult. expil. ber. Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit cui fiat. Neque tamen impune fert qui rem huiusmodi surripuit; nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest & heres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hereditatis, d. l. 2. de crim. expil. hered. Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrando animo sustulit ignorans cujus sit, l. 43. §. 4. de furt. D. Tulden. comm. hic cap. 8.

Vel ipsius rei vel usus possessionisve] Hoc est, ea gratiâ ut quis lucrum faciat, vel totius rei quam contrectat, vel usus ejus aut possessionis dumtaxat; nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in §. 6. *inf. hoc tit.* possessionis, §. 10. & l. 74. de furt.

6. *Lege naturali prohibitu*] Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & naturâ turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, l. 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 causâ. Cicero lib. 3. offic. cap. 5. *Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes fusta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, 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 sup. tit. 2. lib. 1. *Inst.* Sed nec illi ipsi quos diximus Ægyptiî aut Lacedæmonii furta simpliciter permisissent aut probarunt, tamquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse ut omnes à furto abstinerent, viam quasivit qua domini res sublatae 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

tur ut prius taxatione facta quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi poenam negligentiae. Diod. Sicul. lib. 1. Biblioth. cap. 18. Lycurgus autem qui Lacedaemoniis leges tulit non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium; neque omnibus furari, sed junioribus dumtaxat: quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris noctu vigilare, interdum fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus caedi iubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte lib. de Repub. Lacedaemon. VINN. Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat Ioh. Salmas. de usur. cap. 9. putat quod ipsum dominium non natura sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero cum jus naturae vel absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi recte rationi non absolute sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorff. de jur. nat. & gent. lib. 3. cap. 3. §. 24. HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem vel à furvo, id est nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte; vel à fraude, vel à ferendo, id est auferendo; vel à Græco sermone, qui φῦγας appellant fures. Immo & Græci ἀπὸ τῷ φῦγας (à ferendo fures) dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia. Text. l. 1. pr. de furt. nimirum quod furtum dictum sit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel ab antiquo Græco verbo φῦγ (fur). Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui ut Paulus refert in d. l. 1. furtum à furvo, id est nigro ideo dictum ait, quod clam & obscure fiat & plerumque nocte: quod etiam Nonius lib. 1. confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse lib. 14. rer. divin. quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in lib. 9. Aeneid. ad illud Virgilii, v. 350. Hic furto fervidus instat, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est nigro tempore furta committunt. Secundæ auc-

tor est Sabinus d. l. 1. r. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est auferendo fures dicantur, cum re optime convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco φῦγ per affinitatem literarum dictus sit, placet Gellio lib. 1. cap. 18. ubi tantum non carpit Varronem quasi memoriâ lapsum, quod furem dictum scripsit à furvo. VINN. Vere fures à ferendo vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, Scalke, quod cum olim servum, famulum, ministrum notârit, eaque significatio etiamnum supersit in nominibus, Marescallus, Seneschallus, Gottsche. Illus &c. hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera, manifestum & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto coherentes quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est quem Græci ἐν αὐτοφῶρῳ (in ipso furandi actu deprehensus) 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. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato, vel à domino vel ab alio, antequam eò perveniret quo deferre vel deponere destinaret. Sed si pertulit quod 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.*

L. 2. tit. 14. Part. 7.

NOTA.

3. *Quam genera furtorum*] Paulus inter genera furtorum refert conceptum & oblatum, lib. 2. sent. 1. adde Gajum 2. Inst. 11.

COMMENTARIUS.

1. *Genera furtorum.*

2. *Fu-*

2 *Furti manifesti descriptio.*

3 *Quid furtum nec manifestum.*

1. **F**urtorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, l. 2. de furt. nam ut hic indicatur & latius explicatur §. seq. conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto coherentes; neque inter duo illa genera reperitur medium, quamvis fieri possit ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, l. 21. pr. vers. nam etsi de furt. Plane furtum varie subdividi potest, veluti quod aliud sit diurnum aliud nocturnum, aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à ceteris furibus abigei, balnearii, saccularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, tit. ff. de abig. & de furt. balm. l. 7. de extraord. crim. Peculatores, sacrilegi, plagarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. Inst. infr. de publ. jud. VINN. Ex praxi Hispaniæ furtum dividitur in simplex & qualificatum, l. 7. tit. 11. lib. 8. Recop. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret; qualificatum contra, quod aciores circumstantiæ committantur; quæ autem hujusmodi sint docetur lege 18. tit. 14. Part. 7. ubi Gregor. Lop. cui adde Ant. Gom. lib. 3. var. cap. 5. ADDIT.

2. *Manifestus fur est*] Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus furem manifestum censi 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 quò perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex legibus 3. 4. & 5. de furt.

Εἰς αὐτοφώρων appellant] Hoc est, αὐτοφώρη, in ipso furto, εἰς αὐτῇ τῇ φασῇ, scilicet αλόητα, deprehensum in admissio Papinianus appellat l. 8. de præscr. verb. Paulus de eo qui eum furto deprehenditur hoc explicat, d. l. 3. in pr. sed plenius Hesychius, εἰς αὐτοφώρων, inquit, ὁ φανερός καταλφεῖς, ἢ εἰς αὐτῇ τῇ κλέμῃ ἐν τοῖς ἐν τοῖς κατέχον αὐτῇ. (In ipso furandi actu manifestè comprehensus, aut cum ipso furto seu re ablata repertus adhuc eam detinens, aut secum ferens) Usurpatur & de deprehensio in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis πῆγί τῇ εἰς αὐτοφώρων ἀλόητος μοίχης (De adultero in ipso scelere deprehensio). Visus vel deprehensus] Non solum prehen-

sio sed etiam visio furem manifestum facit: utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, l. 7. §. 1. & 2. de furt. Servius in illud Virgilii Eclog. 3. Non ego te vidi? manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, vidi.

Vel à domino vel ab aliis] Nihil refert à quo fur deprehendatur, utrum ab eo cujus res est, an à vicino aliove quolibet transeunte, l. 3. §. 1. l. 7. §. ult. de furt. Itaque quod de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur l. 24. §. 2. de usur. id exempli tantum causâ prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit ut alteri per alterum obligatio adquiratur contra regulam juris, §. 4. & 18. Inst. sup. de inut. stip. nam deprehensio cujuscumque ea sit delictum tantum qualificat.

3. *Nec manifestum furtum quid sit &c.*] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti tamquam contrarium ex contrarii sui definitione intelligitur, l. 8. de furt. Sed & aperte illud definitur vers. proxime præced. ubi Justinianus ait, eum qui rem pertulit quò destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum: quomodo & Jurisconsultus l. 5. §. 2. eod. idque sic à Paulo explicatur l. 4. eod. si eò pertulit quò destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat & dum aliò perfert deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hanc sententiam Massurius apud Gellium lib. 11. cap. 18. Manifestum, inquit, furtum est quò deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quò ferri cœperat.

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quasita & inventa sit; nam in eum propria actio constituta est quamvis fur non sit; quæ appellatur 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 obrulit, quamvis fur non sit, constituta est actio quæ appellatur oblato. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum querere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna con-*

constituitur editto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum qui furtivam rem apud se quaesitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti & oblati & furti prohibiti, necnon furti non exhibiti in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfata actiones ab usu communi recesserunt; cum manifestum sit, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint & celaverint furti nec manifesti obnoxii sunt.

COMMENTARIUS.

1. Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.

Conceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti quam species actionum furto cohærentes dicimus §. præc. quamvis Paulus 2. sent. 31. & Gajus 2. Inst. 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis quorum hic fit mentio, prohibito scilicet, & non exhibito.

Furtiva res quasita & inventa] Is apud quem testibus adhibitis res quasita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus d. loc. Concepti, inquit, actione is tenetur apud quem furtum quaesitum & inventum est. Item, Concepti is agere potest qui rem concepti & 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 XII. tabulis vindicata; post vero tripli poenam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur sive fur sive alius quis qui rem furtivam alii obtulerat ne apud se deprehenderetur, atque ita poenæ turpitudinem effugeret. Hic ei apud quem res concepta erat propria adversus eum qui obtulerat actio dabatur, quæ dicebatur oblata, cujus vis in triplum ita erat, ut restantur 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 quaesitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti non exhibiti actionem in duplum datam fuisse docuimus alibi ex Plaut. *Panul.*

Act. 3. scen. 1. v. 54. seq. Act. 1. sc. 1. v. 55. Act. 3. sc. 4. v. 27. sc. 5. v. 39. sc. 6. v. 14. in quibus, locis alii actionem servi corrupti, tamquam caput secundum legis Aquiliæ sibi invenisse videntur. Vid. Taubm. ad not. ad hunc loc. & adde *Elementa nostra Juris lib. 4. §. 1058. HEIN.*

In desuetudinem abierunt.] Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

1. *Requisitio rei furtivæ secundum veterem observationem*] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege XII. tabb. teste Gellio d. loc. & lib. 16. cap. 10. Ex Festo autem dicimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum libat quærere in domo aliena licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum famil. aut virginum præstantiam. Quod sumtum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato l. 12. de legib. sic scribit: *ᾠρὰν δὲ ἂν ἰδεῖν τις παρ' ἑτοῦ, γυνὴς ἢ χιτῶνιστον ἔχον, ἄλλας, &c. ἕτα φράει.* Id est si quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus, aut licium habens & cinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic Veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen obiectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse refert Gellius d. cap. 10. ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur; quod tamen & ipsum ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimis curiositati panduntur, postea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. lib. 4. hoc tit.* Ingeniosa quoque & erudita sunt quæ ex instituto de illo diseruit vir cl. Abr. Willingius in libro singulari de furto per lancem & licium concepto. Non una utriusque hypothesis. Sed quis prohibeat in re tam vetusta hariolari? HEIN.

Furti nec manifesti obnoxii sunt] Quid si rei criminis plane convinci non possint, adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admitteretur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo cui furtum factum dicitur. D. Tuld. *comm. hic cap. 13. post DD. communiter.*

TEXTUS.

Pœna.

5. Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi quam ex liberi persona, nec manifesti, dupli.

L. 18. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. Furta varie multata etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus. Et n. 5.
2. Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum; & tandem civiliter agi desitum.
3. Quæ furti pœna ex constitutionibus Frederici & Caroli Imp. & quomodo nunc fere fures plestantur.
4. Ostenditur non pugnare cum iustitia attributrice quod fures interdum etiam morte afficiantur.

1. **P**œna furti nec una apud omnes nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœnâ pecuniaria tantum, alii flagellatione, alii fustigatione, alii effusione oculorum aut alicujus membri amputatione, alii gravius etiam adeoque morte furta multarunt. Vide 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 prenos cædi & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis qui furta omnia capite plestebat, in altero Solonis lenitatem qui ea dupli tantum pœnâ vindicabat secuti videntur. Gell. lib. 11. cap. 18. Ceterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit. Itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerunt.

2. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causâ extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum; eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat quam actio furti civilis, l. ult. *de furt.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione qua cavet ne pro furto vel mors vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœnâ pecuniaria vel exilio,

Tom. II.

vel simili, quam constitutione sua non excedit, 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 applicabatur, in totum abolitæ sunt. Ceterum severius furta vindicari placuit propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur.

3. Extat Frederici Imperatoris constitutio lib. 2. *Feud. tit. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit laqueo suspendi; eum vero qui minus furtum commiserit scopis, & forcipe excorari & tundi sive, ut Hotomannus legit, tonderi, §. ult. d. tit. eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *ead. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit.* §. 1. Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est eo cum quo concurrat & crimen violatæ pacis, arg. *rubricæ* (vid. Lud. Gomez ad §. 18. n. 3. 4. & §. 1. *Inst. inf. de a. f.* Clar. §. *furtum n. 7.* Schneid. in §. ult. *hoc tit. n. 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 V. qua cavetur ut fures, præsertim non manifesti neque magnæ rei & semel dumtaxat furti convicti, lenius; iterum & tertio convicti gravius, & capite puniantur; habita tamen ratione sexus, ætatis &c. *art. 157. & seqq. const. Imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendationis vicæ: denique tertio convicti in patibulum attolluntur, ut vitam quæ flagris aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, recte finiant; qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez ad d. §. 18. n. 4. Chassan. *ad consuet. Burg. rub. 1. §. 5. vers. simplex n. 2.* Clar. d. §. *furtum n. 12.* Covarr. 2. *resol. 9. n. 7. & 10. n. 2.* Damhoud. *prax. crim. cap. 10. n. 28. & seq.* Gudel. 5. *de jur. nov.* 19. Privatis tantum relicta est ejus quod surreptum est judicio civili persequendi facultas.

LI

Sunt

4. Sunt qui hasce poenas, præsertim capitalam illam laquei, ut duras nimis & proportionem poenæ ad delictum longe excedentes in totum damnant, negantque justitiæ attributicis rationem pati ut puniatur morte qui in rebus dumtaxat externis alteri nocuit; maxime cum etiam lex Divina Hebrais per Mosen data non majore poena quam pecuniaria fures plecti jubeat, *Exod. cap. 22.* Vtrum respondent alii, nos legibus poenalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri; utique quoad gradus poenarum observandos quibus delicta coercerentur: satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam ut maleficia puniantur; gradus poenarum 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 deterri posse. Illam vero proportionem quæ debeat esse culpam inter & poenam non spectare absolute & nude materiæ delicti, sed habere respectum ad hunc finem ut in quieto sit vita communis & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit poena 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 materiæ poenæ examussum respondeat materiæ culpæ, hoc est ut bonum quo poena 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.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est ad id quod publice expedit: & intellexisse Claudium Saturninum in l. 16. *in fin. de poen.* 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 acerbiterat ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea dumtaxat quæ vel enormia sunt aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covarr. 2. *resol. 9. n. 7.* Dan. Moll. 1. *semestr. 37. n. 5.* & *reg. Wesemb. par. de fur. in fin.* late Lud. Molin. *de just. & jur. tom. 3. tract. 2. disp.*

695. Perez in *Cod. de furt. n. 15. & seqq.* VINN. Frustra ad leges Mosaicæ forenses provocatur, ubi alia Reipublicæ conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & malefici. Palestina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant posteri ob jurâ anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset à luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos esse oportebat pauperes, adeoque & paucos fures. Unde non mirum, leviozem poenam sufficere visam supremo Legislatori ad Israëlitas in officio retinendos. Quam diversa Rerumpublicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt! HEIN. Quæ de moribus hodiernis Vinnius noster tradit, ea apud Hispanos observari ex ipsis DD. quorum auctoritate noster utitur manifestum est; quare tum hic, tum in seqq. §§. ea consulto retinuumus, ne actum agere videremur. Adde leg. 18. *tit. 14. Part. 7. & legg. 7. & 9. tit. 11. lib. 8. Recop. ADDIT.*

5. *Tam ex servi quam ex liberi persona*] Respicere videtur ad poenam furti manifesti ex lege XII. tabb. 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 prætores mutata legis poenâ, & pecuniariâ quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum poenali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directè (ut homo liber convenitur ex maleficio proprio) sed judicio noxali, *inf. tit. Inst. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit. De contræstatione.

6. *Furtum autem fit non solum cum quis interceptiendi causâ rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contræstat. Itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam trans-*

transferat quam cuius gratiâ 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 causâ commodatum sibi longius aliquod duxerit: quod Veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset.

LL. 1. & 3. tit. 14. Part. 7.

NOTA.

6. Qui in aciem] Cujacio legendum videtur: Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset, ex Valerio & Symmacho; quamquam constans est hæc lectio, in aciem. Theophil. *ἰς πᾶσι τὰς* (in aciem instructam)

COMMENTARIUS.

1. Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur.

Furtum fieri intelligitur, non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat ipsius rei intervertendæ causâ, verum etiam si quis id faciat solius usus rei in lucrum suum transferendi gratiâ; adeoque non amovendo tantum sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re quam voluntate domini apud se habet non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium lib. 11. cap. 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. Inst. sup. quib. mod. re contr. obl. depositum custodiæ causâ, non usus, tot. tit. ff. 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 convertit in usus suos, ll. 40. 54. & 76. ff. de furt. l. 7. C. eod. Sed & eum qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causâ faciat; speciem enim lucri esse ex alieno largiri & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri qui ideo rem amovet ut alii donet, d. l. 54. §. 1. de furt.

Veluti si quis argentum &c. aut equum gestandi causâ) L. 5. §. 8. commod. d. l. 40. de furt. Gell. lib. 7. cap. 15. Memorabile est quod re-

ferunt Val. Max. lib. 8. cap. 2. & Symmach. 7. epist. 69. furti quemdam damnatum esse quod equo cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quod tamen mihi perquam durum videtur; neque potius criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane poena 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. Taldenus comm. hic cap. 2. fraudem publici tabularii; & meritò.

1. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignoratâ aut deposita utentes, aut commodatarius re commodatâ aliter quam utendam accepit furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id quod ejus qui pignori dedit, deposuit aut commodavit interest id factum non esse. Zipæ. not. jur. Belg. de furt. vers. pen. Autumn. confer. du droit. in l. 40. de furt. Groënew. de legg. abrog. hic.

TEXTUS.

De affectu furandi.

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, & si permissurum credant extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur.

L. 3. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. Species quadam notabilis.

Cum furtum sine animo & affectu furandi *χωρίς κακῆς προθέσεως* (sine pravo proposito) non committatur, l. 37. de usuc. neque tam factum queratur quam faciendi causâ, l. 39. de furt. recte dictum est, eum qui putavit se voluntate domini rem attingere non esse furem. Quid 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. 46. §. 7. de furt.

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem est si quis utatur re quæ utenda quidem data non est sed custodiæ aut pignoris causâ tradita, existimans se id facere domino non invito, l. 76. de furt.

1. 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 Joann. Fab. & Ang. hic, per textum generalem in d. l. 46. §. 7. de furt. aliâs suspitione furti & gravi præsumptione onerabitur, arg. l. 48. §. 3. de furt. 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 injur. Et ideo ne domini quidem attestatio profitentis consensu suo rem amotam esse furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur; nisi accedat idonea in contrarium conjecturæ. Ceterum hoc tunc locum habet cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart. in d. l. 46. §. 7. ff. de furt. & DD. in l. 18. C. de transact. concludit Gomez 3. resol. 5. n. 2.

TEXTUS.

De voluntate domini.

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, cum Titius servum Mevii sollicitaverit ut quasdam res domino surriperet & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit; Mevius 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 sollicitata-

re minime factus est, & ideo non concurrant regula quæ servi corrupti actionem introducant: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam si re ipsa fuisset servus corruptus; ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum qui facile posset corrumpi tale facinus à quibusdam perpetretur.

LL. 3. & 8. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. Eum qui rem alienam, licet insuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere; furti tamen non obligari.
2. Cur dubitatum, utrum sollicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneatur, necne.

1. Q UOD hic ait Justinianus, furtum non fieri etiamsi quis credat se rem invito domino 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 poenali actione furti teneatur. Neque enim negari potest quin revera furtum faciat & peccato conscientiam obstringat qui rem alienam lucris sui causâ fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat, quod & Pomponius fatetur l. 46. §. pen. de furt. Ceterum negat eum 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. 145. de reg. jur. Sunt vero & alii casus quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à magistratu denegatur. Vid. l. 1. in fin. rer. amot. ll. 17. & 89. de furt. §. 12. inf. hoc tit.

2. 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 est, an furti teneatur qui servum alienum sollicitavit ut res aliquas domino surriperet & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore; quia cui volenti furtum factum est furti agere non potest. Aliis vero con-

contrà; quoniam voluntas ista non seria fuit sed simulata ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hypothese teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est à pratore proponitur adversus eum cujus persuasionem servus corruptus aut deterior factus est, l. 1. de serv. corrupt. Veteribus placuit non teneri, quia prator 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 & duplicari possit. Ceterum Justinianus, l. 20. C. de furt. non attendita disputatione Veterum censuit vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum; nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suasoris, atque esse rem pessimi exempli, ut hic d. l. 20. latius disserit. Quantum igitur hoc casu iudicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sunt subreptus fuerit.

L. 22. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. subreptus sit, palam est patrem habere furti actionem, inquit Ulp. l. 14. §. 13. de furt. 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 vindicari potuerunt, hac adjecta clausula, Ex lege Quiritium, l. 1. §. 2. de rei vind. Ob furtum igitur filiifam. tripl. citer agi poterit: iudicio criminali extra ordinem, l. ult. de furt. iudicio publico legis Fabie de plagiaris, 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. §. 5. de his qui effud. multiplicabitur hic secundum Ant. pp. id quod

patris intererit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, l. 38. de furt. Sed nec patri datur conditio, utpote quæ non nisi vero domino competit, l. 38. §. 1. eod. VINN. At quis negaverit patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, cum & vindicare eos, dominium Quiritiarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, quid minus pater erat filiifam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel bonæ fidei possessor? quibus tamen conditionem dari patet ex lege 56. §. pen. ff. de furt. l. 146. ff. de reg. jur. Ratio itaque est, quia promittitur patri erat remedium ex interdicto, de liberis exhibendis & ducendis. Aut enim in furis manu erat filius surreptus, aut non erat. Si erat, cur maluisset pater condicere, quam vel ducere vel ad exhibendum agere? Si non erat, frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit. HEIN.

TEXTUS.
De re propria.

10. Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit: veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit.

L. 9. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

QUI rem pignori dat eamque surripit furti actione creditori tenetur, l. 12. §. 2. l. 19. §. pen. l. 79. l. 87. de furt. Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstulerit quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit; nam & hic furtum eum facere sæpissime responsum est, d. l. 19. §. ult. l. 66. in pr. ff. eod. l. 6. C. pro emt. Ceterum 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. Arist. 5. Eth. ult. Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio furtum factum est.

11. Interdum quoque furti tenetur qui ipse fur-

furtum non fecit: qualis est is cuius ope & consilio furtum factum est. In quo numero est qui tibi nummos excussit ut alius eos raperet; aut tibi obstitit 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 Mævii 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; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius rei gratiâ commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

L. 4. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. Verba, ope & consilio, separatimne accipienda an conjunctim.
2. Explicatur homonymia verbi consilium, & effectus secundum singula significata indicantur. Et n. 3.

Nonnumquam & ille furti tenetur qui ipse furtum non fecit, id est rem ipse non contrectavit: veluti is cuius ope, consilio furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, ope, consilio tuo furtum factum esse ajo, l. 27. §. 21. ad leg. Aquil.

1. 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. 53. §. ult. de verb. sign. Idem quoque Ulpianus non obscure indicat lege 52. in pr. & §. 19. ibi, opem ferre, vel consilium dare; & clarius in l. 6. de condict. furt. qui etiam alibi hæc sic distinguit: Consilium, inquit, dare videtur qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem ferre qui ministerium atque adjutorium ad surripientis res præbet, l. 50. §. pen. de furt. Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cuius ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is qui vel consilium tantum dedit,

vel tantum opem 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. 36. in fin. pr. l. 50. §. 1. de furt. l. 27. §. 21. ad leg. Aquil. atque ab ipso adeo Paulo in d. l. 51. §. 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 secutum 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 sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrat, protinus sequitur furti non aliter agi posse quam si utrumque concurrat; neque ea aut Pauli in d. l. 53. aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymiâ quæ est in verbo consilium.

2. Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio est. Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur maliciosum propositum seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, l. 50. §. 2. l. 54. §. pen. de furt. ex gratia qui furi scalas commodavit ignorans cuius rei gratiâ commodato peterentur, furti non tenetur; atque hoc est quod sibi vult Jurisconsultus d. l. 53. in fin. de verb. sign. Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici suasionem seu monitionem, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit: quod significat Justinianus in fine hujus textus. 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 aedes, locumve ubi pecunia reposita est commonstret: in quo significato consilium opponitur operæ, quæ actum proxime ad furtum directum, auxiliumque quod in ipso furto præstatur designat, d. l. 50. §. pen. de furt. Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat: utique si alter consilium datum secutus furtum com-

miserit; nam si ille relicto consilio à furto abstinerit, verius est nec eum qui tale consilium dedit furti obstringi, arg. l. 36. pr. l. 52. §. 19. de furt. d. l. 53. §. 1. in fin. de de verb. sign. quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in pr. ejusd. §. 1.

Qui tibi nummos excussit &c.] L. 52. §. 13. de furt. Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, l. 27. §. 21. ad leg. Aquil. Idem Sabinus apud Gellium lib. 11. cap. 18. refert, furem esse hominis judicatum qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tamquam se amiciens ne videretur à domino obstitisse.

Qui panno rubro] L. 50. §. ult. de furt. Taurus & boves rubicundi coloris aspectu excitari & furorem eis acui scribit Seneca lib. 3. de ira cap. 30. Ovid. 12. Metam. eoque alludit Cicero lib. 2. de divin. cap. 16. cum quærit, an taurus is cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpurâ sic expaverit & terrore examinatus sit ut repente cor amiserit.

Per lasciviam) Si quis non furti faciendi causâ sed per petulantiam quid eorum quæ dicta sunt fecerit, non actione furti sed in factum tenetur, d. l. 50. §. 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. 27. §. 21. ad leg. Aquil. l. 51. de furt.

Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregerit vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenierit, tamen furti actione tenetur, l. 54. §. pen. de furt. VINN. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenierit: manifestum sane est non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Edm. Merrill. obs. 11. 39. Bachov. ad Treutlerum. vol. 2. disp. 30. p. 315. seqq. Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. in artioq. IV. 25. Donell. comm. 15. 29. HEIN.

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 perspicue ostendit hic noster textus, quem proinde male 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 in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent Interpretes.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate; & de ope ac consilio extranei.

12. Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt si rem eis surripiunt furtum quidem faciunt & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini 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 ope & consilio ejus furtum factum esse.

L. 4. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur servi & filii 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. **S**ervi & filii 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. 17. de furt. quâ eadem ratione placet, nec libertum patrono nec mercenarium patrif. furtum facientes actione furti conveniri posse, l. 89. eod. tum quod non magis cum his quos in potestate habemus quam nobiscum ipsi agere possumus, l. 16. eod. Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest;

Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit quam si ejus intersit rem non perire.*

Vid. l. 9. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic tradita.*
- 2 *Remotio eorum quæ huic loco ob stare videntur.*

1. **D**Ocet hic Justinianus cui competat actio furti; & primum generaliter definit, actionem 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 intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, l. 10. cum seq. de furt. Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripere, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, l. 12. §. 1. l. 14. §. 3. & 4. l. 76. §. 1. de furt. Ab Ulpiano tamen unus casus profertur quo fur furti agere potest, l. 48. §. 4. de furt. Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti quod tunc interfuit cum furtum fieret, licet eo tempore quo agitur non amplius intersit, ut docet Jurisconsultus l. 46. in pr. de furt.

2. Quod vero addit Justinianus, licet dominus non sit, ei multa ob stare videntur. Primum, quod emtori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc quod dominus non est, §. 3. Inst. sup. de emt. d. l. 14. in pr. junct. l. 80. de furt. cum tamen constet emtoris etiam hic interesse; quippe ad quem perfecta emtio, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, d. §. 3. de emt. 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. 46. de furt. Denique traditum est, nec eum cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, eâ surrepta actionem furti ha-

est; 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.

2. Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Defendi potest utili actione eum teneri, cum habeat unde satisfaciatur, l. 52. §. 5. de furt. Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filio subtraxerit, furti patrem teneri responsum est d. l. 52. §. 6. quod tamen, ut recte 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. VINN. Sed quæ ratio adversus liberos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfacit sane quod adfert Vinnius, patronum habuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltem quod ad clientes & mercenarios falsissimum. Ratio itaque unice in eo querenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum, l. 11. §. 1. ff. de poen. Quamvis vero ea lex de criminali persecutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit quominus famosa actione pulsari potuerint. Sufficit ergo & hic actio in factum. HEIN.

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. Inst. sup. de usuc.

Si vero ope & consilio) L. 36. §. 1. de furt. Et hoc quoque consequens est ei quod dixit, vere in proposito furtum fieri. Pari ratione, si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur; etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, d. l. 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot.

3. Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum qui apud nos degunt, licet graviolem poenam quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari vetant, l. 11. §. 1. de poen. nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrifam. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severe hæc quam cetera furta publice nunc vindicanda censeo, cum D. Tulden. comm. hic cap. 3. in fin. add. Groënew. de ll. abrog. hic.

habere, quamvis ejus intersit, l. 85. in fin. de furt. Ceterum ad hæc respondemus, quod dicitur actionem furti dari iis quorum interest etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes quorum quolibet modo interest rem salvam esse aut non surripi; sed ad eos dumtaxat quorum culpâ res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, d. l. 14. §. 10. & multis seqq. de furt. atque hoc perspicue etiam docet Paulus d. l. 85. in pr. de furt. Postremo, quod Justinianus ait nec domino actionem furti competere nisi intersit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos & qui tractantur §§. proxime 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. 80. pr. de furt. ubi venditori, re ante traditionem surrepta actionem furti competere Papinianus scribit, quoniam ejus interit duplici de causa: vel ideo quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haud paulo accurate dari videtur in l. 71. in fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur qui damnum passurus, non ejus qui lucrum facturus est. Casus à Vinnio allati hoc non pertinent, quia emtor, creditor, legatarius rem furto ablatam nec naturaliter quidem possederunt. HEIN.

TEXTUS.

De pignore surrepto creditori.

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.

L. 9. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur; & quid intersit 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

Tom. II.

quamvis debitoris, sed si ea quæ pignori data erat; nec refert debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, l. 12. §. ult. l. 14. §§. 5. 6. & 16. l. 19. §. pen. & ult. l. 49. de furt.

1. Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpâ ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pignoratitia, d. l. 14. §. 6. de furt. 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. 25. de reg. jur. Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, d. l. 12. §. ult. eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit: de quo dictum sup. §. 10. huj. tit. Quamvis autem in proposito creditori æque adversus dominum atque extraneum actio furti detur: tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatione ipsius pignoris; agenti vero contra dominum summa pecuniæ debitorum cum usuris, l. 87. de furt. Item quod priore casu quidquid percepit creditor debito imputare, & quod excedit restituere teneatur; posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit creditoris lucro cedat, l. 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pignor. l. 15. pr. de furt.

TEXTUS.

De re fulloni vel sarcinatori vel bonæ fidei emtori surrepta.

15. Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicis locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emtori surrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & 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 interesset rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.

L. 10. tit. 14. Part. 7.

Mm

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & ceteros conductores, item creditorem.*
 2. *Cur bonæ fidei emtoris dumtaxat hic fiat mentio*

1. **E**tiam is qui conduxit furti actionem habet, sed ita si culpâ ejus res surrepta sit, l. 14. §. 12. de furt. nam tunc etiam conductoris interest rem non surripî, 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 surripitur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solus interest, actione locati eo casu deficiente, d. l. 14. §. 6. de furt. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. seq. l. 12. pr. de furt. 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 alii 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. Inst. de locat.

2. *Bonæ fidei emtori surrepta, quam emerit*] Atque emtam ab eo quem dominum esse putabat acceperit; nam antequam res tradita est furti actio emtori non competit, d. l. 14. pr. de furt. Consulto autem bonæ fidei emtori 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. 71. §. 1. de furt. Hinc igitur temperanda d. lex 12. §. 1. eod.

Omnino competit] In aliis est omnimodo, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emtor, sive non sit; nam emtoris semper interest, propter pretium quod ei abest; in fullone autem & sartore id secus esse mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio faciendæ? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emtor concurrat emtori duplo quanti ejus interest æstimari, domino autem duplo quanti res est, l. 74. de furt. Putarem autem non concurrente domino emtore ipsius pretium rei duplicari.

Non aliter quam si solvendo] Fulloni & sarcinatori ceterisque 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. 12. de furt. Solvendo autem esse nemo intelligitur nisi qui solidum solvere potest, l. 114. de verb. sign.

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinator ore 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 causâ 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; & alterutrâ earum electa dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem; sed si quidem furem elegerit, illud 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 furti 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 movet 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; cum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit ignarus 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.

L. 11. tit. 14. Part. 7.

NOTÆ.

16. *Rem esse surreptam* &c.] Cujac. *rem non esse surreptam, apud eum commodati actionem* &c. & ita legitur in *d. l. ult. §. 2. C. de furt.*

Quemcumque exitum dominus habuerit] Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph. hic.

COMMENTARIUS.

HOc admissio, 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 pignoratitium aut simplicem conductorem, cum hi culpam dumtaxat levem ille etiam levissimam præster, *l. 5. §. 3. commod. §. 2. Inst. 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. seqq. commod. l. 14. §. 14. cum §§. seqq. de furt. l. 28. rer. amot.* quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, arg. *l. 12. pr. de furt.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi quod illis tribuitur qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter Veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset postea vero fortune exueretur, actio furti ad dominum migraret necne; tum etiam utri danda foret actio, dominone 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 iudicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Ceterum electione semel facta non liceret variare nisi ex causa ignorantie, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. C. de furt.*

Nostris decisionibus] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem editionem Codicis quinquaginta leges quas decisiones nominavit, propterea quod maximas quasque Veterum controversias dirimunt. Harum una est *d. lex ult. C. de furt.* cujus modo summam comprehensus sum: ipsa nimis verbosa est, uti & hic locus.

TEXTUS.

De re deposita.

17. *Sed is apud quem res deposita est custodiam non præstat, sed tantum in eo obnoxius est si quid ipse dolo malo fecerit; quæ de causa si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse furti agere non potest, sed furti actio domino competit.*

L. 12. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. *Probatur D. Cujacii interpunctio legis 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

1. **R**E deposita surrepta placet domino non depositario actionem furti dari, *l. 14. §. 3. de furt.* Et merito placet; neque enim interest depositarii rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, *§. pen. Inst. sup. quib. mod. re contr. oblig.* 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 *l. 12. §. 1. d. l. 14. §. 3. de furt.* Quid vero si conveniret ut culpam quoque præstet, aut quid si deposito se obstulit, 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. 14. §. 16. eod. §. 13. sup. hoc tit.* cumque id etiam satis manifeste evincat *§. pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.* mendosum esse: nimirum perperam principium *§. 24. separari à fine §. præcedentis*, cum quo jungendum erat & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repositi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi; hinc demum novum §. inchoandum: Utilis dicendum est &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. *In summa sciendum est, quesitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat.*

Mm 2

iat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

L. 17. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & poenae capaces esse.
- 2 Quae concurrere debeant ut impuberes poenam ex delicto sustineant.
- 3 Capite plectendos non esse; nec legibus de adulteriis teneri.

1. **Q**UOD 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 & proposito delinquendi æstimantur, l. 53. de furt. cap. illud relatum xv. quest. 1. non possunt videri delinquere, ac proinde nec poenis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, l. 23. de furt. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 12. ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid. Sed nec infantia proximi; quippe quos non minus quam infantes innocentia consilii tueri debet, arg. §. 9. Inst. sup. de inut. strip. Gomez 3. resol. 1. n. 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, & ad poenam ex delictis obligantur, hoc text. l. 111. de reg. jur. l. 23. de furt. l. 2. §. 19. vi bon. rapt. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 14. de sen. Silan. l. 13. §. 1. de sepulcr. viol. cap. 1. x. de delict. puer.

2. Duo vero hæc concurrere debent ut impuberes infantiam egressi ex delicto poenam sustineant, ut non procul absint à pubertate, ut doli sint capaces; nam hoc ex illo non præsumitur ut recte docet Boër. in add. ad Decium in l. 108. de reg. jur. Atque huc accommodari potest locus Apuleji apol. 2. ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat: Sed enim malitia præcoci puerum quis non avertetur atque oderit? cum videat velut monstrum quoddam prius robustum scelere quam tempore ante nocentem quam potentem, viridi pueritia eana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosus est; & nondum poenæ, jam injuriæ sufficit. Sed & delictum ta-

le esse debet quod in facto non in omissione aut nuda negligentia consistat, l. 2. C. si adv. del. Gomez d. resol. n. 59. item quod jus commune seu naturale violet non merum civile aut positivum, cap. 2. x. de del. puer.

3. Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum poena capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat censent Interpretes: Gomez d. loc. n. 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. ult. quest. 60. quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per l. 37. §. 1. de minor. Gomez d. loc. n. 26. & seqq. Illud generaliter tenendum, impuberem quantumvis pubertati proximam non teneri legibus quæ adulteria aut supra aliæ carnis delicta puniunt, l. 36. ad leg. Jul. de adult. Gomez d. resol. n. 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 poenas juris civilis. Add. D. Tulden. in tit. Cod. si adv. del. & comm. hæc cap. 6.

TEXTUS.

Quid veniat in hanc actionem; & de affinibus actionibus.

19. Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad poenæ 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. Conditio autem adversus furem ipsum beredem ejus, licet non possideat, competit.

L. 20. tit. 14. Part. 7.

NOTA.

19. Tantum ad poenæ persecutionem] Potest & criminaliter tantum furti agi ad poenam corporalem furi infligendam, l. ult. de furt.

COMMENTARIUS.

- 1 An furti actio civilis concurrat cum criminali.
- 2 Vindicatio & conditio rei furtivæ cur soli domino competant.

- 3 *Adversus quos hæ actiones dentur.*
 4 *Cur conditio in heredem detur, cum actio furti non detur.*
 5 *An heres conditione furtiva teneatur in solidum.*

Actio furti sive manifesti sive nec manifesti merè poenalis est, id est solius poenæ persecutionem continent, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. 8. *Inst. inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio & conditio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, l. 54. §. 2. *de furt. l. 7. §. 1. de condit. furt.*

1. Illud quaeritur, an is qui furti civiliter egit & poenam consecutus est possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad poenam corporalem furi infligendam? Et verius est non posse, sed altero iudicio alterum consumi, l. 56. §. 1. *de furt.* Neque obstat *lex unic. C. quand. civil. action. crim. præjud.* Nam regula *d. legis unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt; item ad publica iudicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto poenalibus civilibus. Vid. Cujac. 20. *observ.* 26. Besold. ad *tir. de furt. quest.* 7. Diss. Gomez 3. *resol.* 3. n. 4. add. Christin *vel. 4. decis.* 201. Illud certum est, poenam corporalem non impedire quominus fur heresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint. Besold. *quest.* 7.

2. *Habet dominus*] Furti actio datur omnibus quorum interest furtum factum non esse, §. 11. *de furt.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicatione quaeratur, sive de conditione furtiva; nam & hæc ut illa jure domini dumtaxat datur, d. §. 18. *Inst. inf. de action.* ll. 1. & 10. §. ult. *de cond. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest mirum non est, cum nemo actionem in rem habeat nisi qui dominus sit, l. 23. *de rei vind.* l. 25. *de obl. & act.* §. 1. *Inst. inf. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam conditio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, l. ult. *in fin. usufr. quemadm. cav.* §. 14. *Inst. infr. de action.* Sed cur non datur ei cujus interest, etsi dominus non sit? Quo-

niam ejus solius est rem repetere cujus ea prius fuit. Non fuit autem nisi domini. VINN. Datur tamen conditio furtiva etiam bonæ fidei possessori, l. 136. ff. *de reg. jur. tuto. i si pupillo quid surreptum*, l. 56. §. pen. ff. *de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, l. 2. §. 5. ff. *de usufr. HEIN.*

Rei vindicatio adversus possessorem] Quemcumque, sive fur sit qui possideat sive alius; nam in rem actio semper adversus eum est qui rem possidet, l. 25. *de obligat. & action.* §. 1. *Inst. inf. de action.*

3. *Adversus furem*] Conditione furtiva numquam alius tenetur quam fur ipse heresve 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 conditione, l. 6. *de condit. furt.* Planè si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet etiam eum qui opem tulit conditione teneri, nimirum in subsidium, l. 53. §. ult. *de verb. sign. & ibi Alciatus.*

Heredemve ejus, licet non possideat] Rei vindicatio adversus omnes competit qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem heredemve ejus aliter competit quam si possideant. Conditio autem furtiva etiam in eum datur qui non possidet, sed adversus furem tantum heredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict.*

4. Quod conditio etiam in heredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in heredem non transire nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *Inst. inf. de perp. & tempor. action.* Cur vero tam varie? neque enim minus conditio rei furtivæ ex causa maleficii descendit quam actio furti, ll. 2. 3. 5. & 9. *de cond. furt. l. 10. §. 2. de compens. l. 3. §. pen. de pecul. l. 21. §. pen. de act. rer. am. l. 36. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera poenalis: id est, quia conditio furtiva tantum comparata est ad persequendum id quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, l. 7. §. 2. *de cond. furt. junct. d. §. 1. Inst. inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in heredem transire; non quia ex delicto est, sed quia poenalis, transitura utique si ultra damnum datum lis nunquam astinaretur, §. 9. *Inst. inf. de leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regu-

la de actionibus quæ in heredem non dantur concepta est de iis quæ pœnales sunt ex maleficio, d. l. 1. *Inst. inf. de perp. & temp. act. l. 13. de serv. corr. l. 1. de priv. del. ll. 38. 164. & 111. §. 1. de reg. jur. & similibus.*

5. An igitur conditione ex causa furtiva tenebitur heres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc diserte responsum est in *lege 9. de cond. furt. moveor eò, quod numquam actio in heredem absolute 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. Inst. inf. de perp. & temp. act. d. §. 9. inf. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. 26. de del. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. 16. de judic. l. 13.*

de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 23. §. 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 35. de oblig. & act. l. 38. l. 111. §. 1. de reg. jur. & sexcentis aliis locis. Dicitur sane aliquando actiones ex delicto venientes in heredes 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 & fere semper fit conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo quod defunctus deliquit, sive ad pœnam; atque hæc communis est DD. sententia. Dissentit Cujac. 7. *observ. 37. & 13. obs. 39. Vultejus. hic. Lyclam. 1. memb. 18. & lib. benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *Inst. inf. de perpet. & temp. action.* Adde Ant. Fabr. 4. *conject. 1. Donell. ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. lib. 47. tit. 8. Cod. lib. 9. tit. 33. Et Part. 7. tit. 13. Recop. lib. 8. tit. 12.

Continuatio. Violentiæ varia genera; & qua de 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 tantò 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 Julia de vi publica & lege Julia de vi privata, l. 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 coerceri 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 possideris* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam.* Compulsiva vis est, cum qui minis

justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum tradendum aut alienandum: quæ vis edicto *quod merus causâ* coercetur. Expulsiva est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversus quam comparatum est interdictum *unde vi*; & præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, §. 6. *Inst. inf. de interd.* Ablativa vis (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus quibus expulsiva coercetur, d. l. 2. §. 1. *hoc tit.* & præterea ei cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat; deinde quid in eam veniat, adversus quos, & quibus detur ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit? ideoque

que 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 etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest & rei persecutio; ut poena tripli sit, siue comprehendatur raptor in ipso delicto siue non. Ridiculum enim esset levioris conditionis esse eum qui vi rapit quam qui clam amovet.

L. 3. tit. 13. Part. 7. LL. 1. & 2.
tit. 12. lib. 8. Recop.

COMMENTARIUS.

- 1 An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & poena rapinae, quæ in furto.
- 2 Quando levius ducitur quod palam, quam quod clam committitur.

Qui vi res aliena rapit] Fur sine vi subtrahit & clam aufert, raptor vi & palam deripit, l. 3. §. 5. de inc. ruin. naufr. Plaut. Epid. act. 1. scen. 1. Th. Minus jam furtificus sum quam antebac. Epid. Quid ita? Th. Rapio propalam.

1. Tenetur etiam furti] An igitur furti actio electa eadem distinctio & in rapina & in poena rapinae servabitur, quæ in furto in specie sic dicto: ut scilicet raptor manifestus seu in ipso delicto deprehensus quadrupli; nec manifestus dupli poenam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furt. & denique ex eo evincitur quod hoc loco & l. 2. §. 10. & penult. hoc tit. simpliciter traditum est, eum qui vi rem alienam rapuit etiam furti teneri. Quod autem in l. 1. hoc tit. l. 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 Jurisconsulti, 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 mani-

festi, semper in quadruplum agi posse: quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit lex 52. §. ult. de furt. ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus in quibus nemo erat; & eum 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, ll. 3. & 7. §. 1. & 2. de furt.

Improbum furem esse] Id est, ἀναδὴν ἀνὰ σ-
χυτοῖς, impudentem, audacem, atrocem Chri-
stostomus, in Matth. hom. 53. τὸ δὲ κλέπτορος
ὁ ἀρπάξας χεῖρας (fure raptor peior) Et sa-
ne is qui rapit fur est improbius atque im-
pudentior quam qui clam amovet; cum hic
celet suum delictum, ille publicet & crimen
etiam publicum admittat, l. 2. §. 10. & 24.
hoc tit. quamquam aliud iudicium Aristotelis
in Rhetor. ad Alex. cap. 12. ubi hæc legimus:
δεινότερά μοι δοκεῖσι οἱ κλέπτορες τῶν ἀνι-
σμένων ποιῆν, οἱ μὲν γὰρ λαβγαῖος, οἱ δὲ φανερός
τὰ χεῖματα πεγιαυρῆναι (tolerabiliora mihi vi-
dentur facere fures quam latrones; illi enim
clam, hi palam res tollunt). VINN. Et vere
prætori ea mens fuit, dum quadruplo in quod
raptor condemnatur & rem raptam compre-
hendi voluit. Et nescio an jecus Plauti Epid.
act. 1. scen. 1. ubi propalam rapiens mi-
nus furtificus dicitur, hanc sententiam ex-
agitet. Ratio autem Veterum fuit, quod ra-
ptoris vis vi facile propulsari possit à viro
constante & forti; furto autem & viro pru-
dentissimo fortissimoque dampnum inferri que-
at. HEIN.

Propriam actionem] Etiam si speciali edicto
contra ea quæ vi committuntur prætor con-
sultuit, d. l. 2. §. 1. scilicet ut innotesceret
prætolem quoque curam agere reprimendæ
improbis hoc genus hominum, tum ut ra-
ptores pluribus actionibus conveniri possint,
arg. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. junct. §. 14.
Inst. inf. de action.

Intra annum quadrupli] D. l. 2. §. 13. Ni-
mirum actio hæc honoraria est, & ideo ut
ceteræ ejusdem generis poenales anno finitur,
l. 34. de obl. & act. speciale enim est quod
actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris
jurisdictione profisciscitur, perpetuo compe-
tit. Vid. inf. tit. Inst. de perp. & temp. act.

Unam rem licet minimam] D. l. 2. §. 11.
Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ,
sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo
ob

ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, l. 9. §. ult. cum 2. ll. seqq. de dolo. Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum quod jure civili ratum est: non putabit prætor ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætoris proposita non est mere poenalis, sed mixta; quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut poena tantum sit tripli, §. 19. *Inst. inf. de action.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum poenæ persequendæ causâ comparata est: sive manifesti agatur in quadruplum, sive nec manifesti in duplum, §. 18. *Inst. inf. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor &c.] His verbis Imp. perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti alii non manifesti: ut & Ulpian. in l. 52. §. ult. de furt. Ceterum in hac actione poena pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia poena est manifesti; alia nec manifesti; sed in omnes raptores poena est eadem.

Ridiculum est] Atqui raptor tantum triplo mulctatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci quod raptos in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur qua fures manifestarii; ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores quam fures.

Qui vi rapit quam qui clam amovet] Eadem ratione Jurisconsultus in l. 2. §. 24. hoc tit. furem cum raptore conferens factum furis extenuat raptoris exaggerat; quoniam scilicet fur celat suum delictum raptor publicat, quæ impudentia crimen auget.

2. Quod autem aliquando levius ducitur quod palam committitur quam quod clam, id tunc locum habet cum factum clandestinum vel plus flagitii vel plus periculi habet, vel conscientia doli magis arguit, ut in specie l. ult. de rit. nupt. & l. 54. de adm. tut. quod hic dici nequit.

TEXTUS.

Adversus quos datur.

1. Ita tamen competit hæc 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 convenient est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur inveniat via per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem vel rem se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; si autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam estimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus que rapi possunt constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam invasionibus que circa res soli sunt, ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.

L. 1. tit. 13. lib. 4. Recop.

COMMENTARIUS.

1. Quæ poenæ afficiantur qui sine dolo malo rem rapiunt aut invadunt.
2. Poenam rapinæ quæ privatis applicatur exolevisse; & an non etiam alia de quibus hic agitur.

Quemadmodum furti nemo tenetur nisi qui quid amovit dolo malo & lucri faciendi causâ: ita nemo tenetur vi bonorum raptorum nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis cum crederet se rei dominum esse eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, l. 2. §. 18. hoc tit. sed nec furti tenetur, hoc text. Ceterum aliis poenis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudencia juris] Secundum hoc explicandum est quod Jurisconsultus in d. l. 2. §. 18. hoc tit. 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. Gloss. Bart. Jas. & DD. in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.

1. 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 permittatur id quod suum esse aut sibi deberi putat vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere: vincula quic-

quietis publicæ distrumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, l. 176. de reg. jur. Itaque etsi is qui sine dolo rem rapuit suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit, & si quidem dominus fuit dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare, hoc text. Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat jus crediti amittit, l. 13. quod met. caus. l. pen. ad leg. Jul. de vi privat. atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, l. 3. C. hoc tit. & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.

In invasionibus] L. 7. C. unde vi. Solæ res mobiles amoveri subtrahi rapi possunt; qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat invasor & invadere dicitur.

2. Poena rapinæ legitima quæ privatis ascribitur exolevit, sicut & furti cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De poena l. 7. C. unde vi & similia rescriptorum inter Interpretes non convenit: nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur Covarr. 3. resol. 16. n. 7. post Specul. tit. de restit. spol. §. 1. & Guilielm. Benedict. in cap. Raynutius 16. x. de testam. Gutier. præf. quæst. lib. 1. quæst. 77. Sarmientus quoque 2. select. interpr. 13. n. 7. refert se nunquam vidisse poenam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. recup. poss. remed. 9. n. 8. qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse; neque enim solo non usu leges abrogari. VINN. Præclare observat Groënewegen de legg. abrog. his non solum prædictam constitutionem hodiernis moribus non convenire, verum etiam ceteras leges poenales privantes aliquem jure suo in desuetudinem abiisse. ADDIT,

TEXTUS.

Quibus datur.

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 hac actio habebit. Quare sive locata sive commodata sive etiam pignorat sive deposita sit res apud Titium, sic ut intersit ejus eam rem

per vim non auferri (veluti si in deposita re culpam quoque promissit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea vel quid aliud juris ut intersit 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 habere hanc actionem.

L. 2. tit. 13. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1 Ex bonis esse quæ hic dicantur.

2 Explicatur locus obscurus Ulpiani in l. 2. §. 22. hoc tit.

VI bonorum raptorum is 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, creditor, conductor, & interdu depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromissit. Horum omnium interest rem quam tenent aut possident non rapi; quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumem præstare debent, l. 2. §. 22. hoc tit. junct. §. 13. & 2. seqq. tit. præc.

1. Sive ex bonis] Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum cum aliena sint, vel emolumentum vel usus vel periculum ad nos pertinet, ut ex hoc text. & d. l. 2. §. 22. In bonis ea quæ jure civili aut gentium ita nobis acquisita sunt ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, l. 49. de verb. sign. l. 52. de adq. rer. dom. Nonnumquam promiscue utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, l. 1. de usufr. legat.

2. Non ut dominium accipiat &c.] Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulp. l. 2. §. 22. hoc tit. 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 domini agere possim, sed tantum ut proponam

Na

ex

ex substantia mea rem ablatam esse, verbo *meis etiam illud ablatum videatur* cuius æstimationem domino præstare debeo.

TITULUS III.

DE LEGE AQUILIA.

Dig. lib. 9. tit. 2. Cod. lib. 3. tit. 35. Et Part. 7. tit. 15.

Continuatio & summa tituli.

Tertia species delicti ex quo civilis actio oritur est *damnum injuriæ datum*. *Damnum* generaliter significat omnem detractiōem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causâ fiat sive nullius lucri gratiâ, & sive salvis rebus sive perentis aut corruptis. Nam *damnum* ab ademtionem & quasi deminutione patrimonii dictum est, l. 3. de *dam. inf.* 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 injuriâ seu non jure, aut, quod idem valet, culpâ, §. 2. & 3. inf. hoc tit. Atque hoc *damnum* est quod vindicatur lege *Aquilia*: cuius legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

COMMENTARIUS:

I Si liber homo occisus sit & de damno sarciendo agatur quid juris?

Damni injuriæ] Legendum videtur, *damni injuriâ*, l. 23. de *furt.* l. 27. §. 10. & seq. l. 29. §. 3. hoc tit. Cic. pro Q. Roscio cap. 11. *Lite contestata*, *judicio damni injuriâ constituto*: præcise videlicet, pro *damni injuriâ dati*. Haud scio tamen, an posteriores jurisconsulti, Græci homines, *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro *ex injuria*, ut cum dicimus *damnum incendiî vel naufragii*, pro *ex incendio vel naufragio*. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud Veteres leges *damnum injuriæ*: veluti apud Macianum lege 30. pr. ff. ad leg. Falcid. & ut mihi videtur etiam in l. 9. §. ult. ff. de *tutel.* & rat. distr. HEIN.

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 eade datum pertinet, l. 2. hoc tit. Occiso homine libero non agitur ex lege *Aquilia*, quia liberi corporis nulla est æstimatio; sed legi Cornelie locus est si dolo occisus; si culpâ, poena lenitur, l. 1. §. 3. ad leg. Corn. de *sicar.* Ceterum 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. cap. 33. Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis multam pendisse quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud Joann. Grevelt.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem alienamve quadrupedem quæ pecudum numero sit injuriâ occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit tantum domino dare damnetur.

L. 18. tit. 15. Part. 7.

NOTA.

Tantum domino dare] L. 2. in pr. *vibon. rapt.* In lege *Aquilia* videtur scriptum fuisse, *tantum eis dare ero damnas esto*, arg. l. 11. §. 6. eod. *Ero tenuiter*, (*absque adspiratione*) id est, *domino*, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in *de notis*. Cujac. 27. observ. 11.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum de suisbus an pecudum numero sint.*

decis. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis. 280. Sed & Cujac. 14. obs. 4. exemplo Hadriani & Constantini Porphyrogenetæ 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. Nicom. Arist. scribit, eum ipsum qui cæsus est quodammodo capere quæ uxor aut liberi aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. VINN. Idque apud Hispanos obtinet usque ad modum lucri amissi, docente Gomez lib. 3. var. cap. 3. n. 37. ADDIT. Libero homine vulnerato aut mutilato quid juris sit videbimus inf. §. 3. buj. tit.

Quæ pecudum numero sit) Ita quoque Gajus in d. l. 2. §. 2. *boc tit.* quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio d. l. 2. mendose legi, *quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *quadrupedem-ve pecudem.*

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuriâ occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit damnatur, d. l. 2. in pr. de quo plura inf. §. 9. *boc tit.*

TEXTUS.

De quadrupede quæ pecudum numero est.

1. *Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est caverat, 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 suisbus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur, quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odysseâ ait (sicut Ælius Martianus in suis institutionibus refert)*

*Δαίς τὸργε σύεσσι παρήμενοι, οἱ δὲ νέμοισσι
Πὰρ Κόρακος πίττει, ἐπὶ τῇ κρήνῃ Λ᾽ ἐβόησιν.*

Hoc est:

*Assidet is suisbus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.*

Vid. leg. 1. tit. 4. lib. 4. for. legg.

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 bestię, veluti ursi leones pantheræ. Enimvero cameli & elephantī, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, l. 2. §. 2. *boc tit.* VINN. Jcti ubi ex arte loquebantur, distinguebant *quadrupedes* quæ dorso & collo domantur, id est quæ sarcinas vehunt & trahunt; *pecudes* quæ gregatim pascuntur; & *bestias*, quales erant reliqua animalia omnia. Ampl. Bynkersh. de reb. mancip. & nec mancip. cap. 6. pag. 119. seq. HEIN.

1. *De suisbus idem placuit*) An sues pecudum appellatione contineantur dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit haud facile dixerim. Hotomannus hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestię gramine & viridibus pabulis commode alantur, sed (ut Varro & Columella tradunt) maxime fabâ, hordeo, glande & cetero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis & effossis lumbricis & radiculis potius quam gramine vescuntur. Aliis probabilius videtur ideo de suisbus dubitatum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lanâ prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Urit sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, d. l. 2. §. 2. *boc tit.* l. 65. §. 4. de leg. 3. Ubi Martianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poetam *Odys. 13.* ubi Minerva Ulysses in patriam ex longo errore reductum monet ut non rectâ 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 Martianum hic citat Justinianus. VINN. Sed quamvis sues gregatim pascuntur, dubitari tamen non absurde potuit an sint quadrupedes pecudes. Vid. *Aniq. nostr. Rom. lib. 4. tit. 3. §. 7.* HEIN.

TEXTUS.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.*

L. 3. tit. 8. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. *Qui hac actione non teneantur.*

Qui nullo jure occidit) Injuriam hic accipere nos oportet non, quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpâ facientis datum, l. 5. §. 1. *hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit nec provisum est, ll. 31. & 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 culpâ vel levissima damnum datum esse arguatur, d. l. 44. *eod.* Postremo non teneri eos qui vel culpæ capaces non sunt, qualis est furiosus, infans, & impubes infantia proximus, d. l. 5. §. 2. vel quorum factum à culpa abest: veluti si non fuit in potestate ejus qui damnum dedit non facere, puta si ab alio impulsus damnum dederit, l. 7. §. 3. l. 52. §. 2. *eod.* vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text.* d. l. 4. 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. *inf.* §. 4. & 5. *huj. tit.* Plerique putant, nec culpam quæ in omittendo seu negligendo consistit ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covar. de spons. part. 2. cap. 6. §. 3. n. 13. Donell. 16. *comm. cap.* 7. Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, l. 8. l. 27. §. 9. & ibi Bas. *hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap.* 7.

Qui latronem insidiantem) Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, d. l. 4. *hoc tit.* l. 5. l. 45. §. 4. *eod.* & quod

quis ob tutelam corporis sui fecit jure fecisse existimatur, l. 3. *de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero securus ero; sed & si alium quemcumque ferro se petentem quis occiderit non videtur injuriâ occidisse, d. l. 4. & l. 5. *eod.*

Si aliter periculum effugere) Vim nobis illatam vi repellere licet; ceterum ita si alter periculum vitari non potest, l. 45. §. pen. *eod.* Itaque si quis, cum posset intentantem periculum apprehendere, occidere nâluit, injuriâ 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.

De casu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniat. Nam alioqui non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.*

L. 4. tit. 8. Part. 7.

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. tit. Inst. supr. de her. instit.* apud Ulpianum lege 7. §. 8. *de pact.* l. 3. §. 2. *de incendi. ruin. naufr.* apud Callistratum lege 85. *de solut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque si quis dum jaculis 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 admisit culpe reus est. Idem juris est de milite si in alio loco quam qui ad exercitandum militibus destinatus est id admisit.*

De putatione.

5. Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntum 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. Equæ extra culpam esse intelligitur si seorsum à via forte vel in medio fundo cadebat, licet non proclamavit; quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De curatione relicta.

6. Præterea si medicus qui servum tuum secuit dereliquit curationem ejus & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.

De imperitia medicī.

7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit quia male eum secuerit aut perperam ei medicamentum dederit.

De imperitia & infirmitate mulionis, aut equo vecti.

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 veberetur impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

LL. 4. 5. & 6. tit. 8. Part. 7.

& l. 13. tit. 23. lib. 8. Recop.

COMMENTARIUS.

1. Quod de milicibus in loco exercitii se exercitibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.

2. Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.

Afferuntur hic varia exempla hominis occisi & damni dati citra dolum & animi nocendi, & fere culpā levissimā. Nam,

ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, l. 44. hoc tit. & recte; nam cum potior semper sit causa ejus qui damnum patitur quam qui dat, æquum est damnum quacumque culpā datum sarciri ab eo qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt ut factum à culpa absit & Aquilia cesset: locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitans. 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 Aquiliā tenebitur, d. l. 9. §. ult. hoc tit.

1. 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 transeuntem transfixerit, extra culpam esse respondit Wames. cent. 2. cons. 51. fac. Grot. 3. jurispr. Bar. cap. 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; ceterum 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 obnoxius 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. 31. hoc tit. Via publica est quæ Græcis βασιλική, Regia dicitur, Romanis prætoraria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vias ducit, quæ & ipsa fere publica est, l. 2. §. 22. ne quid in loc. publ. Sic Flacc. de cond. agr. Sueton. Aug. 49. Theoph. hic.

Si medicus quis servum tuum secuit] Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit (venæ sectionem seu incisionem intelli-

ge), 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 culpæ &c.) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo qui peritiam aut artificium aliquod proficitur culpæ adscribitur, si quid circa ea quæ ad illud artificium pertinent per imperitiam commissum sit, l. 9. §. pen. l. 13. §. 6. *locat. l. 27. §. 29. hoc tit.* eoque pertinet lex 132. de *reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperite, ἀμαθὴς καὶ ἀτεχνόεπτος (sine arte & inconsiderate) secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit hac lege tenebitur, l. 7. *in fin.* & l. 8. *in pr. eod.* Homicidii 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 designetur; nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, l. 6. §. 7. *de off. præf.* & extra culpam esse intelligitur ὅτι αὐτὸν τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βλάβειας (cum moribus vincit medendi artis auxilia) Alex. Aphrod. in 1. *top.* Aristot.

2. Culpa medici raro in iudicium vocatur; quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat, beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit soli medico hominem occidere impune esse. Papon. 23. *tit. 8. art. 1.* refert, medicum qui fortio-rem solito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret. Add. Groënew. *de legg. abrog. bic.*

Impetu quoque mularum &c.) Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obrutus 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 alii periculosam futuram, l. 8. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur; & de heredibus.

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 solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset si ultra damnum numquam lis æstimeretur.

L. 18. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Quanti id eo anno plurimi) Hæc clausula æstimationem habet damni quod per eadem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit non quanti is erat cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, l. 21. l. 23. §. 3. *hoc tit.* 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 Aquiliâ 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. 21. §. 1. *hoc tit.*

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 habeatur sufficit posse præsentem æstimationem exsuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In heredem non transire) Constat hanc actionem heredi dari, sed in heredem non datur cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locu-

cupletior heres factus sit, *d. l. 23. §. 8. hoc tit. aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. Inst. infr. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset) Ait, actionem legis Aquiliæ in heredem non transire, non quia ex delicto est sed quia poenalis: transiaturam si poenalis non esset. Itaque hic locus aperte confirmat eorum sententiam qui existimant actiones non poenales, etiamsi ex delicto veniant, in heredem dari: de quo latius alibi *§. ult. Inst. sup. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* VINN. Actionem legis Aquiliæ hodie poenalem non esse, sed tantum rei persecutoriam; ideoque qui culpâ damnum dedit ultra veram damni dati æstimationem non teneri tradit Groënew. *de legg. abrog. hic, & arg. leg. 4. §. 29. tit. 24. lib. 3. Recop. confirmari potest. ADDIT:*

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10. *Illud non ex verbis legis sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea quæ diximus, sed eo amplius, quidquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antè quis occiderit quam is jussu tuo hereditatem adierit; nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comædis unus servus occisus fuerit: non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur quanti depretiati sunt qui supersunt.*

L. 19. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Non ex verbis legis sed ex interpretatione] Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur; ceterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. 21. §. ult. cum ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus 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 Hotoman. *hic.* & ideo de hoc quoque damno directam

ex lege actionem competere verius est. Vid. *§. ult. inf. hoc tit.*

Quidquid præterea damni] Quidquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. 21. §. ult.* Nam omnia commoda quæ intra annum quo, verbi causa, servus interfectus est pretiosiores hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. 23. §. 6. eod.* Damnum autem intellige pecuniarium; nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, non pluris æstimabitur quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex effectu nec utilitate singulorum, sed communiter finguntur, *l. 33. hoc tit. l. 63. ad leg. Falcid.*

Si servum tuum heredem] Si servus heres institutus antequam jussu domini hereditatem adiret occisus sit, etiam hereditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. 23. hoc tit.*

Item si ex pari mularum] *L. 22. §. 1. eod.* ubi Paulus scribit etiam causas corpori coherentes æstimari. Itaque si quis ex comædis 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 cetera corpora depretiata sunt. Tertull. *ad Nation. 1. cap. 10. Gloss. Lat. Græc. ἐλαττωθέντες (depretiati).*

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei cujus servus occisus fuerit & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

Si dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. 23. §. 9. ff. hoc tit. l. 3. C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit cujus conditionis homo occisus sit, *l. 1. §. 2. ad leg. Corn. de sicar.* Addit Ulp. *in d. l. 23. §. 9.* si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet quominus quod privato judicio judicatum erit publico retractetur, *l. unie. quand. act.*

act. civ. crim. Alio sensu Paulus in l. 4. de *publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ ceterisque 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 antè 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. §. 2. n. 11. sup. ad hunc §. n. 1. De libero homine occiso si de damno sarciendo agatur dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

2. 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. 27. §. 4. *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim; neque de eo laborandum. Qui otio abundant talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam re nostra illasa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Rom. hoc tit. §. 2. edit. sec.* HEIN.

TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ anima carent damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam pot-

erat 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 corrumpetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.

LL. 13. & 18. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.
- 2 Quid juris si liber homo vulneratus.

1. TERTIO capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuriâ, quanti ea res erit in diebus triginta proximis tantum es domino dare damnas esto, l. 27. §. 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 facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris vel virgis vel pugnibus vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, d. l. 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus justo oneraverit & aliquid membri ruperit, d. l. 27. §. 23. Sed & si arbutum meum vel villam meam incenderis Aquiliæ actionem habeo, d. l. 27. §. 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. §. 15. & §. 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 ceterisque feris & avibus idem erit dicendum, l. 29. §. 6. eod. In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cedes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur.

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 qui non corporis (quod nullam æstimationem recipit) sed operarum cessantium & impendio-

rum æstimatio fiet, l. 13. *ead.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest ob vulnus inflictum filiosam, l. 7. *ead.* l. 52. §. 16. *pro soc.* Cujac. 21. *obs.* 20. *add.* Grot. 3. *introd.* cap. 34. VINN. Tacitus de *mort. German.* ait: *lucitur homicidium certo armentorum numero, & recipit satisfactionem universa domus* Hinc in Europæ nationes derivatum fuit, fracturas, dolores, deformitates etiam corporis pecuniâ compensare. Leges Fori veteris Castellæ acuratissime cujusque vulneris aut injuriæ compensationem &, ut dicitur, compositionem statuunt, pro oculo efosso centum solidi, pro emputata auricula, pro evulso dente quinquaginta. Vide reliqua in *lib. 2. tit. 1. n. 6. dist. for.* Hæc tamen pecuniâ sarciri proprie non possunt, neque id juris Romano convenit l. ult. *de his qui dejec.* l. 3. *si quadr. paup.* ADDIT.

Ruptum intelligitur quod quoque modo corruptum Verbum *rupere* fere omnes Veteres sic intellexerunt, *corruerit*. Itaque rupti appellatione continentur & usta & fracta & scissa & collisa & effusa & quoquo modo vitiata, deteriora facta aut peremta Neque obstat, quod lex distinctum 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. 27. §. 13. *cum 2. §§. seqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. Illud palam est, sicut ex primo capite *damnum* quisque tenetur si dolo aut culpâ ejus homo aut quadrupes occisus occisus fuerit, ita ex hoc capite de dolo aut culpa & de cetero *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.

L. 18. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Si dolo aut culpâ] In hac quoque actione quæ ex hoc capitulo oritur tam culpa quam dolus puniatur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causâ ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam

Tom. II.

laserit, requiremus num imperitiâ ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est, cum & qui occasionem præstat damnum fecisse videatur. In eodem crimine est & qui non observabit ne ignis longius procederet. At si omnia quæ oportet observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpâ, l. 30. §. *pen. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, l. 53. *ff. hoc tit.* quasi delictum ex culpa Unde non absurde celeb. Thomasius *damnum injuriâ datum & veris & quasi delictis* accenset; quamvis facta, à potiore denominatione potius verum delictum datur. *Add. elem. nostra jur. secund. ord. Inst.* §. 1034. & 1081. HEIN.

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo quanti res fuerit triginta diebus proximis tantis æstimatur, d. l. 27. §. 5. *ead.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite quam in primo, tamquam in delicto leviori.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec plurimi quidem verbum adjicitur.* Sed Sabino recte 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, quod prima parte eo verbo usa esset.

L. 18. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Hæc verba, quanti in diebus triginta proximis fuit, etsi non habent plurimi, sic tamen accepta sunt, l. 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 Hotomannus.

TEXTUS.

De actione directa, utili & in factum.

16. *Ceterum placuit ita demum directam*
Oo *ex*

ex hac lege actionem esse, si quis præcipue 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 precipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, & is ascendendo 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 diffacile intelligi potest; ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus læsum fuerit sed alio modo alicui damnum contigerit, cum 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 compositum solverit ut fugeret.

LL. 20. & 21. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 Directa actio quot modis dicatur.
- 2 Actio utilis quid; & quæ ratione, quando, à quibus introducatur.
- 3 Directam actionem esse tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis utilem, quæ tamquam ex sententia per interpretationem extensivam; in factum, cui nec ratio nec sententia convenit.
- 4 Utilem, quæ tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.

1. **U**T hic locus plene 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. §. 13. l. 17. ad exhibend. vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia &c. vide nostra ad §. 2. Inst. sup. quibus mod. re contr. oblig. & §. 1. sup. de obligat. quæ quasi ex contr. Deinde actio ordinaria ex delicto opposita noxali directa quoque vocatur, §. 5. Inst. infr. de nox. act. Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est.

2. Utilis actio sic in universum describi

potest, quod sit actio quæ deficiente stricta juris ratione ex æquitate introducit. Id vero fit bifariam: vel interpretatione Jurisconsultorum, vel etiam jure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriarum in relatione ad jus civile strictum omnes dicuntur utiles tametsi aperte verbis edicti propositæ sint, §. 4. Inst. infr. de action. l. 16. §. ult. de pign. act. l. 26. §. 2. de nox. act. l. 1. ff. de superfic. l. ult. C. quib. ex ca. maj.

3. Quamquam si jus prætorium absolute spectamus, quædam actiones hoc jure productæ directæ, quædam utiles appellari possunt: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur; utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio induxit, l. pen. §. ult. de his qui dej. vel eff. ut apparet ex l. 70. de rei vind. ll. 1. & 22. de pignor. l. 19. in pr. de instit. act. l. 5. §. pen. ff. de pec. const. l. 1. C. de precar. Sed & jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit quominus directe dentur, veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris 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 Imp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, heredem, donatorem manet, l. 16. ff. de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. 18. C. de legat. Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur ut nostra conventionem alteri actionem quæramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, l. 3. C. de don. quæ sub mod. His autem casibus, & si qui sunt similes, demtis actio directa dicitur quæ ex verbis legis eoque quod scriptum est descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia qui damnum dedit expresse jubetur ejus damni æstimationem præstare; illud non exprimitur damnum tanti æstimandum quanti intersit damnum datum non esse. Ceterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset ejus omnis quod interest æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. 17. sup. hoc tit. At vero ubi longius proceditur, atque

ex scripto & sententia controversiâ orta actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam tamquam ex mente legislatoris, ea non directa sed utilis est; quamquam vi & effectu juris à directa non differt, l. 47. de neg. gest. Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis utilitate id exigente supplere solet reddendo actiones in factum, l. 11. de præscr. verb. Quæ omnia exemplis in textu illustrantur.

4. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus, ut videre est in l. 7. §. 3. l. 9. in pr. l. 11. §. 8. l. 29. §. pen. hoc tit. Proprie autem eo nomine designare actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur cui nec oratio nec sententia legis convenit, d. l. 11. de præscr. verb. l. 33. §. 1. hoc tit. l. 7. de dol. & hoc text. in fin. Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo] Add. l. 51. in pr. hoc tit. Qui alio modo damnum dederit utiles actio-

nes] Quæ eadem & in factum, ceterum civiles, l. 7. §. 3. & 6. l. 9. fere per tot. eod. Sic patri nomine filii, 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. 51. in pr. l. 11. §. 8. l. 13. pr. eod.

Alienum servum de ponte] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso istu perierit, aut continuo submersus est, aut lassatus, vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit ipsa lege Aquilia teneri quemadmodum si quis puerum saxo iulisset, d. l. 7. §. pen. ad leg. Aquil.

Neque corpus læsum] Lex Aquilia de corpore peremto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest; & proinde subsidiariâ in factum opus est, secundum ea quæ jura dicta sunt, l. 11. de præscr. verb. l. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo.

Misericordiâ ductus] Intempestiva misericordia damnoosa est. Similiter actione in factum teneretur qui fumo facto apes fugaverit, l. 49. hoc tit.

TITULUS IV.

DE INJURIIS.

Dig. lib. 47. tit. 10. Cod. lib. 9. tit. 35. & 36. Et Part. 7. tit. 9. Recop. lib. 8. tit. 10. Continuatio & argumentum tituli.

Quarta species delicti unde obligatio & actio inter privatos nascitur est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua poenâ vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit; specialiter, aliâ contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβρις appellant; aliâ culpa, quam Græci ἀδικία dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriæ datum accipitur; aliâ iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομία καὶ ἀδικία vocant; cum enim prætor vel iudex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

Vid. leg. 1. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Omne quod non jure fit] Quidquid 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 quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet quam injustitia; est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & abitu animi consideratur. Cicero in Paradox. Quocumque aspexisti, ut furia, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt. Injuriæ, id est actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ sic generaliter dictæ Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in d. l. 1. contumeliam, damnum culpâ datum, iniquitatem sententiæ; quibus tamen genus propositum non exhaustur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Aristot. lib. 5. Ethic.

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc

hoc tit. l. 5. §. 1. ad leg. Aquil. l. 27. §. 2. de pact. ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significato injuria sic ab auctore librorum ad Herenium lib. 4. cap. 23. 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.

Aliàs culpa sit in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maxime dolum malum intelligit; ceterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque quod per imperitiam aut imprudentiam factum est injuriâ factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδικηματα (injuriarum) sed ἀμαρτηματα (errores) appellaret; & ita foret legendum, quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntias] Tertio circa judicia injuriarum pro iniquitate accipimus. Nam si judex inique sententiam dixerit, eum qui sententiâ læsus injuriarum passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, l. 51. de evict. effectum tamen juris inter hæc facta multum interest; & alterum vere maleficium est, alterum proprie non est, sed quasi maleficium, ἀμαρτηματα (erratum lapsus) utique: de quo vid. pr. tit. seq. Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in l. pen. de just. & jur. legimus, prætorem quoque jus reddere cum inique discernit. 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: πρὸς τὸ φαινόμενον (ad id quod apparet) non πρὸς τὸ εἶναι (ad id quod in re est).

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur non solum cum quis pugno pulsatus aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit, sed & si cui convitium factum fuerit, sive ejus 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 (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolo malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut prætextatum prætextatumve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicitur; & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.

LL. 1. 3. & 6. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 *Re quot modis injuria fiat.*
- 2 *Convitium quid, & an citra id verbis injuria fieri queat.*
- 3 *An & quando veritas convitii excuset injuriantem.*
- 4 *An cum relevet præfatio honoris.*
- 5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
- 6 *Famosi libelli quam varia pœna.*
- 7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
- 8 *Pœnæ capitali l. un. C. de famos. libell. quando locus.*
- 9 *Adsectari cur injuriosum.*
- 10 *Sermo prætextatus.*
- 11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiae.*

Interpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem & verbalem: eam quæ scripto fit alii ad realem referunt alii & frequentius ad verbalem, quod & Labeo fecisse videtur, l. 1. §. 1. hoc tit. & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel linguâ scilicet nuncupatis, vel scripto expressis. VINN. At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit. HEIN.

1. *Cum quis pugno pulsatus*] Proprie 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 causâ aliquem in jus vocari curaverit, l. 13. §. 3. eod. aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, l. 20. eod. cui simile quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis; item si quis ad invdiam nobis concitandam mœroris indicis publice utatur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, l. 15. §. 17. l. 39. eod. Cujac. 6. obs. 5. & alia

alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, *ὅθεν γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ ἀλλὰ καὶ ἡ κατὰ πᾶν εἶδος αἰσχροῦ* (injuria enim non solum quæ verbis, sed etiam quæ omni turpi facto inest, subaudi, fit, aut irrogatur). Eustath. ad *Odys. α.* Add. Damhoud. *prax. prim. cap. 140. Thes. dec. 22. 9.*

2. Convitium factum] *L. 15. §. 2. & seqq. ff. 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 convocium; atque ex eo apparere non omne maledictum convitium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est, si ve unus sive plures in cœtu dixerint; quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur convitium non proprie dici sed infamandi causa dictum, *d. l. 15. §. 4. & 9. cum seqq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Vall. 6. *eleg. 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 utique vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inst. lib. 7. cap. 3.* & Ciceronis cujus verba in oratione *pro Cælio cap. 3.* hæc sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter contumeliam, quæ si petulantius jactatur, convitium; sin facietur, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii usurpatur in *l. 5. C. hoc tit.* Quidquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. 15. §. 33. eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. 15. §. 20.* VINN. Consulendus hic omnino vir cl. Car. And. Dukerus de *Latinit. Jct. vot. p. 191. seq. HEIN.*

3. Tria fere hic quæri solent, Primum est, an veritas convitii excuset injurantem? Interpretes vulgò respondent excusare, si id quod objicitur tale est ut publice intersit illud sciri: veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. 18. in pr. hoc tit.* ubi ait, eum qui nocentum infamavit non esse bonum & æquum condemnari; peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet si infamaverit apud magistratum, quoniam tum

omnino præsumitur fecisse ut super objecto crimine, quod tamen utrique 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 poenam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare quominus animo injuriandi id factum præsumatur; contrarii tamen probationem hic admittendam, arg. *l. 5. C. eod.* Ita ferme Gomez 3. *resol. 6. n. 2.* Myns. 4. *obs. 4.* Gail. 2. *obs. 99.* Covarr. 1. *resol. 11. n. 6.* & 7. Clar. *lib. 5. §. 13. n. 15.* Wesemb. *parat. n. 8.* Atque hanc distinctionem passim in judicando servari tradit Christin. *vol. 4. decis. 202. n. 32.* Add. D. à Sande *lib. 5. tit. 8. defin. 7.*

4. Alterum est, an injurantem 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. n. 1.* Guid. Pap. *decis. 456. in fin.* Covarr. 1. *res. 11. n. 1.* Clar. *lib. 5. §. 13.* Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. decis. 1. n. 3.*

5. Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere; quippe ignoscendum ei qui se ulciscitur provocatus, arg. *l. 14. §. 6. de bon. libert.* Ceterum 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; ut impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentia. Vid. Myns. *cent. 5. obs. 17.* Gail. 2. *obs. 100.* Tuldén. 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. cap. 15.* Est autem hæc injuria realis, cui similis species est quæ proponitur in *l. 20. hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebatur*, nam injuria, ut in hoc argumento

accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, l. 3. §. 1. *hoc tit.*

6. *Ad infamiam alicujus libellum aut carmen*] Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam quæ scripturâ fit, cujus species atrocissima est famosus libellus, sive, ut Veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur, ex eo quod Romæ ad truncum Pasquini cujusdam statuum hujusmodi scripta affingi soleant. Poena mali carminis ex lege XII. tabb. capitalis fuit, ut 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 sancendam putaverunt, si quis carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Præclare. *Judicii enim ac magistratum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingeniis habere debemus; nec probum audire nisi ea lege ut respondere liceat & judicio defendere.* Sed poena capitis postea sublata videtur; nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, l. 5. §. 9. *hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo 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 poenâ etiam is plecti jubetur qui libellum inventum quem abolere debebat in notitiam aliorum protulit.

7. Quid ergo si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in d. l. un. quem sequitur Schneid. *hic n. 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 discernitur, l. 5. §. ult. *hoc tit.* ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliti scripti; cum nec convinci auctor possit si scriptum aboleatur, ut disputat D. Tuld. *hic cap. 3.*

8. Ceterum tum demum poena capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni lo-

cus est, ut eadem animadversione coërceatur auctor qua coërceri meretur crimen illud quod in libello abjicitur. Alias vero mitius & poenâ extraordinaria hoc genus petulantia vindicatur, secundum Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. un. Joann. de Plat. & Shneid. *hic*. Gomez 3. *resol.* 6. n. 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. n. 36. Quod autem D. Wesemb. 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 læditur: ut si quis spurius in scripto nominetur, aut in genere criminis arguatur: veluti si appelletur flagitiosus, scelestus, 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. Jus Canonum hanc poenam mutavit in flagitionem rei atque excommunicationem, cap. 1. & 3. *caus.* v. *quest.* 1. Atque hodie generali consuetudine poena famosi libelli capitalis esse desiit. *Clar. §. fin. quest.* 68. n. 25. & Bajard. in *addit.* *ibid.* n. 64. & seq. Zypæ *not. jur. Belg.* Groënew. de *legg.* abrog. *Cod. de fam. libell.* Perez *ibid.* in *fin.*

9. *Qui matremfam. aut prætexitatum prætextatamve adsestatur*] Adsestatur, qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. Ulp. l. 15. §. 2. *hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, adsestationem 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. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, l. 46. §. 1. *de verb. sign.* Prætextati dicebantur, qui prætextâ adhuc & bullâ utebantur: quod fiebat usque ad annum decimum septimum, quo tempore togam virilem sumebant deposita prætextâ puerili, ut meminit Cicero in *proœmio Lælii*.

10. Hinc ætas prætextata à Gellio *lib.* 1. *noct.* cap. 23. mores prætextati Juvenali *satyr.* 2. *vers.* ult. sermo prætextatus, qui aliis est sermo aperte obscœnus, Sueton. in *Vespas.* cap. 22. Macrobi. 2. *Saturnal.* 1. aliis, qui nihil

nihil obscenitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obsceno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depotitis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de senat.* Joan. Britann. in *d. sat. 2. vers. ult.* Sic prætextatus referunt Artaxata mores. Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur qui à prætextato vel prætextata comites abduxerit, *l. 15. §. 17. hoc tit.* de quo contumeliæ genere adde Casaub. ad *Pers. sat. 5. vers. 30.* HEIN.

II. *Pudicitia atentata*] Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat injuriam facit atque hac actione tenetur, *l. 9. §. ult. l. 10. hoc tit.* Ut ecce, si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum injuriam ei facit; hoc enim ipso significat se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisce. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. 15. §. 20. & §. 22. hoc tit.* Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur.

De parente & liberis, viro & uxore, socero & nuru.

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. Defendendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.

L. 9. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Patitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, 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 hereditatem facta heredi quodammodo facta censetur. Semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est si fama ejus cui heredes existimus lacessatur. Si vero id ante aditam hereditatem fiat, magis hereditati fieri videtur, & sic heredi per hereditatem acquiritur, *d. l. 5. §. 4. & §. 6. hoc tit.*

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 filio; nisi pater aut præsens non sit, aut sit vilis abjectæque conditionis persona, *l. 17. §. 10. cum §§. seqq. l. 41. ff. 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. 17. §. 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; parri autem prætoriam actio competit, *l. 5. §. 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. 1. §. 5. l. 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, tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l. 1. §. ult. l. 11. §. 7. l. 18. §. 2. hoc tit.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. 15. §. 24. eod.*

Filiæ alicujus quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. 1. §. ult.*

Uxor 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 uxore-

uxoris dignitatem violat simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur; non contrariè: *ὅτι ὁ ἀνὴρ ἐστὶ κεφαλὴ τῆς οἰκίας* (quia vir est caput mulieris) Paul. ad Ephes. cap. 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. VINN. Hæ rationes hodie non malæ sunt, originem tamen hujus juris non indicant. Videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiosam factam. Uxores enim vetere jure fuisse loco filiarum jam alibi demonstravimus. Vid. *Antiq. nostr. Rom.* 1. 10. 6. p. 135. Sed postea, rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & socer &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiosam, quatuor personæ actionem habebunt, illa ipsa, pater ejus, maritus, & socer, per hunc text. contra quem socero actionem denegat D. Tulden. ubi supr. cap. 9.

TEXTUS.

De servo.

3. Servis autem ipsis quidam nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur; non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos & uxores, sed ita cum 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.

L. 9. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

DUO hic docemur: (1) servis qua servis non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, l. 15. §. 44. *hoc tit.* (2) si quid atrocius in servum admissum fuerit & quod aperte ac contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hic non

servo sed ipsi domino injuria illata sit, d. l. 15. §. 35. Ex quibus efficitur, leviores injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factam non videri; alioqui utique domino actio daretur, d. l. 15. junct. §. 44. Deinde ne atrociores quidem vindicari, nisi appareat eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio quo servi pro nullis habentur. Ceterum prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus graviores injuriam, licet servo factam & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum inultum prorsus manere si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, d. l. 15. §. 34. cum seq. & §. 43. cum seq.

TEXTUS.

De servo communi.

4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est non pro ea parte qua dominus quisque est estimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

Vid. leg. 9. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

OB injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cujus rei summa æquitas est; nam quod in disjunctis valet etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas ibi major & atrocior injuria infertur, §. 9. *huj. tit.* iniquum esset duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis), majorem quoque poenam statui oportet. Neque obstat quod ex Pædio Paulus refert in l. 16. *hoc tit.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri quam pro qua quisque dominus est; quoniam ibi non queritur utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica dumtaxat; & responderetur, actionem

nem quidem omnes habere, sed non pro majori parte quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione personam & qualitatem dominorum non simul spectari; immo verba Pauli contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

TEXTUS.

De servo fructuario.

3. Quodsi ususfructus in servo Titii est proprietatis Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

Vid. l. 9. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

SI servo injuria facta sit in quo unus proprietatem alter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur quam ei qui habet usumfructum, d. l. 15. §. 47. de injur. Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, l. 25. de verb. sign. sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, d. l. 15. §. pen. de injur.

TEXTUS.

De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini qui tibi bona fide servit injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit; tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

Vid. ll. 9. & 10. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

SI iis qui nobis bona fide serviunt injuria facta sit, siquidem liberi sunt nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt; sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino sed nobis actio datur, d. l. 15. §. 47. & pen. de

Tom. II.

injur. His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit quam si in ejus contumeliam illata sit, verbi causa mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gomez 3. res. 6. n. 6. Schneid. hic n. 2. Tuld. cap. 9.

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex lege XII. tabb. & ex jure prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex lege XII. tabb. propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum nummarie pœnæ erant constitutæ, quasi in magna Veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ quæ ex lege XII. tabb. introducta est in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ: qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito ejus æstimationis constituitur.

L. 21. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. Quæ quarum injuriarum pœna ex lege XII. tabb.
2. Instituto prætorum quomodo injuria vindicentur.

1. **I**Njuriæ & legibus coercentur & edito prætoris. Lex antiqua XII. tabb. de omni injuria nominatim cavet: de crimine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque ceteris 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,

Pp

ut

ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur; cui & Justinianus consentit, sed neuter summam exprimit. Putat Hottomannus hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus, in servo centum & quinquaginta vindicam; alii tot sesterrios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus; quoniam pœnæ legis XII. tabb. diu exoleverunt, aliæque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Ceterum & lex Cornelia quæ manu fiunt injurias coercet. Vid. §. seq.

Talio erat] Talio similem seu reciprocam perperessionem significat. Imperatores dixere reciprocam pœnam, l. 3. C. Theod. de exhib. reis. Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, Exod. 21. Levit. 22. Deut. 19. Joseph. antiq. 4. cap. 6. Inscatur hanc pœnam ut iniquam nimisque acerbam, & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud Gell. lib. 20. cap. 1. Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse ut reus talionem pateretur nisi eam ipse elegeret; quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacisci nollit & acerbiter talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessariò solitam. Nam si reus qui depacisci nolluerat judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatum; atque ita si reo & pæctio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, nisi cum eo pacis, 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.

Nummarie pœnæ] Uti & ob ceteras 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; ceterum magnas satis Veteribus visas in magna rei nummarie 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. Dion. Halicarn. lib. 1. Gell. lib. 11. cap. 1. Plin. lib. 18. cap. 3.

2. *Sed postea prætores*] Injuriarum pœna institutio prætorum prius ei cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is qui injuriæ est affectus, ita dicat *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo*, judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium d. lib. 20. cap. 1. refert, fuisse quemdam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcumque depalmaverat ei numerari statim secundum leg. XII. tabb. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisquæ æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ cui facta est elationem submissionemve accipit; idque in persona servi quoque locum habere tradit hic Justinianus: nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris cui à domino præpositus est aut vitæ morumque pluris aut minoris æstimari; majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugis, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino aut qualiquali, l. 15. §. 44. hoc tit.

TEXTUS.

De lege Cornelia.

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. Domum autem accipimus sive in propria domo quis habitet sive in conductâ, sive gratis sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum*

rum 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 prætorica ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, l. 7. §. 1. & 2. *eod.* quam quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat.

1. Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est; quamquam postea receptum ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, l. 37. §. 1. *eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit lex 42. §. 1. *de procur.* & quod generaliter traditum est in l. 7. *C. hoc tit.* causam injuriarum non publici judicii sed privati querelam contineres; ideoque nec inter publica judicia vel in l. 1. *de publ. jut.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in lege 12. *in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ tamquam delicti publici patuisse omnibus, quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore Rempub. constituere bello civili & cædum impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] Oilius scribit, *verberare* esse cum dolore cedere, *pulsare* sine dolore, d. l. 5. §. 1. *hoc tit.* Latine autem lingue consuetudinem qui spectat facile observavit differentiam illam non perpetuo servari. Vinn. Aliquando tamen & veteres auctores distinguunt *τὸ pulsare* & *τὸ verberare*, tamquam minus & majus. Vid. vir. cl. Car. Andr. Duker. *vet. fct. p.* 147. HEIN.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conductæ & precariæ & 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. §. 3. *eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

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 ve-*

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. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit; nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

L. 20. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. *Pœna injuriæ magistratui, officiali aut apparitori facta quatenus extendantur ex sententia Interpretum.*

Injuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiore & majorem, l. 7. §. 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 legg. 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 percussus, d. l. 7. *in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum &c. l. 9. fere per tot. *hoc tit.* Itaque pro atroce & illa habenda quæ fit malo carmine. Liban. *orat. 2. ad Theod.*

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 qualiquaali contumelia alicui afficere facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d. l. 9. §. 1. hoc tit.* & 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.*

tit. vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuriâ 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 pulantur: plus ceditur qui jubet quando nec qui obsequitur excusatur.

1. Hanc autem injuriam etiam capitali poena posse compesci censent Decius in cap. 11. x. de constit. Menoch. de arbit. cas. 263. quamquam alii interesse putant, utrum magistratui ut cuilibet, an qua magistratui, id est ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogata, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus poena est deportatio, ll. 3. & 10. per tot. ad leg. Jul. de vi publ. quibus assentior. Vide Tulden. tit. C. de poen. 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. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 6.

Locus vulneris.] Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, l. 8. hoc tit. Nam oculi, ut Plin. lib. 11. cap. 37. ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt à morte, ὁφθαλμοὶ εἰς ζωὴν ἀβίωτος βίος ἐγγύς ἐστι (privatio oculorum vitam vitalem esse non sinit.) Basil. orat. 36. Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrisfam. an filiofam.] Utrum injuria patri an filiofam. 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 filiofam. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio civili & criminali.

10. In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. Et si quidem civiliter agatur, æstimatione facta secundum quod dictum est poena reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinari a poena reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenonia

na 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.

COMMENTARIUS.

1. Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse non criminalem.
2. In actione criminali poenam extra ordinem constituit: civili electa hanc consumi, & contra.
3. Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat: ubi quædam consuetudine recepta.

Quemadmodum de furto aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest sed etiam criminaliter, l. ult. de furt. l. ult. de priv. delict. ita etiam de quavis injuria, hoc text. & l. ult. de injur. In actione civili postulat actor ut reus in tantam summam condemnatur quantum ipse injuriam æstimat. Ceterum judex cam 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, §. 7. sup. huj. tit. Hæc autem poena uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur auctori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoriam sit ratione causæ efficientis.

1. Porro quoniam opinione vulgi convitiis maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui: ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet. Nam jure civili Romanorum ea actio incognita est, Vir cl. Ant. Matth. ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7. VINN. Lege 1. tit. 12. lib. 8. Recop. non omni convicio, sed solum illato verbis contumeliosis quæ d. lege 1. continentur poena palinodiæ est imposita, & pecuniariæ superaddita. Exciipiuntur ab hac poena Nobiles, qui ad revocationem seu recantationem non coguntur, licet acriori multa coerceantur. Instituti ratio nos vetat ire per omnia. Adeundus Petr. Avend. qui singulari tractatu d. legem 1. commentatus est. ADDIT.

2. Criminalem hanc esse actionem contendit Marant. part. 4. dist. 1. n. 10. Sed falso. Neque enim in hoc instituitur at vel corpori poena infligatur, vel quidquam applicetur fisco: sed

sed tantum ut honori & existimationi ejus qui læsus est consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. Myns. 2. obs. 98. Gail. 1. obs. 65. Wurmser. 1. pract. tit. 47. obs. 8. Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis poena constituitur, reusque coercetur vel in corpus vel irrogatione mulctæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. de injur.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit; quia utraque ad eundem finem, id est ad vindictam comparata est, *ll. 6. §. 1. ff. eod. l. unic. C. quand. civil. aff. crim. & ibi Bart. n. 2. Gail. d. obs. n. 1. Marant. d. dist. n. 5. Matth. d. loc. n. 8.*

3. Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. hoc tit. ll. 1. & 4. §. ult. ff. de his qui not. inf. l. 18. C. eod. quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit si curet ut per procuratorem defendatur, l. 6. §. 2. d. tit. facit ratio in l. 1. C. de sent. & interl. Addant vulgo Interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut auctore nolente recipere apud acta deposuerit, arg. l. 73. de procur. Gail. 2. obs. 102. n. 12. & obs. seq. per tot. Wurmser. d. tit. 47. obs. 5. n. 7. Wesemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Christin. vol. 4. decis. 202. n. 26. Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in d. l. 73. de procur. commodè accipi potest de iis qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere quam pacisci, arg. l. 4. §. ult. cum leg. seq. junct. l. 7. de his qui not. inf. Illud quoque non ex ratione juris sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententiæ sua honorem condemnato conservare possit. Gail. 1. obs. 65. n. 6. Wesemb. cons. 22. n. 26. Marq. Freher. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christin. vol. 4. n. 20. decis. 202. Equidem non ignoto juris esse ut gravior poena ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententiæ de existimatione tractatum sit, *l. 13. §. gen. ff. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Ceterum si sententiæ poenam ordinariam non excedat valet legis auctoritas, *l. 1. §. 4. ad senat. Turp. & regula tradita in lege 63. de furt. Zas. in l. 45. §. 1. de re jud. Donell. 18. comm. 8.**

Viri illustres & per procuratores.] Ad actio-

nem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. 11. §. 2. hoc tit.* criminaliter non potest nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Ceterum 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.*

TEXTVS.

Qui tenentur injuriarum.

11. Non solum autem is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, id est qui percussit; verum ille quoque tenetur qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit ut cui mala pugno percuteretur.

L. 10. in fin. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Actio injuriarum non solum adversus eum datur qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque qui subornavit aliquem ut faceret, *l. 11. pr. hoc tit.* puta mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3.* Adde quæ notamus ad §. 7. *Insta. sup. de mand.*

TEXTVS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. Hæc actio dissimulatione aboletur; & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolare.

L. 22. tit. 9. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 Remissa injuria ad huc peti posse impensas &c.
- 2 Cur dissimulatione injuria aboletur.
- 3 An idem obtineat & in reali injuria.
- 4 Plures species tacite remissionis.
- 5 Anus in actione injuriarum utilisne intelligendus an continuus & ex quo tempore currat.

6 *Actioem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

Injuriarum 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 jure hæc actio tollitur, l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. *de pact.* l. 17. §. 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri Interpretes.

1. Ceterum remissa injuriâ nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum; quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, l. 15. §. 46. *eod.* Clar. lib. 5. §. fin. *quest.* 58. n. 38. Covarr. 2. *resol.* 10. n. 7. Gomez 3. *res.* 3. n. 37.

2. Vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in d. l. 11. §. 1. *hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium sed tantum ad vindictam tendat: is qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur & tacite condonare ac remittere; atque hinc est quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocavit.

3. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali dumtaxat. In reali vero, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. Tulden. *hic cap. ult.*

4. Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quædam videtur si quis cum eo à quo injuria affectus est familiariter postea fuerit conversatus. Clar. §. 13. n. 10. Damhoud. *prax. crim. cap.* 136. n. 10. Uti que si sponte & motu proprio. Nam verbi

causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Item si injuriam passus lite non instituta decesserit; nam ideo heredi ejus non datur, cum ceteræ actiones pœnales etiam heredibus competant, l. 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *Inst. infr. de perp. & temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, l. 17. §. 6. *in fin. ff. hoc tit.* l. 5. *C. eod.*

4. Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat, Clar. d. §. 13. n. 9. Myns. 3. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen prior videtur eorum qui utilem accipiunt, per text. in l. 14. §. 2. *quod met. caus.* & facit quod in ceteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis 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. §. ult. *de accus.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito, d. l. 1. *de div. & temp. præscr.* l. 2. *quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hinc annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat, contra Oldend. *claus.* 7. *act.* 10. Schneid. ad §. 8. *hoc tit.* & alios quosdam recte docent Gail. 2. *obs.* 105. Myns. 5. *obs.* 7. n. 7. Fachin. 9. *contr.* 8. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. n. 8. 9. & 10.

6. Plane quod dicimus actionem injuriarum anni spatio finiri, id tantum pertinet ad actionem prætoriam; nam eam quæ ex lege Cornelia injuriarum competit verius est perpetuam esse, uti sunt & ceteræ quæ ex legibus & jure civili descendunt, *inf. tit. Inst. de perp. & temp. act. in pr.* Clar. d. §. 13. n. 9. Maraut. *par.* 4. *distin.* 1. n. 59. Fachin. 9. *contr.* 7. Myns. 1. *obs.* 84. & 5. *obs.* 7. Gail. 2. *obs.* 105. Wurmser. *tit.* 47. *de injur. obs.* 1. *dec. Cur. Holl.* 13. D. Joann. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defn.* 3. Non obstat huic sententiæ lex §. C. *hoc tit.* nam illa non de omni injuria loquitur sed de verbali dumtaxat, quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS V.

DE OBLIGATIONIB. QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

*Dig. lib. 47. tit. 5. Cod. lib. 9. tit. 3.**Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.*

Quarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendi hic solus locus superest. Quasi maleficium est, omne factum quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quasi contractus nominantur: ita quædam etiam sunt facta quæ quamvis proprie 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 iudex litem suam fecerit.

Si iudex litem suam fecerit, non proprie 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 poenam sustinebit.

L. 24. tit. 22. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur iudex per imperitiam male judicans non aque ex delicto obligetur ac medicus male curans; & circa hoc mores hodierni.
- 2 Cur, adversus quem, qua de re ex hac causa actio detur.
- 3 Dolus iudicis quomodo puniatur.

Species quasi maleficii, & prima ex iis quæ hoc titulo proponuntur, est si iudex male per imprudentiam judicaverit, quo etiam hoc factum refert Gajus l. 5. §. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. unde ad

verbum hic locus descriptus est. Ajo, 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 male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. 7. *Inst. sup. de leg. Aquilia.*

1. Cur igitur non item dicimus iudicem perperam 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 proficitur in ea re culpæ adscribitur, l. 9. §. pen. l. 13. §. 5. *licet.* Denique casus hic separatus est à lege Aquilia, qua damnum corpori datum dumtaxat coërcetur, §. ult. *Inst. sup. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in iudicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque iudex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: testis D. Tulden. *hic cap. 1.* & Joseph. Ludovic. *decis. t. n. 50.* Baro *comment. part. ult.* Bugnon. *lib. 1. de leg. abrog. satyr. 2. & 124.* add. Papon. *lib. 16. tit. 2. arrest. 12. 13. 14.* VINN. In Hispania hunc textum adhuc observandum vulgus Interpp. nostrorum tradit; excipiunt tamen Regios Conventus. Vid. Pichard, *hic n. 30.* ADDIT.

Litem suam fecerit] Litem suam facere iudex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit causamque ejus secundum quem pronuntiatum est suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex iudice fit reus. Cicero 2. *de orat. cap. 75.* *Quid si cum pro altero dicas litem tuam facias?* &c.

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo inique discernit, sed etiam cum imprudenter; sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur, *d. l. 5. §. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex 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.*

2. Hæc actio iis constituta est qui ea sententiâ læsi sunt, proinde actori si reus injuste absolutus est, reo si injuriâ est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarcienti causâ; 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.

3. Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur; nam qui τὴν χεῖρα μαίνας δάσκει (donis manum conspurcans) largitione, odio, vel gratiâ depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur: & famæ dispendium patitur, & veram liti æstimationem ei quem læsit præstare cogitur, *l. 15. §. 1. ff. de judic. l. ult. C. de pen. jud. qui male jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *ll. 3. & 4. de leg. ful. rep.*

TEXTUS.

De dejectis vel effusis, & positis aut suspensis.

1. Item is cuius 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 poena 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 poena constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse di-

catur, quantum ob eam rem æquum judici videtur actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstas, ceteraque impendia quæ in curatione facta sunt; præterea operas quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis est factus.

LL. 25. & 26. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Secunda species quasi maleficii est, non præcavere ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus deiciatur aut effundatur quod transeuntibus nocere possit, *l. 5. §. pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a prætore actio adversus eum qui in eo cœnaculo habitat unde is casus prodiit, *l. 1. & passim 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 deiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat sed tantisper hospitatur; sed is tenetur qui hospitium dedit. 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 ceteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ult. ll. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel effud.* Si de 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 publice intersit sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet; ceterum nihil interest utrum publicus locus sit an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2. de his qui dej. vel effud.*

Ideo non proprie ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum est quod alicui nocuit, is proprie 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

tum etiam culpam præstare debet, *l. pen. §. 2. de his qui dej.* deiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante prætores cavisse legem Aquiliam existimat vir ampl. Corn. van Bynkersh. *obr. 1. 13.* immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt (sunt autem verisimillima) eo majus robur accedet sententiæ eorum qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

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. §. 5. de obl. & act.* Et adversus eum qui posuit aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 1. §. 6. cum seqq. de his qui deiec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est cuivis à populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* nam privata esse non potest, quoniam competit cum nondum cuiquam nocitum est,

De eo quod dejectum dupli] 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, *§. 26. in fin. Inst. de act.* nimirum prætor securitati viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est; cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l. 5. §. 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. 1. in pr. d. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum; quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l. 1. §. 5. cod.* eaque de causa actio ex hac parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. 5. cod. junct. l. 12. de verb. signif.*

Si vivat nocitumque ei esse dicatur] Hæc verba edicti, si vivat nocitumque ei esse dicatur, non pertinent ad damna quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum ruptumve est; sed ad ea quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. 6. de his qui dej.* puta si vulneratus sit aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.*

Tom. II.

quæ læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. 5.* In litis æstimatione computantur sumtus curationis & operarum amissio; nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Poena dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit. Vid. Groënev. *d. legg. abrog. hic*, & ibi citatos; & adde quæ notavimus *sup. ad. pr. n. 2. & §. 6. item ad §. 13. n. 2. de leg. Aquil.* VINN. Et quæ nos ibidem monuimus. ADDIT.

TEXTUS.

De filiofamilias seorsum habitante à patre.

2. Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit cujus casus periculosus est, Julianus placuit in patrem nullam esse actionem sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est qui litem suam fecerit.

COMMENTARIUS.

1. Cur in proposito in patrem de peculio actio non datur. Et n. 2.

SI ex filiifam. 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 datur, *l. 5. §. pen. de oblig. & act.*

1. In patrem de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui deiec.* neque enim vel ob maleficio vel ob quasi maleficio filiifam. ullo modo cum patre agi potest: non actione noxali, *§. ult. Inst. inf. de noxal. act.* non de peculio, *l. 58. de reg. jur.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari, ceterum non ex delicto aliove facto quod pœnam meretur. Plane si judicio cum filio actum sit isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicari de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. 11. de pec.*

Qq

Quod

2. *Quod & in filiosfam. iudice*] Filiusfam. iudex si litem suam fecerit, non pater sed ipse actione in factum tenebitur, l. 15. de iudic. 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. 15. de iudic. 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 poterunt Accurs. ad d. legem, Cujac 13. obs. 18. Ant. Fab. in rationalibus.

TEXTUS.

De damno aut furto quod in navi aut caupona aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis aut caupona 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 maleficio, sed alicujus eorum quorum operâ navem aut cauponam aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod operâ malorum hominum uteretur, ideo quasi & maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredibus quidem datur adversus heredem autem non competit.*

L. 7. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

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 navæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus investa 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. d. tit. quo loco & d. l. 1. §. 1. etiam ratio redditur cur hæc actio gravior quam in ceteris constituta sit: nempe ut innotesceret 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. ff. naut. caup. stab. usque ad l. pen. §. ult. Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis quorum operâ navæ, caupones, stabularii utuntur, l. 5. §. ult. de obl. & act. d. l. pen. §. 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. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc text. Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus, quorum operâ 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. §. ult. l. 2. l. 3. in pr. eod. pœnalis est in duplum, d. l. ult. §. 1. quia prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Ceterum pœna hæc dupli exolevit, ut & ceteræ similes.

Caupona aut stabulo] Scabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχείω, (publico hospitio) vel καταλύματι (diversorio) sæpe accipi satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum ubi jumenta stabulantur, l. 5. ff. d. tit. ταμείω κτηνῶν, ἡπιστασίω ἐνστάσιω, (pecudum, equorum, jumentorum stabulum) cujusmodi stabula fere 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.

Heredi quidem datur] D. l. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul. Commune autem hoc est omnium actionum pœnalarum quod heredibus quidem dentur sed adversus heredem non competant; neque enim æquum esset heredem ex delicto defuncti pœnam sustinere. Vid. infr. §. 1. Inst. de perp. & temp. action.

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

*Dig. lib. 44. tit. 6. Cod. lib. 4. tit. 10.**Continuatio.*

TEXTUS.

Superest ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

- 1 Ratio ordinis & continuationis.
- 2 Error veterum Interpp. notatus.
- 3 Actio ut consideranda quatenus tertium juris objectum constituit.
- 4 Ex quo jure actiones profiscantur, accurata dissertatio.
- 5 Actionis nomen quam late pateat.
- 6 Quot modis usurpetur a nostris; & quæ significatio huc pertineat.

Superest] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error Interpretum qui crediderunt Imperatorem respicere ad tractationem proxime præcedentem de obligationibus. Quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. secundi & hujus item quarti; atque hic locus id vel maxime desiderabat, propter longam quæ intercessit antecedentium partium explicationem.

1. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est quin facile ab homine non nimis luscioso pervideri queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce tit. Inst. de jur. nat. gent. & 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 singulis explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem, tributus esset personis: etiam primo loco, hoc est reliqua parte libri pri-

mi 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 domino ceteroque jure in rem, & de obligationibus quas & ipsas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione tit. Inst. de oblig. tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum admittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur.

2. Hinc vero perspicuum est errare, 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 dumtaxat quæ in personam sunt; & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus quod nobis debetur a vinculo quo se debitor adstringit argumento & materia separata est.

3. Etenim, quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur quatenus cujusque est dependens ex jure quæsito (qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit & in bonis nostris computetur, l. 49. de verb. sign. ad idem plane objectum referri debet quo referuntur dominum & obligatio); quam quatenus est via sive medium per quod ad id quod nostrum est aut nobis debitum si ultro non præstetur pervenitur & aufertur invitis: uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut recte Timæus Fab. disp. de action. thes. 1.

4. Vix Interpretem inveneris quin hic investibulo quæsiturus sit ex quo jure actiones proficiscantur, ex jure gentium, an ex jure civili: id est utrum causa actionum remota jus gentium sit an jus civile. Quæstio minime 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 vix aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhæc 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 dominii nostri sit si id sponte is qui possidet non restituat, vel quod in obligationem à nobis deductum si id debitor non præstet obtinere liceat. Nam certe frustra sis si id si voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis tumultibus cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum intereptione 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 adscripturus sit ea quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10.* *Fœdum 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 pax tranquilla distabit si per vim litigia terminentur?* *fac. l. 176. de reg. jur. l. 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam quorum multis aliis in rebus perspicentia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant actiones omnes & formâ & origine esse juris civilis. Quid ergo est quod eos transverso agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. 6. de orig. jur.* scriptum est, ex legibus XII. tabb. compositas esse actiones quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis antè nemo cum alio agere in urbe

potuit? aut quia manu Regia pleraque terminabantur nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Rom. propria? quam scilicet à prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligatione sita passim appellantur quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. 15. de action. rer. admot.* Tertio, quod naturalis obligatio tantæ efficaciam non est ut actionem 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. Inepite. 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 formâ juris gentium manere suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus, recte dicantur esse juris civilis, ut & actiones, per *leg. 6. de just. & jur.*

5. *De actionibus*] Nomen actionis latissime patere 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, numquam verbo *agendi*, cum ad judicia refertur, ita usus esse Veteres ut eo verbo idem significarent, quod *ducere*, *trahere*. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, numquam agere aliquem: agere iudicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo iudicio, 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.

6. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit sive criminalis, in qua alias fere utinur verbo accusationis, *l. pen. si ex nox. caus. agat. l. ult. de privat. delict.*

l. 1. de crimin. stell. l. 8. ff. de accus. l. 8. C. de edendo. rubr. C. quand. civ. act. crim. Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti sed ratione sequentium adhuc latissime, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriaræ quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum &c. in summa, imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur, *l. 37. de oblig. & act. l. 34. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. 35. §. 2. l. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *l. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, quæ actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 2. *Inst. sup. quib. mod. obl. toll. l. 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam quæ secundo loco posita est huc pertinere ostendit supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, iudicium; nam & vox iudicii pro actione sæpe sumitur, ut videre est in *l. 1. & passim ff. & C. fam. etc.* & prætor promiscue nunc actionem nunc iudicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud est quam jus persequendi in iudicio quod sibi debetur.

COMMENTARIUS.

- 1 *Jus in hac definitione quid significet.*
- 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 au-*

tem metropoles idem jus non habere.

- 8 *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
- 9 *Proprium forum quæ tribuant.*
- 10 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse, contra Donellum.*
- 11 *Eum qui per se competens non est posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
- 12 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
- 13 *Item actionibus popularibus, quæ quid sine simul docetur.*
- 14 *Item actione injuriarum & petitione usurarum.*

1. **A**ctio nihil aliud est quam jus J. Auctor hujus definitionis est Celsus in *l. 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur, in perpetuo usu juris adeoque apud omnes Latine loquentes, significat potestatem jure publico tributam: veluti cum dicimus, jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est.

2. Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cum dicunt Jurisconsulti formulas earum intelligunt; atque, ut hoc etiam largiar, cum prætor se actionem daturum pollicetur formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à Prætoris impetranda est actio; ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus amissa possessione jus 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 iudicium deducta: atque ut maxime ut jam actu intentatam consideres, formula tamen proprie dici non potest, non magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, additio hereditatis &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi qui per certas formulas & verborum conceptiones expeditiebantur, *l. 77. de reg. jur.* Adhæc nihil eorum formulæ convenit quæ prædicantur de actione: ut cum actio nasci dicitur, adquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi &c. ad heredem transire, ab heredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, divi-

vidi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hereditariam &c. recte dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse; quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio] 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.*

5. *In judicio*] His verbis indicatur neminem sibi jus dicere posse aut privata quod sibi debetur occupare auctoritate; sed si quis putet se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, l. 13. *quod met. ca.* & simul docemur non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Ceterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt (1) quid hæc verba; *in judicio* significant, (2) quis dicatur judex competens.

4. Primum quod attinet diversa Veteribus sunt, *in jure* & *in judicio*. In jure fieri dicebant ea quæ fiebant apud magistratum antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum; in judicio ea proprie quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Ceterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, l. 2. *C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentie usus esse coepit; 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 eum-

dem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur à celeberr. Ger. Noodtio lib. 1. *de jurisd. cap.* 6. & 8. ubi docuit, prætorem de jure, judicem de facto cognovisse; & hoc institutum ipsi ubi fuisse coævum; siquidem Dionys. Halic. lib. 2. refert Romulum quædam per se cognovisse, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente n. 5. proponit. HEIN.

5. Operæ pretium est rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipsum, utpote juri dicundo 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 judicium 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 jurisd.* 8. Coras 3. *misc.* 18. Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon. 2. *de Antiq. jur. civ. cap.* 18. & *seq.* Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam dumtaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ, & simul ac sententiam dixissent judices esse desinebant, ll. 5. 15. & 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, d. ll. 15. & 55. *de re jud.* l. 2. *de reg. jur.* ll. 1. & 3. *de jurisd.* Usque adeo vero hæc ratio dandorum judicium invaluerat ut vix ipse prætor judicium umquam susciperet, & si fides Duareno lib. 1. *disp.* 53. ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere; in quam sententiam affert legem 4. *de tut. dat.* l. ult. *de off. prætor.* ll. 8. & 9. ff. *de off. prætor.* l. 2. *C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrium esse existimant, argumento legis, quam inter suas atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptator qui privata judi-*
cet,

et, *judicari ve jubeat*, *prætor esto*. Quod in medio relinquimus.

6. Illud constat, exceptas fuisse nonnullas causas de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant: quæ cognitiones prætoris & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, 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. Ulp. in fragm. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum qui in potestate sunt, *l. 1. §. 2. de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min.* Cujacius par. C. ubi caus. stat. & Scip. Gent. d. loc. huc item referunt causas status sive præjudicia; rectene an secus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l. 1. §. 2. de rei vind.* aperte separantur à cognitione prætoris; & in his causis partes ad judices mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. ca.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l. 7. §. 1. de lib. ca. l. 34. §. ult. vers. quid ergo de statu lib. l. 7. §. 1. in fin. de her. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Bacch.* & Sueton. in *Vespas. cap. 3.* refert, *Flaviam quamdam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam.* Nec multum movet quod traditum est in *lege 32. §. 7. de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere quam sint compromissarii: vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventionione privata; vel quia jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati; sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l. 1. C. de off. prætoris* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. *Rev. 3. var. 20.* *Hotoman. 6. obs. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *lege 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. l. 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 in-

terdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & juncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extrà quam si vel occupationibus publicis vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediuntur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quo respiciens Justinianus 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 judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est quis sit judex competens; neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio institui potest sed apud eum solum cujus 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.

7. Commune forum olim fuit Roma quæ idcirco Veteribus dicta est communis patria *l. 33. ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. 4. & seqq. l. 24. de jud.* sed moribus hodiernis regis urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. VINN. Qui mores lege Regia sunt confirmati, *l. 9. tit. 5. lib. 2. Recop. ADDIT.*

8. Commune forum item recte dixeris in quo quisque conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii; & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspicere locum in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. C. de jurisdict.* 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 diserte agitur; & locus contractus forum tribuit etiamsi quis numquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quærat, cum quo forte alias non contraxisset: jus illud creditori facto debitoris adimi non debet. VINN. Quod si debitor certum domicilium non habuerit quovis loco deprehensus judicio sisti potest, *l. 32. tit. 2. Part. 3. ADDIT.*

9. Proprium forum est quod præter commune tribuunt causæ singulæ: veluti in actionibus in personam forum tribuit locus in quo contracta est obligatio, *l. 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur, per *l. 2. §. 4. l. 19. in pr. & §. 1. l. 45. de judic.* textus est in *cap. 1. §. 3. x. de for. comp. in 6. Covarr. 1. quest. 10. n. 3. Sichard. & Vultejus in l. 2. C. de jurisdict. Ant. Fab. Cod. suo ubi conv. qui cert. loc. defin. 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur in quo res gesta est, *d. l. 19. §. 1. d. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco quam in quo negotium gestum est res præstetur, hic locus accipiendus tamquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. act. jud. poss. l. 21. de oblig. & act.**

10. In actionibus in rem speciale forum 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. lex un. C. ubi de hered.* quamquam Gudelinus notat, praxim illud maxime observare ut ibi duntaxat actio in rem intendatur ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2. VINN.* Licet frequentius sit actionem in rem exercere in loco ubi res sita est; id tamen pendere ex arbitrio actoris, qui etiam in loco domicilii rei instituere eam potest, docet Carleval de judiciis *lib. 1. disp. 2. n. 152. ADDIT.*

Unus 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 scilicet in quo sunt res constitutæ: ibi rem conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *legem 35. de judic.* Sed non dubito nunc quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat si heres à quo legati præstandi necessitas non coepit eo in loco ubi res est offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile eveniri 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 mutuum 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. 46. cum seq. de rei vind. ll. 5. & 8. de in lit. jur.* Quæstiones criminum ibi exercentur docent *ll. 1. & 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.*

11. Illud obiter adjicio, posse eum qui per se competens non est ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam coëptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Coëpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutux petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur ibi ipse litem movit, tamen si prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. ff. 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 cogetur, ne causæ contententia dividatur, *l. 10. C. de jud. VINN.* Quæcumque hæc de foro competenti disputat auctor frequenti legum nostrarum calculo comprobata sunt, *l. 32. tit. 2. Part. 3. l. 20. tit. 21. lib. 4. Recop. Vid. Carlev. de judic. disp. 2. ubi totam hanc rem diligentissime est persecutus. ADDIT.* Prorogatur jurisdictio cum alius juxta quam cujus notio est ex conventionem aditur, *l. 18. de jurisd. l. 1. de judic.* de quo consule Doctores ad *d. l. 1. & cap. 12. x. de for. comp. Christin. vol. 2. decis. 160.*

12. Quod 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. 27. §. 2. l. 34. in pr. de aur. arg. leg.* Sed quid prohibet verbum *debendi* laxius accipere, ut debere quisque dicatur quod jure præstare tenetur, quamvis factio suo ad id non se obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio pro-

positæ & præsentī instituto Justiniani, ut divisio in continentī subjecta clare ostendit. Nec deest Veterum auctoritas; nam & Ulpianus in *lege* 178. §. ult. scribit, hoc verbum debuit, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, quæ quisque non quod sibi debetur persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat, vindictam criminis, l. 9. §. 5. de publican.

13. Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto verba definitionis etiam ad actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo 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 omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati is cuius interest præferatur, l. 3. §. 1. de popul. act. l. 3. in pr. de sepul. viol. Poena quam persequuntur regulariter actoris lucro cedit, qui ob id etiam postquam litem contestatus est inter creditores numeratur, l. 12. de verb. sign. fisco ut applicetur rarum & singulare; ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, l. 25. §. 2. de senat. Syllan. l. ult. de term. mot. Ceterum quia hæ actiones ita propositæ sunt ut ejus demum qui eas occuparet litem contestando propriæ fierent, eique soli poena præstaretur: inde est quod qui habet actionem popularem non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur antequam litem contestatus est, l. pen. §. 1. de popul. act. junct. l. 12. de verb. sign. 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 Justiniani omnino conveniens est, qui & sup. tit. præced. §. 1. & infra hoc eod. tit. §. 12. populares aliquot actiones proponit.

14. Eadem fere ratio esse videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, l. 28. ad injur. scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit perinde est quasi nullam umquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo nec heredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, §. 1. Inst. inf. de perp. & temp. act. l. 13. de injur. Usurarum petitio propriam rationem habet, nec tamen eam hinc excludimus: nam quod usuræ di-

cantur peti non posse jure obligationis aut actionis sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari, l. 49. §. 1. ff. de act. emt. 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 dumtaxat, quæ mora & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. Omnium autem actionum quibus inter aliquos apud iudices arbitrorum de quacunque re queritur 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 proditæ 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 proditæ 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.

COMMENTARIUS.

- 1 Divisionem hic propositam non à materia sed à causa efficiente sumtam esse.
- 2 Indicatur causa efficiens seu jus unde actio & in rem & in personam manat.
- 3 Personæ ad constituendum judicium necessaria.
- 4 Quam varie nomina hæc iudex & arbiter accipiantur, sive conjunctim sive per se posita.
- 5 Arbitratores quos vocant hæc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.
- 6 Disputatio accurata adversus eos qui mancam esse hanc divisionem contendunt unoque membro, mixtarum scilicet actionum, mutilatam.
- 7 Nec actiones quæ dicuntur in rem scripta 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 *Actio in personam quid petatur; ubi & insigne discrimen inter banc & illam quæ est in rem circa causam libello complectendam.*
- 12 *Actiones in personam quæ nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*
- 13 *Formula in actionibus in personam usitata; & quali locus cum agitur ex obligatione faciendi.*
- 14 *Formula qua adversarium dare aut facere oportere intendimus non convenire omnibus actionibus in personam.*
- 15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa de qua hic agitur.*
- 16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem; & primum de dominio.*
- 17 *Necesse esse ad fundandam actionem ut is cum quo in rem agatur possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiat, aliaque non passim obvia.*
- 18 *Possessorem non compelli ut contra vindicet. Dissertatio adversus D. Contium.*
- 19 *Petitio hujus actionis propria; & qui exitus.*

Proponuntur hoc titulo 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 rer. div. §. 1. Inst. infr. de interd. quia inter multas prima & potissima est.

1. Ratio divisionis ab objecto 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 jure quod quis circa rem habet; idque confirmat tum hic ipse locus, tum *lex 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 ceteræ 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 naturâ fieri non potest. Nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur ut dicant rem conveniri non personam, abu-

sivum est, & specialem præterea rationem in causis de quibus loquuntur habet, veluti in l. 7. ff. de publican. item l. 19. de jur. 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 exiguntur 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 jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo foeneratio agit. At cum utraque actione & res petatur & persona conveniatur, quæ fit quod una in rem nomen acceperit altera in personam? Dicam statim; prius enim causa efficiens utriusque indicanda est unde potissimum, ut ante dixi, sumta ratio divisionis.

2. Omnis actio procedit ex jure aliquo quod quis circa rem habet tamquam à causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius 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 iudicio persequendum. Jus in re (quod obiter hic inculcandum) multiplex: dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. Jus 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 compel-

pellatur in rem actionem pati si rem defendere nolit aut sine dolo possidere desierit, l. 27. §. 1. l. ult. de rei vind.

3. *Quibus inter aliquos apud iudices*] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ quæ ad constituendum iudicium necessario requiruntur, actor, reus, iudex. Actor & reus litigatores sunt inter quos res agitur, & quorum ille est qui litem intendit hic qui excipit. Græci *φύροντα* appellant, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, l. 2. C. de jurejur. propter eal. l. 13. §. 2. 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.

4. *Judices arbitrosque*] Nomina hæc iudex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita nec conjuncta, 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. 78. ff. de iudic. l. ult. §. 14. de mun. & bon. Atque hinc iudices omnes dicuntur habere notionem, id est potestatem cognoscendi jure publico constitutam, l. 5. de re iudic. Improprie iudices dicuntur arbitri qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur; quippe consensus privatorum iudicem facere non potest, l. 3. C. de iuris. Appellantur autem iudices propter affinitatem quam cum veris iudicibus habent, eo quod partibus iudicis fungantur, & arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sint, ll. 1. & 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. de iudic. l. 14. C. eod. ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi quos diximus iudices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens ut veri quoque iudices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi qui ex bonæ fidei iudicio cognoscunt, & maxime in iudiciis divisiis familiæ erciscundæ & communi dividundo; unde & iudicia ipsa arbitria, l. 24. depos. l. 34. l. ult. ff. fam. ercisc. ll. 15. & 17. C. eod. l. 18. ff. comm. div. l. 3. C. eod. l. 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. hoc tit. Præterea nomen iudicis etiam tunc cum proprie usurpatur aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes qui cognoscendi & iudicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, l. 1. de iudic. tot. tit. C. de iuris. omn. iudic. tit. ff. & C. de reb. auct. jud. poss. sive jure nudæ notionis, ut iudices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis iudicibus duntaxat, hoc est iis qui dati sunt à magistratibus aliisve qui jus dandi iudicem habent: in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, ll. 1. & 3. de iurisdict. l. 12. §. 1. l. 77. de iudic. ll. 15. & 55. de reg. jur. Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus quantus olim fuit; cum iudicis passim dandi licentia nunc sublata sit, l. 2. C. de pedan. jud. Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest: veluti cum hæc duo conjunguntur, iudices arbitrive; & maxime cum additur, à magistratu dati, ut in l. 15. de re jud. l. 7. de lege Jul. rep. Quod cum fit iudicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum iudices, datos quidem à magistratu, sed in iudiciis stricti juris potestate iudicandi certa formulâ quam excedere non liceat circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri iudices item veros tunc intelligimus, sed qui additi sunt bonæ fidei iudiciis, aut etiam arbitrariis, l. 14. §. 4. quod met. caus. minime autem tales ad quos ex compromisso iur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui lib. 3. de benef. cap. 3. sic scribit; *Melior videtur conditio cause bonæ si ad iudicem quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit & certos quos non excedat terminos ponit, hujus libera & nullis restricta vinculis religio est.* Plane cum simpliciter hæc voces iudex & arbiter junguntur, nec aliud exprimitur unde diversum colligi possit: utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in lege 9. ff. de re jud. scribit, furioso sententiam à iudice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco iudicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumtis non cogitaverit, non eo tamen minus huc 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 judiciario, id est causâ more judiciorum agitata & cognita ad sententiam ferendam processerint, l. 1. de rec. arb. VINN. Quam diversa fuerit judicium arbitrorumque potestas ex ipsis formulis quibus dari solebant patet. Judex in stricti juris judiciis ita dabatur: C. Aquili, *Judex esto: si paret Catulum Servilio debere centum tu illum in centum condemna*. Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, sed ex formula condemnabat tamquam ad libellam, ut ait Cic. pro Q. Rosc. cap. 4. Contra arbititer in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *Si paret Catulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat tanti damnetur*. In arbitrariis denique: *Arbititer esto; & si paret Mævium vestem Servili habere, naque is arbitrio tuo exhibuerit, tum quantum in litem Servilius juraverit tanti damnetur*. Hic ergo aliquid arbitrio arbitri vel judicis erat relictum, ut posset & usurarum habere rationem & exceptionum, quamvis formulâ non comprehenderentur. Add. Sigon. de judic. 1. 24. HEIN.

5. Enimvero nihil huc pertinent arbitratores quos vocant; quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententiâ suâ decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emtione pretium, in locatione merces in arbitrium certæ personæ conferatur, l. 75. cum seqq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. emt. nullus autem locus dari potest quo lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur; & commentitia est prorsusque aliena à ratione juris civilis Interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. misc. 4. 18. bene ostendit Bachov. ad tit. ff. de rec. arbitr. cap. 1. n. 2. usu tamen Interpp. distinctio invaluit. Gail 1. obs. 150. Merul. lib. 1. tit. 7. VINN. Et lex 23. tit. 4. Part. 3. comprobavit, ubi arbitri & arbitratoris officia accurate describuntur. ADDIT.

In duo genera] Ita & Ulpian. in lege 25. ff. hoc tit. Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. inf. hoc tit. actiones scilicet mixtas, cujusmodi sint actio familiæ eriscundæ, communi dividundo, & finium regun-

dorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; item petitio hereditatis, quæ & ipsa mixta dicitur in lege 7. C. de her. pet. junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in personam actionum efficit, de qua Cujac. par. C. fin. reg.

6. At enimvero, si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus eam uno membro mutilatam proponit, hoc est pro trimembri bimembrem facit, uno membro omissio 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 d. §. 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 dumtaxat actionum genera in d. l. 25. ponit & explicat: in rem quæ, inquit, dicitur vindicatio, & in personam, quæ conditio 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 eriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum origine sua & essentiâ sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, l. 1. fin. reg. ut & ipse Justinianus in l. 1. §. 1. C. de ann. except. Petitionem autem hereditatis inter actiones in rem l. 25. §. antepen. de her. pet. l. 1. l. 27. §. 3. de rei vind. ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse non aliunde certius constare potest quam ex conjunctione d. legis 1. fin. reg. cum d. lege 25. §. antepen. Nam in d. l. 1. Paulus sic diserte scribit, *actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit*: quod

quod nihil aliud est quam si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversia cohereat, ut loquitur Constantinus in *lege 3. C. eod.* & quod per eam rem nostram quæ intra fines nostros sit consequamur, qui effectus est rei vindicationis; quia nihilominus verum sit eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel aliàs 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, *ll. 2. §. 3. fin. reg. S. pen. Inst. inf. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ eriscundæ & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restituatur postulat, sed ut res dividatur & recedatur à communione; quin etiam possidentibus ultro dantur, *l. 1. §. 1. fam. ercis.* Ex contrario in *d. l. 25. §. antepen.* sic Ulpianus: *Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales*: quasi diceret: petitio hereditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem; ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hereditariis 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 huc etiam ratione essentialis suæ & originis mixtas esse, quia nascuntur ex duplici eoque diverso principio, dominio scilicet & obligatione. Nam præterquam quod hoc à mente Veterum longe alienum est (cur enim illi petitionem hereditatis actionem in rem esse dicerent actionem autem finium regundorum in personam, si illa æque in personam hæc æque in rem esset, atque utraque essentiali origine tam in rem quam in personam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bacho-

vius; ceterum se inde expediri conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cum itaque duplex sit objectum petitionis hereditatis, hereditas ipsa, & præstationes quas diximus personales: quatenus illa petitur actionem istam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure domini, eique soli competat qui se heredem, id est hereditatem suam esse intendit; quatenus vero eadem actione heres petit sibi præstari pretia rerum venditarum eave quæ à debitoribus hereditariis 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, *l. 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 duæ 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 hereditatis naturam & essentialiam suam actio in rem est, quod & nomen ipsum satis arguit, *l. 28. ff. hoc rit.* 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 factio suo se obstrinxerit possessor hereditatis (quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse, *l. 14. §. 1. comm. divid.*) sed quarum nomine is qui petitione hereditatis convenitur perinde ac quisque qui se obligavit tenetur, hoc est etiamsi, ex. gr. pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l. 20. §. ult. de her. pet.* & omnino ut debitor generis non speciei; atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *lege 7. C. de her. pet.* Contrà, actiones familiæ eriscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione, sed ex obligatione dumtaxat quam una parit rerum suscepta communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem adjudicationesque & condemnationes, quam ad præstationes lucris, damni, impensarum, man-

nentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est parte sua, insar eorum qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri, tam in rem quam in personam, *d. §. 20. inf. hoc tit.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus in *lege 1. fin. reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus.

7. Minus autem ferendi sunt qui actiones quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causâ, *l. 9. §. ult. quod met. caus.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu quam quo superiores. Nam actionem quod metus causâ in personam esse expresse traditur in *§. 31. inf. eod.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l. 14. §. 11. quod met. caus.* Quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo jure 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. l. 9. §. 1. & ult.* atque ex usu Veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi Duar. ad *l. 7. §. 8. de pass.* & ad *tit. quod met. caus. cap. 3.* Donell. *hoc loco*, & *15. comm. 38.* VINN. Quæ de divisione actionis in personalem & realem disputat Auctor ea plus subtilitatis habent quam utilitatis. Apud nos vulgaris illa divisio actionum in personales reales & mixtas jam dudum obtinuit & legum fulcitur auctoritate, *l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop.* ADDIT. Quamvis quæstio illa, denturne actiones mixtæ non adeo magni momenti sit, & ipsi alio loco osterderimus posse doctrinam de actionibus & sine hac distinctione explicari; non tamen existimo absurdum esse eorum sententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulp. *l. 25. ff. de obl. & act.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo summa genera partiantur; nihil tamen in jure nostro frequentius est quam ob species quæ mixtam causam habent, modo bipartitam modo tripartitam dari divisionem. Vid. Noodt *prob. 1. 12.* (2) Quamvis petitio hereditatis nascatur ex jure hereditario, simul tamen etiam pro fundamento habet quasi contractum, puta administrationem rei alienæ, arg. *legum 1. 3. & 10. §. 1. l. 25. §. 11. 50. §. 1. ff. hoc tit.* (3) Ita & judicia

divisoria manifesto & jus in re ponunt & obligationem ex quasi contractu. Unde non nude in personam esse dicuntur hæ actiones, sed pro rei vindicatione, *l. 1. ff. fin. reg.* & speciatim judicium communi dividundo magis ex re quam ex persona socii nasci dicitur, *l. 29. pr. ff. comm. div.* (4) Non absurdum est veteres Jctos hereditatis petitionem realem, judicia divisoria personalia dixisse, quamvis mixtæ sint naturæ. Denominationem enim sæpe in mixtis ab eo sumimus quod prævalet; & sufficit mixtas has actiones diserte appellari in *§. 10. hoc tit.* & *l. 7. C. de her. petit.* Non enim sane ob finem ita dicuntur; sed quia duplex hic est causa petendi, jus in re & obligatio. HEN.

8. Cum eo qui obligatur] Descriptio actionis in personam exprimens definitionem quæ traditur in *l. 25. ff. hoc tit.* ut sit actio quæ 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 peramus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio; obligatio autem inter duos 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 Jurisc. in *d. l. 25.* mirum non est; neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliussve debitor invito creditori substitui potest; verum obligatio debitorem sequitur ut lepra leprosum, Interpp. *hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alii quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est; nam nec obligatio ab eo cui primo adquisita 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 conventionione fieri possit ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio adquiratur, *§. 3. 4. & 18. Inst. sup. de inut. stip. l. 38. §. 17. de verb. obl. l. 11. de obl. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum *§. 9. sup. d. tit. Inst.*

9. At enimvero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu ut actio vel obligatio ad eum modum trans-

feratur, quo res corporales & quæ domini 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 emtor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emtorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est quo plenius emtori ceterisque consuleretur, l. 16. ff. de pact. ll. 5. & 8. C. de her. vel act. vend. l. 18. C. de legat. de quo fuse & subtiliter disserit Bachov. de action. disp. 4. thes. 2. & 3.

10. In actione in rem utrumque contrario modo se habet; nam cum ea non ex alia causa nascatur quam ex dominio aut simili in rem iure; hoc autem jus à domino unà cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat: inde necessario evenit ut non semper eidem, sed ei semper qui novissime rei de qua queritur 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 Jason 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 absolute concipitur sine designatione certæ personæ: ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse; in personalibus autem relata est & directa in personam rei: ajo te mihi centum dare oportere.

11. Petimus autem hac actione quod nobis ex 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: ajo te mihi dare oportere 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 necne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur nihil de eo reus statuere potest. VINN. Plane nihil nunc est necesse nomen actionis libello complecti; sed satis est factum ex quo jus nascitur convenienter & apposite enarrare, ut intelligi possit quam agendi causam actor habeat. Paz prax. tom. 3. in summa. Lege 10. tit. 17. lib. 4. Recop. injunctum est iudicibus formulas litium & juris solemnitates (etiam quæ substantiali appellantur) non curare, sed sola rei veritate inspecta judicia ferre; qua lege omnes litium formulæ & captiosæ juris subtilitates evanuerunt. Quæ tamen adhuc servari oporteat, quia ea naturalis exigit ratio, docet Azeved. in comm. ad d. leg. Merito Pichardus in summa. ad hunc tit. stomachatur in eos qui d. lege 10. actiones omnes sublatas apud Hispanos esse contendunt; non enim, ut perspicere notat, actiones, id est jura persequendi sublata sunt, sed actionum nomina & diversæ formæ; adeo ut satis nunc sit ad sententiam ferendam factum in libello enarratum fuisse ex quo actio seu jus persequendi nascitur, licet actor qua velit actione uti non exposuerit, aut errore lapsus non convenienter exposuerit. Vide Paz loco sup. laudato. ADDIT.

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 maleficii etiam quasi maleficii comprehendatur, §§. 10. 18. & seq. inf. hoc tit. §. 1. Inst. infr. de perp. & temp. act. l. 16. de neg. gest. l. 49. de obl. & act. Atque hæc quidem sunt causæ principales ex quibus obligatio atque actio in personam oritur; sed tamen non sunt solæ.

12. Occurrunt 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. Inst. sup. de leg. Aquil. l. 23. §. 5. l. 52. de rei vind. Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum qui bona fide junxit, d. l. 23. §. pen. l. 7. §. 10. de adq. rer. dom. Item quæ datur in specie legis 32. de reb. credit. & conditio sine causa aut ex injusta causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, l. 3. C. de cond. ex leg. Sed neque actio de peculio proprie dici potest de-

descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendam quoque actio personalis esse dicitur, l. 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 scilicet quisque tenetur præstare quod illi nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, l. 2. §. 5. *in fin. de aq. pluvi. arc.* Pulchre Oldend. *class. 3. act. 1. quest. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio quæ ex conventionione est ex contractu descendit: veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis; atque hæc fortassis causa est cur Gajus in *lege 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, eum contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revise quæ notamus *sup. ad §. ult. Inst. de obl.*

13. *Dare aut facere oportere*] Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* domini translationem significat, §. 14. *inf. hoc tit. l. 75. §. ult. de verb. obl. l. 25. §. 1. de contr. emt.* verbum *facere* nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, ll. 28. & 72. *in pr. d. l. 75. §. 7. de verb. obl.* uti & in divisione stipulationum, l. 3. *pr. d. tit. §. ult. Inst. eod.* Ait *dare* aut *facere* disjunctum, sicut etiam in §. 15. *inf. hoc tit.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quasi necesse sit utrumque semper oppositum uno axioma disjunctum disponi, formulamque hoc modo concipi: *ajo te mihi dare aut facere oportere*; sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum unâ intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed ad id tantum quod interest in actionem deduci, l. 13. §. 1. *de re judic. d. l. 72. in fin. pr. de verb. obl. §. ult. Inst. sup. eod.* fieri non posse ut umquam 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 recte dicemus hac formulam, *ajo 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 dubie à prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo, *Si paret Mevium facere debuisse nec fecisse, quanti interest condemnnetur*: prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum sed in id quod interest. Potest & mixta hæc admitti formula, *dare facere*, ut *dare* accipiamus tamquam subrogatum *te facere*, & ad id quod interest referatur.

14. *Aliis quibusdam modis*] Id est, aliis agendi formulis. Nam illæ quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maxime quibus dare, iis quæ in specie dicuntur conditiones; sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur proprie, nec ut fiat petimus; sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pigneratitia. Neque enim arbitror verbum faciendi in hac formula, *ajo te facere oportere*, tam late accipi posse ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo qui agit ex obligatione faciendi, tamquam 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, pigneratitia intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisorii, quas personalibus Veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. 20. *inf. hoc tit.* Quamobrem recte opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse καὶ ἐτέροις δὲ τρόποις δοῦναι ὑπερβαίνει τὰς ἀρχαίας. Sed & aliis modis talis actio intentari potest. Durum certe est verba ista referre ad illa remotiora ex contractu vel ex maleficio, quasi ceteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia. Add. Bachov. *hic & disp. 4. de act. thes. 1.*

15. *Qui nullo jure ei obligatus*] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *lege 25. ff. hoc tit.* ut sit actio per quam rem nostram quæ ab alio posside-

tur petimus, & semper adversus eum est qui possidet; unde nullo iterum negotio intelligi potest cui & adversus quem hæc actio datur & 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 proprie dictum; sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu prodita 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, cujuscunque 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 vindicatio absolute dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit hæc ipsa intelligatur, *sitt. ff. de rei vind.* non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proxime sequuntur, nisi forte appellatione domini, latius sumto vocabulo, cetera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa quæ non alii competit quam vero reidomino, *l. 23. ff. de rei vind.* Igitur emphyteutæ & superficiarii, qui veri domini non sunt, non datur; at his datur in rem utilis, *l. 1. §. 1. si ag. vect. l. 74. de rei vind.* Nimirum propter aliud jus quod in re habent: quod sive dominium utile, siue jus dominio proximum appelleretur parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinet quæ in directa.

16. *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 *lex 25. in pr. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l. 36. & ult. ff. de rei vind.* Primum quod hic intendit actor & probare debet est se dominum esse; etiam causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure domini, ex quo ex formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud du-

itationem 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 supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. 3. x. de re jud. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per expressum text. in *l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur ut dicamus tempus quo dominium supervenit fictione juris retraheri 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 adquisivit; ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem, sed nova formula à prætore imperanda, novumque constituendum judicium est, *d. l. 23. de judic. junct. l. 18. ff. commod. div.* Plane ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *legem 2. C. de ped. jud.* fere necessarium fuit, nihil verat quominus sine ambagibus rectè & eodem judicio lis decidatur & possessor in hujusmodi casu condemnatur. Et cur vero absolveretur mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certe domini in persona actoris precise 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 quolis contestatur ratio habetur, per *l. 7. §. ult. ff. ad exhib. Ita & Jas. hic n. 69. ex communi DD. sententia.*

17. Alterum quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus est ut is 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, §. 3. *infra hoc tit.* 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 reum condemnandum possidere eum quo

tempore res judicanda est, etsi non possidebat cum lis contestaretur, *l. 27. §. 1. de rei vind.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam continentur nudi detentores; id est qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent: quales sunt apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt &c. *l. 9. ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur qui alieno nomine in possessione sunt actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur qui se liti obtulit iudiciumque accepit decepto petitore, *ll. 7. 25. & 26. ff. de rei vindic.* item si qui dolo fecit quominus possideat, *l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. eod. l. 25. §. 8. de hered. pet.* De quo res postulat ut plura dicamus, & simul quid juris si dolo non intervenierit. Si reus cum jam lis contestata esset possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. lex 27. §. 1. si culpâ sua,* pati debet æstimationem; ita tamen ut audiendus sit si desideret ut adversarius actiones suas cedat, *d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. de rei vind.* si dolo vel fraude, damnandus est quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *ll. 68. & 69. eod.* Non est autem dubitandum quin iudex perinde hic procedat ac si is unde petitur adhuc vere possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus iudicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur tum sequatur ea quam dixi & eodem iudicio condemnatio; postquam placuit dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censi, eum qui quid habet vel possidet & cujus dolo factum sit quominus possideat, *ll. 131. 150. & 157. §. 1. de reg. jur. facit l. 20. §. ult. de hered. pet.* Proinde tantum non nugis agunt qui nova hic instantiâ & iudicio 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. mut. caus.* Equidem fateor id ita esse cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est; ubi vero semel iudicio inclusa est actio, uti cœpta est ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem simpliciter & indistincte definiant dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit condemnandum perinde quasi adhuc possideret: ex eo recte 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 iudicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex *lege 23. §. pen. de rei vind. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Gajus in *lege 36. de rei vind.* 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 relinquantur, textus in hanc rem expressus est in *lege 27. §. 1. ff. de rei vind.* 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. §. ult. de alien. jud. mut. caus.* Unicum est quod hic objici possit, & quo moti Jason & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo qui ante litem contestatam dolo desiit possidere actio in rem institui posset, frustra videri introductam à præore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. caus. fact.* Verum hæc obiectio levior est quam ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem quæ data operâ fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio qualiscumque ea sit qua metus erat nos experturos esse, *l. 4. §. 2. ll. 8. 9. & 10. de alien. jud. mut. caus.* Nihil vero absurdi est si dicamus, utile iudicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit utra actione experiri velit. Quinimo hoc diserte satis traditum est in *lege 3. §. ult. d. tit.* Tantum Jurisconsultus electionem actoris ita moderatur, ut si is cum quo ex edicto agi potest paratus sit utile iudicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto: scilicet quia ea oblatione fiat ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est ut utile iudicium in rem defugere possit qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

18. *Possessor autem dominum ejus se esse dicat*] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicasset rem suam esse, tum possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis, qualis est illa quam profert Cicero *pro muræna cap. 12. Fundus Sabinus meus est. Imo meus; cui similis illa apud Plaut. in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo*

ajo esse meum. Vid. Boët. in *Top. Cicer.* Gell. 20. *Noct. att.* 10. Brisson. lib. 5. *de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖστον (ut plurimum) honestatis forte causa usurpara: 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 vind.* §. 3. *Inst. inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem possessionem compelli possit ut vel titulum possessionis suæ edat, *l. 11. C. de pet. her.* cum tamen qui titulum possessionis suæ dicit non continuo dominium sibi asserat; constetque iudicium rei vindicationis etiam consistere & peragi cum in confesso est reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l. 9. ff. de rei vind.* Absurdum autem est exigere à reo ut quid dicat quod aut aperte falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato nihilominus obtineat si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris reum contra vindicare? minime igitur ex eo quod *Inp.* exemplum hoc loco forte profert mutæ vindicationis inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit ut is contra vindicet, & se dominum rei ejusquæ petitur esse contendat; & vulgatum est, verba narrative posita non censeri dispositiva quando in iis principaliter se legislator non fundat, ut notatum supr. §. 4. *Inst. de milit. test.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Anton. 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 vindicare; ipse vero sic ex contrario ratiocinatur: Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo quod contra non vindicaverit; nec aliter falsitatis convicini connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quam si ostendatur rem qui contraria vindicatione usus non est protinus condemnan-

dum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere ausus sit; quin ipse tacite contrarium fateatur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit quia fieri possit ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minime vero ad instituendam & fundandam actionem 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 audiendum, si impleta intentione petitoris se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, arg. *l. 9. C. de except.* 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 contrà se dominum esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut probandum aliud quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse; cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possit, *l. 5. §. ult. commod.* 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, recte faciet & mori iudiciorum antiquo convenienter si initio in lite contestanda dominum se esse dicat & contra vindicet, arg. *l. 18. comm. div.*

19. 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 obl. & att.* 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 iudicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur; nam & dominum eum esse iudex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus & omni causa, *ll. 20. & 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia qua condemnatur quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur *ll. 46. & 68. eod.* VINN. Quæcumque hic de lite instituenda tradit auctor, ea *tit. 2. Part. 3.* adamussim invenies explicata. ADDIT.

De actione confessoria & negatoria.

2. *Æque si agat quis jus sibi esse fundo fore vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum: veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquid vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive: istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit quo 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 latioribus Digestorum libris oportunitus apparebit.*

COMMENTARIUS.

- 1 Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam & negatoriam, utramque in rem.
- 2 An hæ actiones etiam pro alio jure dentur quam pro servitutibus.
- 3 Actiones hæc non ex figura verborum sed ex sententia & re petita æstimandas.
- 4 Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi; & contrariam inter negatorias.
- 5 Accurata demonstratio dari aliquod jus altius tollendi quod ei qui altius tollit jure servitutis constitutæ competat.
- 6 Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare.
- 7 Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.
- 8 Cur in rebus corporalibus actio ulro possessori non detur. Hosomanni correctio & disputatio confutatur.
- 9 Frustra esse omnes qui unicum illum casum de quo in hujus §. calce quærent.

A *Quæ si agat quis* Respicit ad id quod dixit §. præcedenti; veluti si rem cor-

poralem possideat quis &c. quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habuit: sciendum tamen est etiam rerum incorporalium nomine quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & ceteris servitutibus.

1. 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; quæ servitus asseritur, confessoria; quæ ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, l. 2. ff. si serv. vind. interdum negativa, l. 5. si usufr. pet. & à Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. si usufr. pet. vel ad alium pert. negetur: si servitus vind. vel ad al. pert. neg. inscriptio, & concepta iis verbis quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, ll. 24. & 28. de obl. & act. Servitutum quædam sunt personarum ut usus & usufructus, quædam rerum sive prædiorum, l. 1. ff. de serv. & 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 sup. lib. 2. Inst. tit. 3. 4. & 1. Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur, ideo tantum fit ut intelligamus de omnibus actiones in rem quas diximus competere; nec est de eo ulla controversia.

2. Verum illud quæritur, an non præter servitudes quæ solæ hic commemorantur sint alia quædam jura quorum tenendorum causâ similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit: veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, aut ad alium pertinere negat. Et bene Vaud. r. var. quæst. 27. probat non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta, cur solæ nominantur servitudes? aut cur confessoria & negatoria ut usufructus & servitutum actiones propriæ à Jurisconsultis proponuntur? l. 1. l. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si usufr. pet. quibus in locis observare licet hæc, ut iocundissima (æquipollentia) sæpe inter se permutari, actionem confessoriam aut negatoriam, & actionem de servitutibus. Infantiam suam produnt

dunt in rebus ad formam ac constitutionem Reip. Romanæ pertinentibus qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani huiusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere & vindicare jurisdictionem; nam ut actio nobis competat necesse est rem quam petimus in bonis nostris esse, arg. l. 52. de adq. rer. dom. id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, l. 49. de verb. signif. quod & ostendit actionis definitio ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; 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 jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut Principes, Comites sive alii qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos qui exertionem ejus impediunt: quæ & communis est Interpp. sententia, teste Suarez recept. sent. n. 52. add. Gaill. 2. obs. 66. Schneid. hic n. 11. VINN. Sententia hæc ut pro jurisdictione patrimoniali & ceteris juribus incorporalibus tuendis actiones confessoria & negatoria instituantur frequentiori apud nos recepta est calculo. Gom. 2. var. cap. 15. n. 12. Paz prax. tom. 1. cap. 1. §. 4. n. 22 licet oppositum tenuerit Cov. lib. 1. var. cap. 7. n. 10. ADDIT.

3. 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 lege 2. §. 1. si serv. vind. & exemplo proposito in lege 4. §. 7. eod. tit. quisquis intendit servitutem sibi competere confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est; & qui vi ipsa negat rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino: negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est; quia re ipsa negat servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi quominus ædes altius tollat: quo modo si concipiatur formula etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis jus vicino non esse ædes suas altius tollere: hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis ne-

gantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi ne vicinus altius ædificet: quæ intentio etiam figuræ orationis affirmativa est, d. l. 5. §. 7. Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est; quod si certa altitudo publice constituta sit supra quam ædificare invito vicino non liceat: eveniet nonnumquam ut & prior formula uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicandæ servituti per confessoriam accommodata; & contrâ 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 & re petita æstimandum esse quam ex orationis figura: videri potest Tribonianus, deceptus formularum conceptione, hic aliquid turbasse; ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi* cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contrâ 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 eam utitur nullam servitutem sibi vindicat 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, necnon novissime à Bachovio, qui eo amplius ἀμάρτημα (*peccatum*) istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admitendas esse innanes quasdam conjecturas quæ pro defensione Triboniani afferuntur excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit; aut contra, quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species quæ à Glossa proponitur exemplum manifestum est negatoria nempe si cum vicino, (cum esset in quasi possessione juris ne ego altius ædificatum habeam) agam jus mihi esse altius ædificatum habere: quam

quam palam est non servitutis sed libertatis vindicationem esse, *l. 8. C. de servit. l. 9. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. 7. si serv. vind.* Facendum quoque est non quadrare exemplum quod profert Dynus & post eum Jason *bic n. 43.* Si oneris ferendi causâ 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 nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fateamur eos qui exemplum confessoriarum de hac servitute peti posse putant ex *lege 17. §. 2. de serv. præd. urb.* & nimirum tale: si cum mea interesset vicini ædes altius tolli (forte ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur) vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi; & postea cum eo experiar ut altius tollat; nam & hoc æque alienum est. Ut enim formulæ confessoriarum de qua agimus locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita de cuius ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam 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 vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi*; aut, *licere altius tollere*, *l. 2. de serv. præd. rust. l. 7. §. 1. comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademerò, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori 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. vind. junct. l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse si vicinus quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat postea remiserit. Et hætenus quidem nihil recte pro Triboniano. Sed est aliud, cuius paulo ante mentionem fe-

ci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fuse probavimus in exegesi *§. 1. Inst. sup. de servit. præd.* quamobrem hic erimus breviores.

5. Quidquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi quod ei qui altius tollit jure servitutis constitutæ competat, patet ex Gajo *lege 2. de servit. præd. jud.* qui eo loco diserte dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus, ut servitutem diversi generis, segregat à jure non extollendi. Idem facit Paulus *lege 1. d. tit. & l. 7. §. 1. comm. præd.* Item Neratius *lege 2. de serv. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium quod ruri est, non considerato juris effectû, cujus alioqui consideratione etiam ædificia quæ in agris sunt pro urbanis prædiis haberi solent, *l. 1. comm. præd. l. 198. de verb. sign.* quod ad rem præstantem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in *lege 1. C. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatam habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione adquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii 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 hujusmodi aliquam servitutem, restat ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant *leges 11. ff. de serv. præd. urb. 1. & pen. §. 1. C. de ædif. priv. 1. C. de servit. 14. de servit. præd. urb.* Tacit. *lib. 15. annal. cap. 42.* Strabo *lib. 5.* Aurel. Victor in *epitom.* quibus omnino adde Per. Fab. ad *l. 61. de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos docent ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus Romæ & 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 Papinianus *d. l. 14.* utrumque autem in vicinorum gratiam; illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vici-

vicinum quam dominum ipsum tangit; hoc ut saltem tantum luminis quantum distantia illa afferebat vicini aurire & cœlum videre possent; notum enim est quo magis distat à vicino paries eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere; fortassis etiam propter metum incendii; quo in una domo orto contiguæ quoque facile conripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentiâ: & ea qua dixi gratiâ jus altius tollendi aliâs libertatis esse potuit, non raro item contrâ, impositæque à vicino & alteri quasitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, si ubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publice constituta est supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur hætenus libere & 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, *ll. 9. §. 11. ff. de servit. præd. urb. l. 8. C. de servit.* nimirum in suo facere quisque quod lubet potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hic prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hætenus liberas esse contendit, negans servitutem se debere, utiturque ex definitione *legis 2. §. 1. d. tit. actione negatoria*, non confessoria: ut fatendum sit erravisse Tribonianum si credidit pro vindicando 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 jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit qua pati debeat quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *l. 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 vindicationem esse in specie proposita dico, cum ex jure impositio cum vicino agam, contendamque cum 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 vindicatio non servitutis est; cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hætenus libere esse dicantur ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest si certum aliquod spatium jure publico definitum sit quod in ædificando intermittatur à vicini insula juxta *l. 14. de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis quam quærimus locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *l. 1. C. de serv.* His autem quæ diximus non obstat quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione (puta qui inter me & vicinum convenerat ut ad certam dumtaxat altitudinem ædificarem, & diem vicinus mihi postea concesserit 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 ceterorum 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, interpositaque 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 confessorii adscripsit, & contrariam negatoriis: nullus error ei obijci potest. Addimus semper *vicinorum gratiâ*. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum sed ornatus tantum publici causâ: locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l. 38. de pact.* cum similibus. Vidit hoc primo Joann. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Don. & novissime Christoph. Riccius in *præmiss. vind. jur. cap. 14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea quæ scripsimus supra memorato loco, §. 1. *Inst. sup. de serv. præd.*

6. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum

generum, confessoriarum & negatarum; de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriarum; quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoria* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque iudicio 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 agere an de incorporali, servitute aut rei nostrae libertate. Estque in promptu hujus rei ratio; nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet; cum si res adversarii non sit non continuo sequatur eam esse agentis, & fieri possit ut sit neutrius. Rerum autem corporali-um ea natura est ut qui rem quam petit adversarii esse negat non ideo affirmet hic quidquam suum esse; unde est quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo sed alieno damtaxat. 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. vind. & proinde de suo jure non alieno agit, ut est in d. l. 5. si usufr. pet. quae 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 corporali-um.

7. Nam in his agit qui non possidet.] Ratio declarans id quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporali-um propositam 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 illis 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. Ut confessoria possessori datur ne natura quidem hujus actionis admittit; quippe per quam petimus ut res quam nostram esse asserimus nobis restituatur. Haec vero intentio nullo modo potest convenire possessori; ridiculum enim est petere quod habeas, aut quid restitui ab eo qui non ha-

beat ac proinde restituere non possit. Contra traditionem 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 detur natura impedimento non est; nihil enim prohibet actionem ultro possessori dari adversus turbatorem eumve quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatarum de servitutibus, l. 5. §. ult. si usufr. pet. sed tamen ne haec quidem posse sori rei corporali proposita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem eo 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 adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporali-um sive servitutum & libertatis vindicatione 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 Ulpianus scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitorum esse, l. 6. §. 1. si serv. vind. quod & traditur in l. 8. §. 3. d. tit. l. 5. §. ult. si usufr. pet. Nascitur haec diversitas ex eo quod rerum corporali-um 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 incorporali-um sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu & alterius patientia; estque is usus non rei nostrae quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienae & plerumque in alieno; ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in praedio alieno: patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, l. 5. de usufr. l. ult. de serv. potest tamen dominus fundum suum occludere cum videtur & hunc mihi usum servitutis im-

impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini : ego sum possessor , l. 8. §. 3. *si servo vind.* 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 securus : 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 iudicio 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 servo vind.* & 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. 62. de jud. l. 1. §. 3. *uti possid.* §. 4. *inf. Inst. 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 vindicatione locum non habere , sed confessoriam dumtaxat. 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 adversarii nihil hoc ad probationem ejus quo intendit , rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo , ut non possidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari naturâ possit quam confessoria.

Ei vero qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse] Hæc pars aperte per adversativam à præcedenti distinguitur tamquam diversum continens. Quid ergo illud est ? Nempe hoc. In priorie parte enuntiati dixit , in controversiis rerum corporalium eum agere qui non possidet : ex quo solo intelligi voluit actionem negatoriam huic accommodari non posse : ideo vero non posse , quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari.

8. 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 , l. 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 negatoria 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. Theoph. in paraphrasi sic locum Græce reddidit , τῷ γὰρ νομίῳ ἡ διδοται (possessori autem non datur) 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 & verâ est loci sententia ; licet si demas , apertior. D. Hotomannus , cui tota periodus suspecta est , locum censet restituendum hoc modo : *Ei vero qui non possidet non est actio prodita per quam neget rem alterius esse* , aut forte *authoris*. Sed nulla , ut ego quidem existimo , necessitate ; nam & particulæ ad-

versativæ 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 Justiniano culpaverat mox laudat ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*; cum ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi qua actorem 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 auctor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus; 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 efficiendum id quod proposuerat firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum D. Hotomann. qui scribit sæpe se tentasse aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse quo hanc Justiniani rationationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in prior parte assumptionis Justinianæ 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 prodicta actio negatoria.* Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse; sed negamus Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum quod Hotomannus existimat; rectam enim esse sine illo abunde probabimus.

9. *Sane uno casu*] Frustra sunt omnes qui unum hunc casum aut adhuc quærunt aut se invenisse putant; neque existimo Justinianum ad quærendum unum casum quem tribus verbis indicare poterat lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wesemb. legendum

hoc loco arbitrarer, *Sane non uno casu* &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiduciæ causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, ll. 14. & 19. *de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani 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, in eo de quo supra diximus*. Theophil. Vinn. Et hæc postrema lectio, si quæ ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit Tribonianum tam inepte adfectare voluisse brevitate ut multis verbis lectorem ad latiora Digestorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio unum esse hunc casum quo is agit qui possidet; cum alioquin ordinarie in judiciis petitoris possessor rei vices sustineat. HEIN. Quam hic multis disputat auctor de rebus tamen nullius usus! utiliora congescit Paz in *sua prax. tom. 3.* quem de hac re omnino consules. ADDIT.

TEXTUS.

De actionibus prætoris realibus.

3. *Sed istæ quidem actiones quarum 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Divisionem hic propositam æque principalem esse ac superiorem; & unde sumta.*
2. *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris.*
3. *Prudentum non fuisse actiones dare.*
4. *Non omnes actiones quæ edito prætoris proponuntur esse prætorias.*

1. **I**Nsinuatur hic alia actionum divisio sumta à causis efficientibus remotis,

tis, jure civili scilicet & jure prætorio: quæ æque principalis est atque superior illa à causis proximis; nam omnes omnino actiones sive in rem sint sive in personam aut civiles sunt aut prætoriae, quæ passim etiam honorariæ appellantur, l. 25. §. ult. de obl. & aff. Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes sup. §. 1. Inst. de obl. 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 incipiat.

Itæ actiones quarum mentionem habuimus] Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videlicet vindicationem 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 hereditatis, ll. 1. 2. & 3. de her. 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 est ex lege, id est ea parte juris quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, §. 4. Inst. 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, puta plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum, l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de præscr. verb. l. 25. §. 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 & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, arg. §. 1. Inst. de oblig. Consulto inter causas actionum civiles non

numeravi interpretationem prudentum; quippe ex qua parte juris nullæ umquam actiones datæ sunt aut dari potuerunt.

3. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege interpretari, & eam quæ data erat ostendere, l. 2. §. 6. & 12. de orig. jur. A prudentibus quidem & tota ea pars juris profecta est quæ dicebatur legisactiones; ceterum 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.

4. *Ex sua jurisdictione*] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictionis pro edicto, l. 1. §. pen. de postul. l. 7. de jurisd. & simil. bus. Nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriae, l. 2. §. 10. de orig. jur. Enimvero non est argumentum actionis prætoriae quod prætor dicat edicto suo, actionem dabo. Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere: exemplo sit actio commodati, l. 1. commod. sed eæ dumtaxat prætoriae 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. Quamquam autem longe plures sunt actionum prætoriarum species quam quæ à Justiniano postea proferuntur; tamen ad rem quam proposuit declarandam omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce] Indicantur hic prætoriarum in rem actionem 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 fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est; hic contrà fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat] Verbum possessor expungendum videtur; nam possessori numquam ultro actio datur; & constat de actore in utroque exemplo hic agi; nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Utique id ma-

lim, 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? VINN. Vocabulum *possessor* non plane expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel è diverso cum aliquo qui rem meam usucepit ac possidet agere possum, ac docere*. Patet itaque eum non legisse *possessor*, sed fortassis hoc modo: *Vel ex diverso dicat possessorem adversarium suum non usucepisse &c.* HEIN. De divisione actionum in civiles & prætorias vide Paz in *prax. tom. 3. cap. 2.* Civitatum & Correctorum statuta actiones prætorias an civiles pariant disputat Pichard. hic: quæstionem sane non parvi momenti, cum actiones civiles perpetuæ sint, prætorix finiantur anno. ADDIT.

TEXTUS.

De Publiciana.

4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emtionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amisit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam; quippe ita proditæ sunt jura civili actiones ut quis dominium suum vindicet. 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 vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto proposita est.

L. 13. tit. II. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. *Justa causa quæ hic accipienda.*
2. *Cur ut Publiciana competat necesse sit rem traditam esse; & num aliquando ei competit cui necdum tradita fuit.*
3. *An & de rebus incorporalibus; ubi & de bona fide &c.*
4. *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit.*
5. *Cur requiratur ut amissa sit possessio, & amissa casu.*

6 *Causa hujus actionis introducenda.*

7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio.*

8 *Adversus quem detur, quid ei obstat; tum quis ejus exitus.*

Proponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à prætore Publicio qui primus eam introduxit, ut hic in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur: quæ ex causa cui competat: quo jure introducta; & quæ causa ejus introducenda: quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermisum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis ceteris, attingemus.

Si res aliqua] Nempe aliena, ut est in edicto, l. 1. de publ. in rem act. Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & necdum 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, §. 40. Inst. sup. de rer. divis.

1. *Ex justa causa*] Justam causam accipimus eam ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, l. 13. in pr. de publ. in rem act. 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. tit. Inst. de usucap. in pr. Causæ pluribus indicantur, d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. seqq. Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emtio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente 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. de publ. in rem act. ut ex hujusmodi emtione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per l. 2. §. 16. pro emt. detur tamen contra extraneum, d. l. 7. §. 2.

2. *Tradita fuerit*] Ut Publiciana competat exigitur ut res tradita sit, d. ll. 1. & 7. §. pen. & ult. eod. quod hanc rationem habet, quoniam antequam res tradita est nemo se dominum factum prætereundere potest; cum non nudis conventionibus sed traditionibus do-

dominia rerum transferantur, *l. 20. C. de pact.* Ceterum hoc ad eas tantum species pertinet in quibus ad dominium adquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est; nam quibus ex causis dominium adipiscimur etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publicianâ experiri licet, ut diserte responsum est de eo cui ex Trebelliano restituta est hereditas, *l. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino cujus servus cum in fuga esset rem à non domino emit, *l. 15. eod.* quibus casibus cum usucapio procedere non possit, *l. 25. de usucap.* apparet pratensionem dominii per usucapionem quæsitam non esse hujus actionis requisitum essenziale; ac proinde non esse perpetuum quod quidam tradunt, Publicianâ 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 umquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut pratendat se usucepisse: de quo plusscula inferius.

3. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. de publ.* 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, nec si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l. 2. §. pen. d. l. 12. §. 4. de publ.* 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 emphytheuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum qui tale jus constitutum habet. Azo in summ. ad hunc tit. n. 15. illud etiam, quamquam hic omissum est, exigitur ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit eum à quo accepit dominum esse, aut jus transferendi habere, *l. 109. de verb. sign.* In emtore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l. 7. §. pen. & ult. de publ. l. 2. pr. emt.* de quo explicatum sup. de usuc. in pr. Mynsing. hic n. 25. Schneid. n. 41.

4. Nec dum ejus rei dominus effectus] Propertea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l. 1. §. 1. de publ.* Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus, cum difficilis esset, ut fere solet;

dominii probatio hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Myns. n. 28. Oldendorp. class. 3. action. 3. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione 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, presumtive dominus est, & falsum esse quod remedia pratoria denegentur iis quibus jure civili consultum est ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Belle Bachov. *disput. 3. de act. thes. 17.* Gomez. Mynsig. & Schneid. hic. Gail. obs. 62. n. 5.

5. Possessionem casu amiserit] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio numquam ultro possidenti datur, quippe cui sufficit quod possideat, *l. 1. §. pen. uti possid.* & amissam casu; nam qui factò & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & dorando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his quæ hætenus dicta sunt intelligi potest quæ ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat quæ jure civili prodita est, ut apparet 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. Inst. de leg. Aquil.

6. Durum erat eo casu deficere actionem] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is qui tradidit dominus fuit, quod per quam difficile probatu est; & tamen eo non probato necesse et petitorum civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque pratori niquam videretur quemvis vel injustum possessorem potius 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 esset , quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc 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 dicit actor expresse se usucepisse , quod falsum est & constitutioni hujus actionis contrarium ; sed (quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet) causam actionis intentione sua complectetur. Dicit , 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 Publicianâ agere potest , dicit actor rem sibi à L. Titio legatam , aut eam in hereditate L. Titii fuisse , quam aut ipse crevit , aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet , l. 12. §. 1. l. 15. de Publ. Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata , dominium quasi usucapione quæsitus fingi aut prætendi non potest. VINN. Fictio illa est prætoris non actoris. Quia enim prætor directe leges evertere non poterat , leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt : usus est arte sua solemnis , & finxit hunc usucepisse , quum non usucepit. Vid. *Antiq. nostr. Rom. lib. 1. tit. 2. §. 24. edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio , quia non fingebat prætor eum jus dominii veri usucapione exclusisse ; sed tantum ratione tertii nullo vel infirmiore jure possidentis actorem in ea causa esse quasi usucepisse , quia si hic possessor obvertisset exceptionem non competentis dominii , ea fuisset exceptio de jure tertii. HEIN.

8. Restat ut videamus quod hic omissum est , adversus quem hæc actio datur. Datur Publiciana ut ceteræ 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 , si quidem 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. §. 4. de Publ. 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 lege 31. §. ult. de aff. emt. ut recte censent vulgo DD. Oldend. d. class. 3. action. 3. Schneid. ad §. præc. n. 28. & seq. late & subtiliter Bachov. disput. 3. de aff. thes. 21. & 22. De illo quæritur ; an Publiciana detur contra eum qui pro herede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo , an is qui pro herede possidet usucapere possit necne ; qua de re disputavimus sub §. 7. Inst. sup. de usuc. In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus , quam quilibet quantumvis jussissimus possessor qui dominus non sit , ll. pen. & ult. de Publ. Ceterum quæ vindicanti domino obsunt quominus possessor ei rem restituere debeat , eadem & possidenti ac Publiciana convento obstant quominus retineat , l. 72. de rei vind. l. 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic n. 15. Exitus hujus actionis idem , idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem , cujusmodi hæc in rei vindicatione civili : de quo scripsimus ad §. 1. sup. hoc tit.

TEXTUS.

De rescissoria.

5. Rursus ex diverso , si quis cum Reipublicæ causa abisset , vel in hostium potestate esset , rem ejus qui in civitate esset usucepit , 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 quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat , sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

L.28. tit.29. Part.3.

COMMENTARIUS.

1. Actionem quæ hic proponitur , & rescissoria in spe-

specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.

- 2 *Quibus ex causis hæc actio à prætore detur, ejusque introducendæ 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 rescindente & rescissorio Interpp. 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 ignorantie restitutio danda adversus usucapionem.*

1. **H**Oc loco proponitur actio in rem prætoriam quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, l. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. 24. C. de rei vind. l. 18. C. de postlim. rev. Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur quod jure civili ratum est, l. 35. in fin. pr. de obl. & aff. 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 adquisivit; hic pro non domino qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in l. 1. quib. ex caus. maj. qua parte scilicet præter eos quorum res usucapta est certis ex causis in integrum se restitutum pollicetur. VINN. Recte hæc notat Vinnius. Vere enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem; sed & rescissoria diserte dicitur *Publiciana*, l. 35. ff. de obl. & aff. l. 57. ff. mandat. Publicium Ciceroni fuisse σύγχρονον (coævum) plerique colligunt ex ejus orat. pro Cluent. cap. 45. ubi meminit Q. Publicii prætoris. Sed mihi actio rescissoria antiquior videtur ob locum insignem Terent. Phorm. act. 2. scen. 4. v. 9. ubi Cratinus advocatus: *Quod te absente hic filius egit restitui in integrum, æquum est & bonum; & id impetrabis. Dixi.* Vere enim loquitur de actione rescissoria, quamvis eam male tamquam rabula applicet. HEIN.

2. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus cujus res usucapta est: secunda absentiam qualem-

cumque ejus qui usucepit. Postremo adjecticlausulam generalem, quæ 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 partitis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti juberetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, l. 21. d. rit. Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent hic aut intacta aut minus perspicue induta, discas mox ex commentario.

3. *Cum Reipubl. causa abesset*] De eo qui absens usucepit ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabilis de causa abfuisse; quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula quæ huc casum continet prætor non distinguit quæ ex causa quis abfuerit, necessariamve aut probabili, an plane voluntaria: quod & diserte Ulpian. notavit lege 21. §. 1. ex quib. caus. maj. Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam: absurdum sit ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causâ susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit; nam si procurator fuit aut amicus qui se ultro defensionis 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 suscipiant, aut nemo sit qui interrogari potest, d. l. 21. §. pen. & l. seq. eod. Novissime autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsentis usucapionem interrompere, adito judice & diligentia sua apud eum contestata, l. 2. C. de annal. exc. Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desit.

In hostium potestate] Ut hic procedat usucapio ponendi termini habilis, 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 adquiratur, l. 23. §. 3. ex quib. caus. maj. l. 44. §. ult. de usuc. Ceterum extra

hanc

hanc causam captivus per servum aut filium possessionem adquirere non potest ac proinde nec usucapere, sed possessio atque usucapio inchoata captivitate interruptitur, in tantum ut nec postliminio restituatur, l. 19. ex quib. ca. maj. l. 15. in pr. de usucap.

4. *Uruceperit*] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem qui contra absentem agere non potuit, l. 21. §. 1. & deinceps l. seq. ex quib. ca. maj. Atqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest præscriptionem non currere, l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. 30. vers. omnis C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern. Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti: juris quidem impedimentum efficere ne præscriptio currat aut impleatur: exempla in d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. 30. 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 civili usucapta est. Hanc 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. 35. in fin. pr. de obl. & action. Annum intellige utilem, l. 1. §. 1. ex quib. ca. maj. l. 18. de postl. rev. pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, l. ult. C. de temp. in int. restit.

5. Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus, d. l. 53. hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedit quo prætor rescindat usucapionem, ac tunc demum hanc actionem de qua petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia prætor dum hanc actionem concedit simul vi 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. 26. §. 7. l. 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eod. l. 34. C. de rei vind. Quibus ex locis manifeste apparet rescissionem usucapionis in ipsa datione

actionis consistere, prætoremque dici restituere cum actionem rescissoriam petenti concedit; ac proinde uno simplici judicio rem totam explicari: fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. caus. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien. jud. mut. caus. l. ult. §. ult. ad senat. Vellej. Hoc & Gomez hic n. 8. & ult. odoratus est; sed explicare non potuit aut solide confutare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, unum res indens, alterum rescissorium; ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus quo rescindatur usucapio, & sententia judicis quæ res restitui jubetur. Per. de Ballapert. Jo. Fab. Jas. Zas. Myns. Schneid. hic. Odd. de restit. quest. 33. art. 1. Mauvit. de restit. cap. 4. Quæ opinio erronea est & à ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis quæ modo diximus perspicue patet. VINN. Quare in nostro foro recepta non est, sed uno libello & usucapionis rescissio & rei restitutio petitur, teste Paz tom. 3. cap. 2. §. 2. ADDIT.

Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii qui apud Veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud iudices datos. Ceteroquin revera unum tantum erat judicium; ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instruebatur judicium, sed à prætore constituabatur data actione & iudice qui de re cognosceret; unde nec illa quæ apud prætorem fiebant in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusi ad pr. buj. tit. Præcedens error secum traxit & alium de publici 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 vult perpetuum 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. ex quib. ca. maj. junct. l. ult. §. ult. C. de temp. in integr. restit.

6. *Ut dicat possessorem usu non cepisse*] His verbis significatur actoris in hac actione inten-

tentio. Ut autem actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor possessorem rem quæ petitur usu non cepisse, quod & aperte falsum est, & perinde quasi negaret adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, §. 2. *sup. hoc tit.* sed causam exprimit ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse cum ipse interea ejus nomine agere vellet, & usucapionem interrompere non potuerit: itaque petere se ut sibi restitatur. Prætorum 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.*

7. *Quibusdam & aliis*] Veluti absentis, cuius 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, l. 2. *C. de annal. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis dumtaxat quorum absentia aut necessaria fuit, l. 1. §. 1. *in pr. l. 3. cum seqq. l. 36. l. 42. de obl. & aff.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis qualis est studiorum causa & similes, Hoc ex generali & postrema edicti clausula, l. 26. §. *pen. & ult. cum duabus ll. seqq. eod.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet quod quis procuratorem domi non reliquerit: in voluntaria aut antè prævia absentis non succurritur nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, l. 26. §. *ult. l. 28. in pr. eod.* Quippe prior casu nihil est quod absentibus imputetur; posteriore objici eis potest quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, d. l. 26. §. 2. Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus qui actionem ex his causis amiserunt, d. l. 1. §. 1. l. 17. §. 1. l. 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.*

Tom. II.

in fin. ibi: nula ignorantia vel scientia exceptanda. C. de præscr. long. temp. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. unic. C. de usucap. 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 ignorantis, 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 assequetur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra legem 1. *de usucap. Weseemb. parat. hoc tit. n. 10. Pinell. in auth. nisi triennial. C. de bon. mat. Diss. comm. DD. Covair. in cap. possessor de reg. jur. in 6. p. 3. §. 3. Gail. 2. observ. 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videssis And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fab. Cod. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. restit. Pinell. in d. auth. n. 58.*

TEXTUS.

De Pauliana.

6. *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.*

L. 7. tit. 15. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Agitur hic de actione quæ 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, quæ tamen huc non pertineat.*
- 4 *Quæ concurrere debeant ut Pauliana sit locus.*
- 5 *Verborum edicti, Quod fraudationis &c. explicatio.*
- 6 *Edictum non pertinere ad eos qui id agunt ne adquirant; ubi quedam notabilia.*
- 7 *Quando primum creditores Pauliana experiri possint. D. Joan. Dekker. notatus.*
- 8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio.*
- 9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*

10. *Dari hanc actionem intra annum utilem quo primum experiundi potestas fuit.*

1. Tertia species actionis prætoris hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea quæ in fraudem eorum alienata sunt, l. 38. §. 4. de usur. atque huc pertinent, tit. π. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his quæ 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.

2. Etenim in rem eam non esse primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant aut intendunt rem suam esse, ut in actionibus superioribus; sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit aut nihil in eum delinquerit; si quis autem non possidet non teneatur, l. 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. §. 9. & 10. ff. quæ in fraud. cred. l. pen. C. eod. ut hic non sola possessio sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet nec dolo malo desit possidere tenetur. Datur enim hæc actio non solum heredi sed etiam in heredem similesque personas, & qua tales, d. l. 10. §. ult. 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. hered. Cum itaque in rem non sit, relinquitur ut sit in personam, §. 1. sup. hæc tit. d. l. 25. de oblig. & act. Et hoc verum esse vel ex hoc uno intelligamus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, d. l. 10. l. 14. quæ in fraud. 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. §. 26. si quid in fraud. patron. Erit igitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa detur: Faviana, si quis in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in l. 38. §. 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 ceteras 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 inquires; si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. sup. hoc tit. 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 improbe facit si postquam cognovit rem in fraudem creditorum alienatam esse eam tamen & tantum lucrisui causâ retinere tentet, per l. 9. §. ult. l. 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 n. 3. & seqq. Ant. Fab. 26. conj. 16. VINN. Certum quidem est Paulianam naturam potius personalium quam realium actionum servare; neque tamen ideo credibile fit Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros ut solo vocabulo rescissionis decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maxime cum verosimile sit eos in hoc titulo Gajum vel alium ex Vett. κατὰ πίδα (ad litteram) fere secutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente prætoris & Veterum vere esse in rem, quia nascebatur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequencebantur. Unde patet cur hic diserte mentio fiat bonorum ex sententia prædis possessorum; simulque intelligimus rationem non procedere ab actione Faviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vindicant, quia prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque res in fraudem alienatas non esse traditas; adeoque adhuc ad bona hæc quæ possident ex decreto suo pertinere. HEIN.

3. 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

quam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt: quorum quidem prius negat D. Joann. Deckher. 1. diss. 10. n. 27. Sed perspicue refellitur per *leges 15. & 17. §. 1. quæ in fraud.* 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. 26. §. 1. ff. de pign. act. l. ult. C. de præst. pign.* cujus pignoris si creditor forte possessionem amisserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam etsi culpâ sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de præst. pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donnellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse; nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. 14. & l. seq. C. de pign.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorum; sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, per *d. l. ult. C. de præst. pign.* & arg. *l. 9. quæ in fraud.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emtor non excluderet, cum tamen excludat agentem Paulianâ.

4. *In fraudem creditorum*] Ut hæc actio ex edicto competat requiritur ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. Ita 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. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is qui accepit fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. d. l. 10. §. 2. eod.* Ceterum hoc sic acceptum est si quis rem accepit ex causa onerosa; nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hæcenus utique in eum qui fraudem ignorans accepit actionem dari quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. 11. ff. eod. l. pen. C. eod.* Plane qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. 6. & seq.* Porro quando &

quatenus solum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *legis pen. quæ in fraud. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium vid. Bart. in *d. l. pen.* Pet. Fab. ad *l. 78. de reg. jur. Ant. Fab. 2. conj. 14. Gail. 1. obj. 25. n. 14. & seqq.*

5. *Alicui tradiderit*] Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causâ gesta erunt &c.* quæ verba latissime patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causâ factum est. Itaque quaecumque id fuerit ac in factum actione revocatur, si ve rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; si ve acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data operâ 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 causâ, vel quocumque denique modo aliquid fecit ut desineret habere quod habebat: ad hoc edictum pertinet, *l. 1. cum 4. seqq. l. 10. l. 12. & seqq. l. 14. & passim deinceps quæ in fraud. cred.*

6. Plane ille in ea causa non est ut edicto locum facit qui id agit ne adquirit quod acquirere potest, puta qui legatum aut hereditatem 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. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux. D. Diod. Tuldensis C. tit. de reb. quæ in fraud. cred. n. 4. Late & eleganter D. Wesemb. cons. 17. n. 42. & seqq.* Atque hinc est quod nec suus heres se abstinens edicto locum facit, *l. 3. C. eod.* multoque minus præteritus aut exheredatus qui non quæritur de inofficioso aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1. §. 8. si quis in fraud. patr. An ad legitimam petendam filius cogi possit dubitatur; sed verius est compelli non posse, arg. d. l. 6. §. 2. l. 19. quæ in fraud. d. l. 1. §. 8. si quid in fraud. patr. Jo Gutier. in reper. cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 24.*

7. *Bonis ejus possessis*] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem excussionem & distractionem bonorum; nec aliter quam si ex bonis distinctis creditoribus satis-

fieri nequeat *l. pen. C. de rev. quæ in fraud.* de quo fuse Schneid. n. 59. & seqq. Sententiam hujus loci corripit D. Joann. Dekherus ubi sup. Nam vitiose plane & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba, *bonis ejus possedit*, 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. 5. l. 17. §. 1. ff. quæ in fraud.* 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. quæ in fraud.*

8. *Rescissa traditione*] Sic intelligo, ut §. præc. 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 ceteraque commoda restituuntur quæ creditores habuissent si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. 10. §. 19. & 3. seqq. ll. 14. & 17. l. ult. §. 4. quæ in fraud. l. 38. §. 4. de usur.*

9. *Dicere traditam non esse*] Non diserte ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda; sed dicere & intendere effectum & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores quasi revera res numquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur satis ex iis quæ superius dicta sunt intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit. quæ in fraud. cred.*

10. *Datur intra annum, ll. 1. & 10. eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis poenalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit quod ad eum pervenit adversus quem actio movetur, *d. l. 10. §. pen.* Annus intelligitur utilem quo primum experiundi potestas fuit, *d. l. 10. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *l. 6. §. ult. d. l. 10. §. 18. eod.* Ante enim agi non potest, & non

valenti agere præscriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc. Joann. Fab. n. 17. Myns. n. 63. Schneid. n. 83.* Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Wesemb. *par. hoc tit. n. 12.*

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana seu hypothecaria.

7. *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 tenetur. Quasi Serviana autem est qua creditores pignora hypothecarum persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest; nam de qua re inter creditorem & debitorem convenierit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quæ sine traditione nuda conventionione tenetur proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

L. 5. tit. 8. & L. 14. tit. 13. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Causa introducenda 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 domino debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
- 5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius quam debitor pignus possidet.*
- 6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde. Hypothecaria nomen commune. Differt à pignoratitia.*
- 7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum.*
- 8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris jure teneantur.*
- 9 *Inventa & illata in prædium urbanum tacite pignori esse; in rusticum importata pignori non esse, nisi id expresse convenierit.*
- 10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris.*

- 11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam, nisi forte in eo quod cautum Nov. 4. cap. 2.*
- 12 *Inter pignus & hypothecam quid proprie intersit secundum usum juris. Veteres pro hypotheca verbo Latino fiducia vius videri.*

1. **A**D extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causâ comparata est, l. 17. §. 2. *de pign.* 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.

2. Actio hæc in rem est, l. 17. ff. *de pign.* l. 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causâ, ut hic declaratur. Unde intelligimus competere eam adversus omnes qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, l. 16. §. 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. 16. §. 3.

3. Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. (1) Se jus pignoris in re de qua agitur habere, (2) possessionem eius rei esse penes eum qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiat, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare quod debitor possideat; quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per l. 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 pervenisse, l. 15. §. 1. *de pign.* 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 proprie titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur: oportet creditorem potentiori jure munitum esse quam possessorem.

4. 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 pro-

bato succumberet possessor debitor agentis Publicianæ: eo probato etiam succumbere debet creditore agentis hypothecariæ, arg. l. 18. *de pign.* Hæc fusius tractantur à Jo. Fab. Ang. Jas. Zas. Schneid. *ad hunc* §. Cyn. & Salic. *ad l. 5. C. si res al. pign.* Negus. *de pign.* 8. memb. 3. n. 6. & *seqq.* Secundum expeditum est; quippe hoc omnium actionum in rem est proprium ut eo tempore quo moventur ad litem fundandam reum possidere oporteat.

5. 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. 14. l. 24. *C. de pign. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset prius denuntiationibus conveniretur, id est legitime interpellaretur ut solveret; ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, l. 10. *C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exegit; constituit enim ut si debitores præsentibus sint non tantum denuntiationibus conveniantur sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur quam excussis debitoris & fidejussorum, si qui sunt, facultatibus, Nov. 4. cap. 2. *unde auth. sed hodie C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causâ placuerat, l. 47. *de jur. fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut heres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est omitta actione personali pignus persequi, d. Nov. 4. cap. 3. *vers. contra principales*, l. 24. *junct. pr. auth. seq. hoc si debitor C. de pign.* VINN. Idque statutum apud nos est l. 14. *tit. 13. Part. 5.* Duas tamen Interpp. nostri auth. addunt limitationes, quarum prima est cum oppositum fuerit pactum de hypotheca non alienanda, altera est in possessore prædii ex quo annus redditus debetur; nam his casibus etiam non excusso debitore rectè in tertium possessorem patet actio. Paz in *prax. tom. 3. cap. 2. §. 14. n. 35. & seqq.* ADDIT.

6. *Serviana & quasi Serviana quæ etiam hypothecaria*] Duplex igitur de pignore in rem actio est. Serviana dicta ab auctore eadem analogia qua Publiciana; & quasi Serviana, sic dicta quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, l. 1. *in pr. & §. 2. ff. de pign. l. 1. C. de precar.*

Hæc

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. Numquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, l. 3. §. 18. de pign. l. 28. ff. de pign. aff. ult. C. de obl. & aff. Ab actione hypothecaria toto genere differt actio quæ pigneratitia proprie 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 tit. π. & C. de pign. & aff. §. ult. Inst. sup. quib. mod. re cont. obl. Abusive tamen Veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut observare licet lege 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. 41. de pign. aff. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. 19. de exc. rei jud. & aliis locis. Vid. nostra ad §. ult. Inst.

Et prætoris jurisdictione] Atqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones quæ ad imitationem edicti à Prudentibus compositz sunt prætorias censi, propterea quod causam & initium jurisdictione prætoris acceperunt.

7. De rebus coloni] Dubium non est quin ea actio de pignore quæ verbis edicti proposita fuit Serviana proprie vocetur. Unde existimare licet prætorem nominatim tantum de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: Quod à colonis oppignerarum mercedis causâ 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 proprie Servianâ experimur sed quasi Servianâ, quæ est ex edicti productione.

8. Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum 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 obligatz sunt Servianam competere. Jam autem constat non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri, sed primum fructus in fundo conducto nascentes, qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, l. 7. ff. in quib.

caus. pign. tac. l. 3. C. eod. Deinde ea & sola de quibus nominatim convenit ut pignori essent, §. 3. in fin. Inst. inf. de interd. nam nec inventa inducta aut illata in prædium rusticum aliter pignori sunt fundi domino quam si expressa conventio intercesserit, l. 4. & 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. pign. tac. Cujus differentie ratio si quærat, ea sumenda est ex moribus populi Romani.

9. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari; in urbanis investa, l. 61. §. 8. de furt. quod autem erat in more positum ut alias sæpe in jus paulatim transit, & pro dicto habitum est sicubi dictum non esset. Scio veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacite, sive citra pacti onem expressam, pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientiâ 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 solâ nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione ad significatur expressa conventio, quemadmodum etiam in l. 5. §. 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 recte 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 l. 4. de pact. Don. de pign. cap. 4. Bach. 1. de pign. cap. 11. D. Tulden. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 5. Christin. vol. 3. decis. 110. & vol. 4. decis. 155. VINN. Veterum tamen sententia quam hic reprehendit auctor, lege 5. tit. 8. Part. 3. confirmata est. ADDIT.

10. Quæ creditores pignora persequuntur] Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis, & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competi-

tit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali; quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, l. 20. C. de adm. tur. fiscus in bonis debitorum fisci, ll. 1. & 2. in quib. ca. pign. tac. uxor in rebus mariti in causa dotis, l. un. §. 1. C. de rei ux. aff. legatarii in rebus hereditariis, l. 1. C. comm. de legat. item de pignore pratorio & judiciali, l. 2. C. de præt. pign. item de eo quod testamento constitutum est, l. 26. de pign. aff. denique & de pignore tacito, ll. 4. & 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de paff.

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. legis §. quæ est, Ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Ad idem hoc exempli causa, multa enim sunt genera pignorum quæ constituuntur sine conventionione, ut jam intelleximus. VINN. In conventionali pignore hoc jure utimur, ut prædiorum oppignorationes in acta publica referri debeant, ne fraudatoribus potestas sit idem prædium multis creditoribus oppignorandi. Quod si forte eveniat, ille creditor potior habebitur cujus hypotheca apud acta fuerit insinuata. ADDIT.

11. 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 promiscue in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore proprie dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypothecæ; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano pignus contrahi non sola traditione sed etiam nuda conventionione, etsi traditum non est l. 1. de pign. aff. 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 pervenitur, Nov. 4. cap. 2. id plerique putant tantum locum habere in hypothecæ, non in pignore proprie dicto, cujus scilicet possessio

ab initio ex conventionione penes creditorem fuit & postea forte amissa; sed hoc casu adhuc statim & rectè possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione. Negus. de pign. part. 8. memb. 1. n. 8.

12. Pignoris appellatione tam proprie rem &c.] Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur cum simul res traditur creditori, Græcis ἐπὶ ὑποθήκῃ (securitatis arrhabo) & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventionione obligationi subijcitur. In pignore id nostri sumserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, l. 238. §. 1. de verb. sign. Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam solam 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, παρὰ τῇ ὑποθήκῃ, quod est supponere, id est pignori opponere, fiduciare: ut appareat verbum generale esse, eoque significare 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 subj. cta 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 conventionione tenetur, & maxime immobilis; idque intelligi necesse est quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in l. 9. §. 2. de pign. aff. Veteres consulti verbo hypotheca usi non videntur, sed Latino fiducia. Cujus rei argumentum est, quod in iis quæ manum Tribonianum elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur nusquam nomen hypothecæ occurrit, sed fiducia dumtaxat, ut videre est apud Paulum in libris recept. sentent. lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 4. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin. sic ut nec actionis hypothecariæ 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 collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de poss. Sed & in ceteris 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 noxae deditum si tantum adquisitum sit quantum dampnum dedit, manumittere cogendus est à prætore qui noxae deditum accepit, sed fiduciae iudicio non tenetur. Fuit vero & hoc ipsum fiduciae verbum generale, eoque tam pignus, id est ἐνέχυρον quam ὑποθήκη significabatur. Cic. in Topic. cap. 10. Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam accepit: debet & procurator. Paul. d. tit. Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversus eum habet actionem. Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. d. lib. 2. tit. de modo, id est spatio: Hereditus debitor adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit nulla actio datur &c. Idem alibi: Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciae dederit &c. id est, pignori vel hypothecæ. Hæc nos claris, Salmas. lib. de mod. usur. cap. 14. VINN. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis constituendis usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus quo tunc utebantur quoties ea lege quid mancipabant alienabantve ut quodcumque placeret alienanti res restitueretur. Id quod sibi cavebant hac formula; *Uti inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* Cic. de offic. III. 17. & ad fam. epist. VII. 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciae, ut reddita pecunia pignus restitueretur. Isid. Hispal. orig. v. 25. Ger. Noodt. obs. II. 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis & apud Cic. pro Falc. cap. 8. fiduciatus servus pro oppignorado apud Paul. res. sent. II. 13. 2. fiduciare pignoribus alterum apud Tertull. de idololatr. Eodem fiduciae contractu aliquando usos esse in locatione-conductione ex Plauti Bach. act. 4. scen. 4. v. 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltem fiduciam pro deposito dici à Cicerone pro A. Cæcia. cap. 3. & pro Q. Rosc. comæd. cap. 6. non abs re conjecit Taubman. ad Plaut. p. m. 489. Denique fiduciae usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. Antiq. nostr. Rom. lib. 1. tit. 12. §. 9. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus prætoriiis personalibus.

8. In personam quoque actiones ex sua juris-

ditione propositas habet prætor, veluti de pecunia constituta; cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat hoc in actionem pecunie constituta 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 quaeritur an actor juraverit; & alias complures.

COMMENTARIUS.

1 Recipere quid: actio receptitia.

2 Actionis receptitiæ & constitutoria discrimina; & præcipua causa.

Hactenus actiones prætoriiæ in rem: subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiuntur, quædam ex maleficio aut quasi ex maleficio; ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucae tantum proponuntur, exempli videlicet gratiæ; ac primum velut ex contractu hæc tres: de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

1. Cui similis videbatur receptitia] Actio-
ni 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 auctores 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, fam. lib. 5. epist. 8. *Velim existimes me ea que 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 deponabantur. 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 compete-
tebat receptitia sive pecuniæ receptæ.

2. Nostra constitutione] Extat in lege 2. C. de const. pec. Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiæ & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat verbis solemni-

nibus composita, hæc prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes qui constituerint: in illam etiam veniebat quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantum quæ pondere numero & mensurâ constant locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentię hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicę fidei erant quasi sequestres: idcirco & promittebant se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Ceterum Justinianus sublata receptitiâ unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes & de omnibus rebus constitutis, eam quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior & verbum pecunię omnibus rebus conveniret, *l. 178. de verb. sign.*

Si quid plenius] Hoc tamen excepto quod non constituitur nisi debitum, etsi olim in receptitiâ veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur tit. proximo.

TEXTUS.

De constituta pecunia.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam aliqui si stipulanti promiserint jure civili tenentur.

L. 3. tit. II. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Actionis de pecunia constituta introductę causa.
2. Singulare in hac actione.
3. Quibus ex causis hac actione teneantur.
4. Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.

1. **A**ctio de pecunia constituta edito prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se soluturum quod antè debitum fuit, *l. 1. §. 1. ff. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure
Tom. II.

civili actio non competit; quippe quo jure ex nuda conventionione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandę gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali aequitate; 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 conventionione stabilitur ac confirmatur; nam nisi debitum sit quod constituitur prætor actionem non dat.

2. Illud in hac actione ut singulare observandum est, quod ea edito proponitur non statim, sed sub conditione si appareat eum qui constituit neque solvere, neque fecisse, neque per actorem steterisse quominus fieret quod constitutum est, *l. 16. §. 1. & seq. l. 17. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori si moram fecerit in accipiendo; quod ratio juris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri si per eum steterit constitui die quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est eam sic proponere ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo obijci ne actio daretur.

3. *Pro se vel pro alio*] Is solus actione constitutę pecunię teneretur qui quod antè debitum fuit constituit, *l. 1. §. 1. & passim deinceps, l. 5. §. 2. l. 18. §. 1. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo qui constituit an ab alio nihil interest, *d. l. 5. §. 2. l. 2. C. eod.* Sed nec illud refert, quia ex causa quoque jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. 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. §. 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 constituit, in hunc esse utilem, id est efficacem actionem, Pomponius censuit *l. 19. pr. & §. 1. eod.*

4. *Nulla stipulatione interposita*] Actioni constitutorię 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. 28. eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia: veluti quod liberato priore seu principali debitore liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. 43. de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quam fidejussori tributum est, *Nov. 4. cap. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. C. de pec. const.* Ceterum & 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 citiore; quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *sub §. 5. Inst. de fidej.* VINN. Hodie sublata pacti & stipulationis differentiâ, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* constitutum à fidejussione vix discerni potest. ADDIT. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibebant nulum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφώρον (pecuniam constitutam) & ὑπόχρη (fidejussionem) communem.

TEXTUS.

De peculio.

10. *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.*

L. 16. tit. 11. lib. 5. Recop.

et vid. l. 13. tit. 6. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Causa introducenda 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.*

1. **E**tiam actiones quæ de peculio ex contractu filiisfam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur sunt actiones in personam pratoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori æquum visum est ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hætenus 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, arg. *l. 1. § 5. de adq. poss. l. 1. si à par. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit etiam domini & patris personam spectare & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur.

2. 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, sed ex obligatione uti passim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua 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. 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est ut semper adversus eundem locum habeat, *l. 25. de obl. & act.* Ceterum hoc ideo placuit, quia prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

3. *Actiones*] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex emto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi &c. 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. 44. de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est numero quidem hasce a-

ctio-

ctiones 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 emto adjectio; proisus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habet qualitatem. Vid. *inf. tit. 8. huj. lib.*

4. *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 filiosum multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distincte exposita sunt *sub tit. 9. lib. 2. Inst.* ex ea autem distinctione intelligere licet patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectio 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 peculii pater jus nullum habet sed ipse filius locum ac jus patrisfam. in eo obtinet, *l. 18. in fin. ff. de cast. pecul. l. 3. C. eod. l. 2. de senat. Masc.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectio in patrem actio competeat; sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarii hujus peculii & legitimi administrator factus est, desit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *ll. 6. & ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costaliter post Bartol. in *l. 1. de pecul. Christin. vol. 3. decis. 35. n. 2.*

5. *Adversus patrem & dominum*] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. 44. de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur in *d. lege 44.* eum qui cum filiosum 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; quæ de causa Jurisconsultus in *d. l. 44.* filiosum tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est minui filii & servi obligationem; uti & illud, si filius conventus pecuniâ aliunde quæsita solverit etiam patrem liberari.

6. *Ex contractu*] Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia; nam ex delictis causisque poenalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. 7. de his qui de fec. l. 58. de reg. jur.* Cui non obstat quod filio ex poenali causa convento & in certam summam condemnato pater tenetur actione judicati de peculio; nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu; quippe etiam iudicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. 3. §. 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest; dominus autem ex delicto servi aliâ tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit. 8. huj. lib.* Ceterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiosum. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. 52. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. 49. ff. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum est ut quasi contractus absolute contractus vocetur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. 49. de obl. & act.*

7. Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas ex quibus servus & filiosum dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor, si servus fidejusserit, si liberum se mentitus iudicium suscepit, si compromiserit, si iurjurandum detulerit, *l. 3. §. 5. & §. 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul.* Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam 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.*

Ipsa jure] Ipsa jure idem hic valet quod jure civili, uti & in *§. 1. Inst. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav. l. 1. §. ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætoribus, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus.

Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium ejusque, seu patrimonii cujusdam 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 prævenisse dominus & cum servo egisse videatur; item si quid his debetur qui sunt in ejus potestate. VINN. Actione de peculio etiam nunc utimur. Pazz. *præf. tom. 3, cap. 2. §. 6. ADDIT.*

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. Item si quis postulante adversario juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud queritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

L. 2. tit. 11. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. Qualis sit actio quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus.
2. In personam eam esse quacumque ex causa juratum sit.
3. De quo genere jurisjurandi hic tractetur.
4. Quam ob causam hæc actio à prætore introducta; cui, adversus quem, quo effectu detur.

Inter actiones quæ à prætore proditæ in personam sunt numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo quod jure civili nulli actio datur nisi ei cui quid debetur; nec satis est in judicio dicere sibi quid deberi, nisi & is qui dicit probet. Non probat autem qui jurat: utique non proprie & vere. Cur autem prætor hic actionem constituerit paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventionione, l. 26. §. ult. de jurejur. Proinde talis etiam tunc cum in actione in rem juratum est.

1. Sed quoniam in universum parum li-

quet qualis sit hæc actio (nam & veterem hic actionem dari legimus, l. 13. §. 3. & seqq. eod. l. 7. §. 7. de Public. in rem act. & utilem interdum, l. 11. §. ult. l. 29. de jurejur. sapere etiam & passim in factum): diligentius inquirendum est quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distinguere, ceterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hac causâ & defensione niti, quia juratum 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; juravi enim, te deferente, ea lege ut dares aut faceres quod peto, d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. l. 1. & 2. de præscr. verb. Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non sit non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum prætoriam, id est utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis quam re: nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Ceterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur quam ex jurejurando; quapropter etiam in hoc solum consistit, cujus proprium est ut non aliud queratur quam an juratum sit, ommissa quæstione an ex priorè causa debeatur l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur. Et hoc est quod Paulus scribit in lege 30. eod. hoc judicio in quo de jurejurando agitur non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit quominus adhuc vetus actio intentari possit, d. l. 30. sed nemo qui sapit necessitati probandi ultro se subjiciet. Oldend. *class. 1. act. in affin. rem. Don. cap. 8. ad tit. de jurejur.*

2. Proficiscitur hæc actio ex conventionione, l. 25. & seqq. in fin. eod. cui consequens est in personam eam esse non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit rem quam petebat suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam cum sit pariter ex jurejurando, id est ex conventionione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens intendit rem suam esse ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. Nichilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso quod agit propter jusjurandum; ideo-

ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, l. 11. §. 1. eod. Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat qui jusjurandum detulit eoque qui in locum ejus successerunt, l. 9. §. ult. & l. seq. eod. & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per d. l. 11. §. ult. effectu tamen juris nihil interesse fatentur in personam an in rem hic agi dicamus.

3. Donellus existimat tractari solum hoc loco de jurejurando quo res transigitur nulla interveniente sententiâ, & nimirum de jurejurando voluntario quod judicio nondum coepto seu ante litem contestatam ex conventionem actori deferatur. Nam ubi sententia intervenit actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse actioni judiciari dumtaxat: videlicet cum jusjurandum actori deferatur post litem contestatam, sive à reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia & laborante inopiâ probationum, etiam reo invito, secundum l. 31. ff. de jurejur. l. 3. C. eod. quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando, quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre qui juravit, l. 34. §. ult. d. l. 31. de jurejur. De jurejurando necessario assentior; quippe quod in eum finem ut inde actio nascatur non deferatur; ceterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia secuta sit: scilicet præter actionem judiciari; nam non est novum ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat l. 34. §. ult. de jurejur. & omnino ex judiciali etiam actionem dari evincitur ex lege 8. C. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurejur. Atque in d. l. 34. §. 7. eod. petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset denegatur actio: ubi de jurejurando judiciali agi arguit relatio, cui in voluntario non est locus, l. 17. pr. eod. Oswald. Hillig. in Don. lib. 24. cap. 18. E. Mudæus ad hunc §. n. 3.

Postulante adversario] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tueretur quasi sibi juraverit, & alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, l. 3. de jurejur.

Juraverit] Aut cum jurare paratus esset remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis quæ præstiti, l. 5. §. ult. l. 9. §. 1. de jurejur. l. 1. & 8. C. eod. Remittit autem qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, l. 6. eod.

4. Justissime accommodat ei talem actionem] Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori deferit hoc dicere videtur, si actor juraverit paratum se stare jurisjurando, id est præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, l. 25. & seq. §. ult. de jurejur. item speciem transactionis continere, l. 2. eod. id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, l. 31. de jurejur. l. 21. de dol. Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, l. 1. eod. Constituta est igitur actio ei qui juravit quid sibi deberi aut suum esse adversus eum qui jusjurandum detulit, & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit: ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua inf. sub §. 4. Inst. de except.

Sed an juraverit] Διὰ τὴν σέβας τῶν ὅρκων (propter religionem jurisjurandi). Dato igitur jurejurando vel remisso non aliud quaeritur quam an juratum sit, aut parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quaestione an debeatur, quasi satis id probatum sit: jurejurando, d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. 56. ff. de re judic. l. 11. in fin. C. de jurejur. ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita litis finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur iis omnibus allegationibus renuntiassæ intelligitur quæ ante jusjurandum præstitum obicere jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes quæ etiam in causis judiciari obicere potuissent, l. 30. §. ult. de jurejur. Ant. Fab. Cod. suo eod. tit. defin. 111. An jusjurandum prætextu aliquo sive inventionis novorum instrumentorum sive perjuriæ retractari queat; & num poena aliqua peccanti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur DD. in l. 1. 2. & ult. C. de reb. cred. & jurejur.

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit; & alias innumerabiles.

LL. 4. & 5. tit. 7. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. Quale iudicium edicto constitutum in eum qui album corruptit; & 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 jus vocari edicto prohibeantur. Qui sine venia vocavit qua actione teneatur.
4. Quæ causa prætorem moverit ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit. Problematicæ.
5. Quale iudicium constitutum in eum qui in jus vocatum vi exemerit.
6. Recensentur pleræque aliæ actiones prætorie pœnales.

Habuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiuntur rei-que 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 jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas] Pro pene videtur legendum bene, id est valde; nam bene particula Veteribus sæpe est *ἀνετην* (*augmentative*), ut bene doctus, bene magnus, bene longus, Cicero lib. 2. de orat. cap. 88. Habetis sermonem bene longum. Idem in Rull. cap. 12. Adolescens non minus bene nummatus quam capillatus. Oppius de bell. Hisp. lib. 5. cap. 12. Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent; & mox cap. 13. Cum bene magnam partem muri contumississent.

1. Qui quid ex albo] Exemplum primum actionum pœnalarum ex jurisdictione prætoris

introducendarum, actio albi corrupti. In eum qui album prætoris corruptit iudicium popolare quinquaginta aureorum datur, l. 7. in pr. de jurisd. Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujacio lib. 10. obs. 10. & quibusdam aliis magis probatur propter gravitatem delicti; quamquam vix est ut tantæ pecuniæ pœna conveniat iudiciis popularibus. VINN. Hodie hanc actionem ad magistratuum edicta pertinere tradit Paz in sua prax. tom. 3. cap. 2. §. 9. sed rectius observavit Pichardus hic n. 25. numquam apud nos executioni mandari; cum quotidie eveniat ut magistratuum edicta data operâ corrumpantur. Profecto in eos qui dolo & in contentum ea deleverint extraordinaria pœnâ animadverti hodiernis moribus convenientius existimo. ADDIT. Album hoc loco significat tabulam gypsatam in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset.

2. 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 citatorium & peremptorium, l. 68. cum seqq. de judic. sciendum est pœnale hoc iudicium constitutum adversus eos tantum qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est corruerunt, non in eos qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, d. l. 7. de jurisd. Illud auctoritatem magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo Rempub. cives-que universos lædere videntur; unde quoque est quod hoc casu popolare iudicium prætor proposuit, id est unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, d. l. 7. Hi tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos quorum gratiâ edictum propositum erat; & proinde sufficit hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissent. Gomez hic n. 15. cujus 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. l. 7. in pr. & §. 4. Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corruptit sed etiam qui subtulit aut corrumpi tollive mandavit, d. l. 7. §. ult. Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est litem occupantis lucro eam cedere, per l. 12.

de verb. sign. & ita post DD. comm. Gomez hic n. 29. Schneid. n. 28.

3. Qui patronum vel parentem in jus vocasset] Alterum exemplum actionis prætorie poenalis 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 distinentur, ll. 2. 3. & 4. de in jus voc. sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ; atque in eum qui adversus hanc partem edicti fecerit poenale iudicium quinquaginta aureorum parenti patrono &c. constituit, l. 4. cum aliquot seqq. ll. pen. & ult. d. tit. ll. 1. 2. & 3. eod.

4. Causam huic edicto dedisse existimant veterem iudiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim ut qui in jus vocabantur inviti cogenterent ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere licere, quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit. Ita fere Duar. 1. disput. 1. Rævard. cap. 5. ad l. xii. tabb. Cujac. 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 iudicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum nî confestim iret vocantemque sequeretur aut satis vel cautum daret se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obortoquoque, 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, ajunt, tam alienum à discepcionibus civilibus quam iudiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa quæ sunt apud Comicos, In jus ambula; item, In jus eamus; & apud Plinium in paneg. cap. 36. In jus veni: sequere ad tribunal, manus arguere injectionem. Illa quidem arguere quæ legimus in Eunuch. 4. 6. 31. In jus ducito. In Aulularia 4. 10. 30. Ad prætorem te rapiam. In Rudent. 3. 6. 15. Rapior oborto collo. Item apud Horatium 1. satyr. 9. v. 77. Rapi in jus. Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore; Comi-

cos autem fere agere de lenonibus, quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines aut ejusdem vilitatis, 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 nec eum qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum ducere, quo utitur Jurisconsultus in lege 5. §. 1. qui satisd. cog. hoc enim de volentibus proprie dici, ut in illo Senecæ: Fata volentem ducunt, nolentem trabunt. Quod autem parentes & patroni sine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari verantur, id non hanc habere rationem quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit vocatusque si ire recusaret manu adjecta 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, ajunt, 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. Joann. Vaudi lib. 2. quest. 26. & Bachovii ad tit. de in jus voc. eamque juvare videntur textus in ll. 11. 16. 18. & seq. l. 21. d. tit. l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ierit, ubi Paulus scribit eum qui in jus vocatus non ierit à competente iudice mulctari; & si acto is nihil interest adversarium suo tempore venisse, poenam à prætore remitti. VINN. In Hispania ea pars edicti quæ est de magistratibus in jus non vocandis non observatur; sed possunt magistratus omnesque qui publico aliquo munere funguntur æque ac quilibet privatus in jus vocari. Ceterum in causis quæ pertinent ad eorum officium diversa ratio eos conveniendi nostris est statuta legibus, quam Residentiam appellamus. Vid. part. 4. Cur. Philip. de residentia seu syndicatu. Altera vero pars edicti de parentibus sine venia non vocandis etiam hodie obtinet ex l. 4. tit.

tit. 7. Part. 3. quamvis non injecta manu & obtorto collo, sed per apparitores viatoresque jussu & auctoritate magistratus vocatio nunc peragatur. ADDIT.

5. Enimvero 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 l. 13. de in jus voc. Schneid. post Angel. Jas. hic n. 42. Christin. vol. 2. decis. 90. n. 7. (2) ad socerum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentum loco sunt genero, nurui, privigno, privignæ. DD. comm. in d. l. 13. 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 poen. tem. litig. infra cap. 5. (3) ad præceptorem quia & hic discipulo suo parentis loco sit, Menoch. 2. arb. jud. quest. ult. Alciat. in l. 1. C. de in jus voc. n. 8. Verum alii hoc improbant. Duar. cap. 4. de in jus voc. Jas. hic n. 78. Alex. in d. l. 13. Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admissio, 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 rarissime 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 qualiqui præceptore operam leviter locante is qui simul & educator vitæque & morum formator sit, qualem Veteres teste Juvenale satyr. 7. sancti 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. 119. lib. 2. Schneid. hic post Ang. Jas. n. 44. Contrarium tamen censuit aliquando

Curia Mechlin. teste Christin. vol. 2. decis. 90. n. 7. Postremo sunt qui nec dominum feudi à vassallo sine permisso judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster d. cap. 12. Sed communis opinio contrarium tenet. Myns 4. obs. 92. Gail. de pignor. cap. 15. n. 6. D. Præs. Everh. in locis legal. à libert. ad vasall. in fin. Schneid. hic n. 45. Grot. 2. manud. cap. 41. 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. add. observ. Myns. 92. VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una questione supervacua sexcentæ aliæ. Edicti prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis non alia fuit ratio quam quod in jus vocatio publice sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existimemus vocare tantum licuisse: parum verecundum profecto erat filium patri libertum patrono in publico acclamare, ambula in jus. Noluit itaque prætor eam vocationem sine venia fieri. At quid hæc causa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in universum hujus juris ratione ipsum jus cessat? Sed ita multa passim sine delectu in foro recepta videas, quæ ipsi forte Romani si ea apud nos fieri viderent riderent. HEIN. Praxis nostri temporis continetur in Cur. Philip. part. 1. §. 10. n. 5. ubi sequentes personæ enumerantur, quæ non nisi petita veniâ vocari in jus possunt: parentes, patroni, vitrici, domini à subditis seu vasallis, præceptores ab auditoribus suis, parochus, susceptor fontis baptismatis, noverca à privigno. Quibus adde maritum, qui sine venia in jus vocari ab uxore nequit, etiam in his casibus quibus mulieri permissum est maritum judicio sistere, de quibus lex 5. tit. 2. Part. 3. ADDIT.

6. Qui vi exemerit eum] In eum qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, poenale judicium à prætore constitutum est, l. 1. & passim ne quis eum &c. Poena autem longe alia est quam superiorum; nam neque definita est, & admodum magna esse potest; litis enim astimationem cogitur exemptor solvere, l. pen. eod. ubi Jurisconsultus ait, in eum qui vi exemit in factum

judicium dari : quo non id continetur quod in veritate est, sed quanta res ab actore æstimata de qua controversia est. Quod additum est ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. His autem verbis non significatur actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum quam petebat; ut exemptor etiamsi res non deberetur tamen ejus æstimationem solvat.

7. *Et alias innumerabiles*] Ὑπερβολικῶς (hyperbolice), pro multis & varias: veluti contra eum per quem factum erit quominus quis in judicio sistat. De dejectis vel effusis: de suspensis vel positis: contra nautas, cautiones, stabularios, *sup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum, §. 23. *inf. eod.* item contra mensorem, *tit. ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas queritur an aliquis liber an libertus sit vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet per quam queritur an aliquis liber sit, ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, unde sic appellantur.*
- 2 *Cur actionibus in rem annumerentur.*
- 3 *De libertate inter quos agatur.*
- 4 *Inter quos vertatur questio de ingenuitate.*
- 5 *Actio de partu agnoscendo cui, adversus quem, quo effectu detur.*
- 6 *Actio de jure familie 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 tacite objectioni qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Obijci 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

Tom. II.

nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum, quod est proprium actionum in personam, *l. 25. de obl. & act.* Non in rem, ex eo quia actio in rem id agit 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 tacite hic removet, docens etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in rem. Quam recte, videbimus inferius.

1. Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat; 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 queritur utrum quis liber sit an servus: alterum de ingenuitate, in quo queritur utrum quis libertus sit an ingenuus: tertium de jure familiæ, in quo queritur utrum quis sit filius an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. 18. de prob. l. ult. si ingen. est. dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei vind. l. 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. 8. §. pen. de inoff. test. l. 54. de judic. ll. 16. 18. & 21. de except. l. 5. in fin. ff. de hered. pet. l. ult. C. eod.*) sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causâ ex professo instituuntur; atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas inter quas postea de eodem statu questio inciderit, *l. 25. de stat. hom.* quamvis aliæ res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l. 1. §. ult. l. 2. & 3. pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest; ceterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio qui ad judicium provocavit, *l. 12. de except. l. 14. de probat.*

2. *In rem esse videntur*] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in

Yy

rem

rem esse dicuntur, quoniam his omnibus qui agit aliquid suum vindicat & asserit: dominus servum suum in servitute, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ quæ proprie ita dicuntur; & ideo ait, *videntur*. Nam ex duobus finibus, ceteris propositis, priorem tantum præ se ferunt, nempe ut talis declaratur actor qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem proprie sic dictis, *ll. 9. §. 68. de rei vind.* quod etiam intellexit Theophilus cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem quæ condemnationem non habeat. Ceterum 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. Vultejus *hic & discept. scholast.* 3. contendit præjudicialia actiones, contra quam hic scriptum est, in personam esse non in rem, sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile confutare poterant. Qui volet adeat D. Bachov. in *Treutl. vol. 1. disp. 26. thes. 4.* ubi ex professo Vultejum refellit. VINN. Hodie etiam hoc judicio uti possumus, ut docet Paz in *sua prax. tom. 3. cap. 2. n. 11.* quo loco formulam hujus actionis instituendæ tradit. ADDIT.

3. *An aliquis liber*] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. π. §. Cod. 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 confessoria similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoria *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.*

4. *An libertus sit*] Secunda actio præjudicialis in qua quaestio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos quorum unus alterum liberum suum esse dicit, seque ei patronum esse; alter se ejus liberum esse negat; seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo cum quo agitur ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativā; atque alterutro agente præjudicium redditur, *ll. 14. §. 18. de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est an contra vasallos nostri temporis qui nolunt dominum re-

cognoscere utile hoc præjudicium detur. Negant Joann. Fab. Zas. Schneid. *hic n. 20.* & DD. comm. Alio autem pacto domino consuli ajunt; quippe qui fundum tamquam commissum auferre possit.

5. *De partu agnoscendo*] Tertia præjudicialis, in qua quaeritur 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 sit ex marito: quod cum quaeritur, vi ipsa hoc quaeritur, an partus sit filius & in potestate; altera, qua agitur in patrem & filium; in qua & ipsa idem illud quaeritur & aperte, an quis sit filius & in potestate, necne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio contendenti partum legitimum esse, editumque ex eo qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, si ve quod neget uxorem suam fuisse, si ve quod ex se prægnantem, *l. 1. §. 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 si ve post divortium partus edatur si ve constante adhuc matrimonio editus sit, *l. 3. §. 1. d. tit.* Sed & si 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 denunciare 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; quamquam non ideo partus illi filius & suus heres efficitur, *d. l. 1. §. 4. & antepen.* Quæ res facit ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre sed cum filio.

6. 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 vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua

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 heres: quod facit sententia pro partu lata, d. l. 1. §. ult. de agnosc. & alend. lib. sed veritati adhuc locus superest; & postquam vere consterit filium non esse cessat exinde alendi necessitas, d. l. 1. §. 12. & 14. 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.

7. Ex his intelligi potest longe diversam esse hanc actionem à priorè 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 & matri filium, neganti non item; hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum cum quo agitur, & contrarietatem neganti; atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hanc non queritur an quis sit filius ex causa justæ 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, & consequenter nomen arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum Bart. Spec. Jas. Zas. concludit Schneid. hic n. 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut liberos non habemus.

Una legitimam causam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa quæ liberalem causam continet civilis est & legitima; utpote quæ ex lege xii. tabb. haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc iudicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub tit. de lib. caus. reliquæ

ex jurisdictione prætoris veniunt; quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cautæ sunt senatusconsultis, ll. 1. & 3. §. 1. de agnosc. lib. VINN. Quæcumque hic auctor, cum hodierna praxi optime conveniunt. Paz prax. tom. 3. cap. 4. ADDIT.

TEXTUS.

An res sua condici possit.

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 dari cuicumque id intelligitur quod ita datur ut ejus fiat; nec res quæ jam actoris est magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut extra poenam 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.

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 nobis dare debere.
- 3 Conditionem furtivam etiam in commodum domini introducam; & in quo istud commodum consistat.

CONFIRMATA divisione actionum in rem & in personam aliquid subjicit quod ad vim divisionis pertinet; certe olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Didicimus actione in rem sic quemque experiri, ut dicat rem quæ ab alio possideretur suam esse; actione in personam ita, ut dicat adversarium dare aut facere oportere, §. 1. sup. hoc tit. quamquam quædam actiones personales sunt quibus hæc formula proprie non conveniat, seu in quibus proprie nec dari nec fieri intendatur: Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum qui rem suam ab aliquo petit hac intentione uti, Ajo te mihi dare oportere; propterea quod verbum dare, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet dominium transferre; & dari demum id intelligatur, quod ita datur ut ejus cui datur fiat; quod autem alicujus est id amplius

plus fieri non posse, § 10. *Inst. sup. de legat.* quo etiam pertinet quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis debere possit, tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, l. 14. §. 2. *de exc. rei jud. l. 159. de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi stricte accipitur, l. 75. §. ult. *de verb. oblig.* indeque est quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, l. 82. d. tit. §. 2. *Inst. sup. de inut. stip.*

1. Ceterum hodie vix est ut perperam agere dici possit qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublati visum est sufficere actionem, modo aptam rei & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis & id quod intenditur utrumque exprimentibus concipere, ll. 1. & 2. *C. de form. & imp. subl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam iudicii 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 alicujus Jurisconsulti. Add. Præsid. Everhard. *cons. 47. n. 6.* Greg. Tholosan. 43. *syntagm. cap. 2.* D. Tulden. *Cod. de form. & impetr. n. 2.* Christin. *vol. 2. decis. 146.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2.* ubi tradit, libellossive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori ubi lis est; secus conceptas ab auditoribus explodi & à iudice rejici solere. VINN. Formulæ libellorum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, atque earum bonam partem concessit Paz in *sua prax.* Sed cum Pazii formulæ obsoletis vocabulis & antiquatis cautionibus refertæ sint, eas in concinniore formam collegit D. Franc. El zondo in *sua prax. univ. for.* Nobis de formulis laborandum admodum non est; cum ex l. 10. tit. 16. lib. 4. *Recep.* etiamsi libellus conclusionem careat aut ineptus sit, si tamen rei veritas & petitio deduci potest, causa suam obtineat similitatem. ADDIT.

Plane odio furum] Exceptionis superioris regulæ. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem ut quis rem suam ab aliquo petens hac formulâ iudicii experiri possit, *Si paret eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, l. 1. & passim *de cond. furt.* Ulp. *lege ult. in fin. usufr. quemadm. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *Nemo rem suam nisi furi condicere potest.* Cur

hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum ut pluribus actionibus tenerentur.

2. Illud autem vix est ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi ut intendamus eum quod nostrum est dare nobis oportere? Utique 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, l. 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 jubeatur, & dominium rei quod non habet transferre in actorem eundemque rei petiti dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus in ceteris condictionibus verbum dandi proprie & stricte acceptum, eoque intellectam tantum domini translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & improprie sumtum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio; quod & Gloss. hic innuit, & facit lex 29. §. 1. *de verb. obl.* Ceteroquin non video quæ ratio dari possit cur ex causa furtiva placeat eum recte agere qui rem suam sibi dari intendit; ex ceteris 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. lex ult. in fin. usufr. qu. cav. l. 55. in fin. de cond. indeb. junct. l. 15. §. 1. eod. l. 14. in fin. de cond. caus. dat. l. 6. §. pen. l. 25. de act. rer. amot.* Gomez *hic n. 28.* Post Accurs. Jo. Fab. Angel. Jas. In eadem causa cum furibus sunt & raptores ceterique violenti possessores; nam & ei qui vi aliquem de fundo dejecit fundus condici à domino potest, l. 1. *in fin. l. 2. de cond. trit. & ibi Donell.*

3. *Quo magis pluribus actionibus*] In hoc cernitur odium furum. Non ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommo- dum reo pluribus actionibus conveniri posse, maxime si quarundam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti poenalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi

sibi surreptam à possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorē adversus furem ejusque heredem domino dari, quæ quidem & ipsa rem persequeretur, sed eam condicendo, id est intendendo eam sibi dari oportere: quæ actio Veteribus dicta est conditio furtiva, §. ult. *Inst. sup. de obl. quæ ex del. l. 1. §. 1. tot. tit. ff. de cond. furt.* Commodum conditionis duplex. Primum in eo quod etsi tam conditio hæc quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is qui agit probare debet se dominum esse; in conditione satis est si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset ab eo qui intendit rem sibi dari oportere, quod facit qui conditione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino conditio dari dicitur, id non alio pertinet quam ut excludantur ii quibus furti actio competit ob hoc solum quod eorum interest furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratius, §. 13. cum seq. *Inst. sup. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in eo quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve qui dolo malo possidere desiit detur; conditio 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, immo & sine culpa furis amitti. Hinc porro est quod conditio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *ll. 8. §. ult. ff. de cond. furt. l. 2. C. eod.* & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. n. 19. Tulden. ad *d. tit. C. n. 4. Christin. vol. 3. decis. 12. n. 2.* Nimirum, ut ajunt Jurisconsulti 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. bred. l. 9. §. 3. de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maxime ei possit objici culpa quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non teneretur, *l. 36. de rei vind.* Plane mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periiit, sed ita si petitor rem acceptam distrahitur fuerit, *l. 15. §. ult. d. tit.* alioqui pla-

cet etiam eum qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amissit absolvendum esse, *l. 27. §. 1. eod.* Vide quæ nos *sup. ad §. 2. hujus tit.* Porro ex prædictis apparet conditionem furtivam non magis in odium furis quam in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes; in personam vero actiones quibus dare aut facere oportere intenditur conditiones; condicere enim est denunciare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus conditionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.

COMMENTARIUS.

- 1 Vindicare quid? lis vindiciarum, vindicia, & alia.
- 2 Quid Veteribus sit condicere; & cur inde actio in personam dicta conditio.
- 3 Pro veteri conditione quid postea institutum.

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 occurrant, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis antè traditum accommodemus. Appellamus, inquit, in rem actiones vindicationes, in personam vero conditiones. Eadem sententiâ Ulpianus in *lege 25. de obl. & act. Actionum*, inquit, duo genera sunt, in rem quæ dicitur vindicatio & in personam quæ conditio appellatur. Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio qua rem dominii nostri petimus vindicatio dicitur, sed etiam illæ quibus cetera in rem jura, veluti usufructum, servitutes, pignora persequimur, *l. 1. & passim si usufr. per. tit. ff. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. 16. §. 3. de pign.* Et contra omnis in personam actio conditio dicitur; quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. 16. de obl. & act.* ut conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticaria, ex lege &c.

Vindicationes] De origine hujus nominis non

non constat. Probabile quidem multis videretur quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone lib. 4. de ling. Lat. concretum ex *jus* & *dico*: nam olim in vindicationibus manus conseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, à Gell. lib. 20. *noct.* 10. festucariam appellat, quia festuca fieri solebat. Ceterum non sine causa de eo ambigitur propter *vindictæ* verbum quo etiam ultio significatur; & maxime quia non vim dicere sed vim facere dicimur. Sed non est quod de ratione nominis laboremus cum de significatione constet.

1. Vindicare 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 mutæ essent vindicationes (vid. *sup.* §. 1. *sub fin.*): necessario eveniebat ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur; ac proinde priusquam iudicium perageretur & principalis quæstio de proprietate terminaretur sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur *lis vindiciarum*, & uno verbo *vindictæ* à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpicio apud Fest. in voce *vindictæ*, ubi Festus ait, *Servium dixisse, vindictam esse cum de aliqua re controversia est; ab eo quod vindicatur.* Fiebant autem vindictæ correptione manus, & quidem ex XII. tabb. in re atque loco præsentis apud prætorem; postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata: in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tamquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet litem vindicarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem momentanea possessione, quam nunc vulgo recredientiam vocant, licet id pro certo tradunt Doctores Budæus & Hotomannus; sed eo verbo Veteres significasse controversiam de toto negotio seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat.* 3. *Verrin. cap. 45.* quam 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 satis dat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciatur, nihil se deterius in possessione futurum de qua iurgium*

est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certe pecuniæ aut æstimationis quam amittat nisi sua sit hereditas de qua contendit. Putaverunt verbo *vindictæ* 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 vindictæ 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 sumtæ in jus afferebantur, nonnumquam vindicias appellant; sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindictæ, & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus, qui hoc ipso simul nos docet quid proprie sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat vindicationes dici actiones in rem de proprietate omnique jure quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

2. *Condicere est denuntiare*] Quod Justinianus hic ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare, & conditio est ejus rei quæ agitur denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. scen. 2.* *Et tibi scribam dicam: à denuntiatione*, inquit, *in personam; ne diceret, non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit priscis temporibus moris fuisse ut is quicum aliquo litem habebat adversario suo denuntiaret ut hoc vel illo die ad iudicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur quid Veteribus sit condicere, multoque minus quam rationem habeat quod inde actio in personam dicta sit conditio. Itaque sciendum est verbo condicere non significare unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere quo in iudicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur; & hunc idem verbum translatum etiam ad alia quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuitur.

ruunturque ut fiant, ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit; & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. *ad Lentul. fam. 1. epist. 9.* Crassus cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis Sueton. in *Tib. cap. 41. 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 sive adversario suo denuntiaret ut in jus veniret, qui aut ire aut sponsores dare compellebatur, fore ut constituto die se iudicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore iudicio diem committendi iudicii simul dicebant, id est communi consensu constituebant invicem denuntiando: actor denuntiando reo quo die vellet eum in iudicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum; idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc conditio mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem fere tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina 3. cap. 9.* 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 iudicium venierent renuntiabant.* At enim cum hæc sive conditio sive denuntiatio sive comperendinatio omnibus in iudiciis fieri soleret, sive in rem sive in personam ageretur, quæ causa est quod sola actio in personam nomine conditionis designata sit? Credibile omnino est cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram quia proprio carebat nomine generis appellatam, more loquendi communi & juris auctoribus maxime usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindictiarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque iudicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur à vetere more litigandi. In iudiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur vindicationes. Contra in personalibus nulla vis

imaginaria nulla manus consortio, sed tantum verbis inter se agebant & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus hi. *condictionum* nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est promittebant per sponsiones; ex. gr. actor reum provocabat, *Sponde me centum si dare facere debebis?* Respondebat reus *spondeo*; simul actorem provocabat, *Tu vero sponden' centum ni dare facere debeo?* Respondebat actor, *spondeo*. Hoc vero & proprie erat *condicere*, id est promittere. Observabatur quidem tales sponsiones etiam in iudiciis in rem; sed cum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimus, maluerunt ab illo nomen his imponere, *condictionis* vocabulo iudiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc vero abusive dicimus conditionem] Recte, abusive; quia non est in re quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi conditionem habuit à qua proficisceretur. Re sublata mansit nomen quod initio actioni fuerat: quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quantumvis usu rei exoleto.

3. *Nulla hoc tempore denuntiatio*] Justiniani ætate vetus illa conditio & sollemnis illa ad iudicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Imp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *lege 6. C. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani 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.* VINN. Cum apud nos iudicis arbitrio relictum sit an libellus in scriptis offerendus, an actio palam nuncupanda: iudicis quoque arbitrio permittitur an citatio in scriptis facienda sit, an per apparitorem. Reus vero citatus intra novem dies iudicio se sistere, & aut contestari litem aut exceptionis dilatorias opponere debet, *ll. 1. tit. 4. & 1. tit. 5. lib. 4. Recop. ADDIT.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quedam actiones rei persequendæ gratiâ comparatæ sunt, quedam pœnæ persequendæ, quedam mixtæ sunt.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Quid hic vocetur rei persecutio, quid poenae & usus hujus divisionis.*

PROponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto; quippe quae docet quid quaque actione petatur. Divisio haec est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae, quaedam tam poenae quam rei & ob id mixtae. Quae horum alterutrum aut utrumque contineant sequentibus aliquot §§. exponit Justinianus.

1. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid poenae; cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit. Sed quod hic omisum est docebit nos definitio rei persecutoriarum a Paulo tradita lege 35. de obl. & act. Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illae (actiones) rei persecutionem continent quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abest persecutioni poenae. Itaque ex contrario definimus illas actiones poenae persecutionem habere quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur haec quatuor: quod est in patrimonio nostro sed ab alio tenetur: quod esse desiit sed ex obligatione nobis restituendum est: quod nobis debetur ex contractu: quodcumque ejus quod nobis abest aestimationem continet, qualis est aestimatio quae fit ex jurejurando in litem, l. 1. & 8. de in lit. jur. item poena conventionis promissa, quae & ipsa caveri solet loco ejus quod interest, §. ult. Inst. de verb. obl. l. ult. de praet. stip. Quare quaecumque sunt actiones quibus horum aliquid persequimur eas dicemus esse rei persecutorias, quod ipsum etiam species subjectae declarant. Et rursus ex contrario, quae alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent eas dicemus esse poenales. In summa, rei nomine hoc loco continetur quidquid est extra poenam legitimam; poenae nomine ea duntaxat quae jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare quae sint actiones alterutrius generis, aut mixtae. Usus divisionis propositae praecipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur quae actiones sint perpetuae, quae temporales: quae in heredes dentur, quae non dentur: de quo infra sub tit. Inst. de perp. & temp. act.

De rei persecutoriiis.

17. *Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quae in personam sunt, et quidem quae ex contractu nascuntur fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor; item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex emto-vendito, locato-conducto. Plane si depositi agatur eo nomine quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit si modo cum ipso apud quem depositum sit aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones in rem omnes rei persecutoriae.*
2. *An personalium ex contractu alia mixta quam illa ex deposito miserabili.*
3. *Cur haec excepta; & cur in heredem tantum ex proprio dolo detur.*

1. **O**Mnes in rem] Actiones in rem omnes comparatae sunt rei persequendae gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem quae ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, l. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur. & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem aestimare etiam ultra rei pretium, l. 1. & 8. d. tit. Nam haec ipsa poena nihil aliud est quam aestimatio ejus quod actori abest, non illa quidem qua res omnibus vulgo tanti sit, sed tamen quam actor dicit rei suae, quem aequum non est cogi suo pretio rem suam aestimare, d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot. Atque ut haec aestimatio reo poena sit, tamen ea non petitur actione, sed officio judicis quod actioni subservit ex accidenti imponitur; actor autem nihil amplius quam rem suam petit, & illa quoque ipsa aestimatio actori est rei suae persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest nihil consequitur, si spectamus pretium quo rem suam aestimat: quod sane aequissimum est arbitrio domini definiri, d. l. 8. de in lit. jur. Ita ferme & DD vulgo.

2. *Quae ex contractu fere omnes rei persequendam*

quendæ] Actiones quoque in personam quæ ex contractu nascuntur rei persecutoriæ sunt; quoniam & 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 pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. 19. *inf. hoc tit.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, l. 45. *de edil. edict.* sed perperam meo iudicio; nam duplum ea actione non tam ut poenæ petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet. *Fac. l. 23. §. 4. d. tit.* Sic actio qua dupla petitur nomine evictionis non poenæ sed rei persequendæ causâ instituitur, quia ex stipulatione duplæ competit, l. 2. & passim *de evict.* l. 31. §. 20. *de edil. edict.*

3. *Tumultus, incendii &c.*) In eum qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depositum inficiatus erit ejusve heredem fraudulentum actio in duplum à prætorè redditur, l. 1. §. 1. *depos.* Merito has causas deponendi à ceteris 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 ceteras, hac vero singularis est & majore odio digna, quòd ubi misericordia opus est crudelitas adhibetur & calamitas calamitati imponitur, d. l. 1. §. 2. & *seqq. depos. l. 1.* & passim *de incend. ruin. naufrag.* 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. §. 4. *depos. §. 26. inf. hoc tit.*

Aut cum herede ejus de dolo ipsius) De dolo ipsius, heredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit actionem depositi miserabilis tum demum in heredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti; nam tunc in heredem in simplum dumtaxat hoc iudicium datur, d. l. 1. §. 1. l. 18. *depos.* Non obstat quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in heredes in solidum dari, licet ob dolum eorum quibus successerunt conveniantur, ll. 12. & 49. *de obl. & act. l. 157. §.*

Tom. II.

ult. de reg. jur. cum similibus. Nam illa definitio ad actiones poenales non pertinet, sed ad eas tantum quæ sunt rei persecutoriæ; & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

TEXTUS.

De poenæ persecutoriiis.

18. *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum poenæ persequendæ causâ comparatæ sunt; aliæ tam poenæ quam rei persequendæ, & ob id mixtæ sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti; sive enim manifesti agatur quadrupli, sive non manifesti dupli: de sola poenâ agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam conditio est rei.*

De mixtis, hoc est rei & poenæ persecutoriiis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur; poenâ autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuriâ dato mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit qui in eo anno integer & magni pretii fuerit; tanti enim damnatur quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta 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 poenâ; & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

COMMENTARIUS.

- 1 Pro mere poenalibus esse & certæ quantitatis poenæ persecutorias.
- 2 Quæ quibus exceptis mixtæ.
- 3 Pro poenalibus quæ habeantur, cum à parte actoris poenales non sint.

EX maleficiis actiones quæ sunt omnes persecutionem poenæ habent; sed quædam ex his poenæ solius, pleraque autem poenæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, conditio furtiva & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutio-

nem

nem continent, l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de act. rer. amot.

1. *Pœnam tantum actione furti*] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. ult. Inst. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt. Ejusdem generis est & actio injuriarum; quippe qua nihil quod nobis abest persequimur, sed tantum vindictam criminis, l. 7. §. 1. de injur. Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt actio de albo corrupto, l. 7. de jurisd. §. 12. sup. hoc tit. actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc. item actio de suspensio & posito, §. 1. tit. præc. l. 5. §. 6. de his qui defec. 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 vindicando à quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve heredi, §. ult. Inst. sup. de obl. quæ ex del. ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta) 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. tit. Inst. vi bon. rapt. in pr. ac proinde mixta est hæc actio.

2. *Legis Aquiliæ actio*) Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuriâ dato mixtam causam obtinet, seu partim rem partim pœnam persequitur; sive adversus contententem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. 9. & 14. Inst. sup. de lege Aquil. sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, l. 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. ult. Inst. sup. de obl. quæ quas. ex contr. Sed & ceteræ quoque actiones ex maleficiis (præter furti & injuriarum certæque quantitatis pœnæ persecutorias quæ mere pœnales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem quæ sunt rei persecutoriæ) omnes sunt mixtæ, id est rei simul & pœnæ persequendæ causâ comparatæ: veluti actio servi corrupti, l. 14. §. 5. de serv. corrupt. quod metus causâ, l. 14. §. 2. & 2. seqq. quod met. caus. de calumniâ, 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. tit. Inst. de obl. quæ quas. ex del.

3. Illud sciendum est, quasdam esse actiones quæ pro pœnalibus habeantur & ideo in heredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum puniunt & in dolum tantum concepta est pœnalis habetur; eoque nec adversus heredes datur, quamvis proposita sit ei cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, l. 9. §. 1. quod fals. tur. de quo diligentius disserimus inf. §. 1. Inst. de perp. & temp. action.

Relicta 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. tit. Inst. de obl. quæ quas. ex contr. Una actio ex hoc genere hic 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 tandiu solvere distulerit dum in jus vocaretur, §. 26. inf. Scholiastes Theoph. ὁ μόνον ἐξ ἀρτίας, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερβείσεως, ἡ διπλοῦς εἰσάγεται. Τὸτο εἴρηται βιβ. α. τὴν Κωδ. τ. γ. διατ. με. (non solum ob inficiationem, sed etiam ob moram duplum incurritur. Hoc dictum lib. 1. Codicis tit. 3. leg. 45.) de obl. & act. In editione Gothofredi & Pacii est l. 46. d. 1. VINN. Paz in sua prax. tom. 3. cap. 4. §. 1. falso sibi persuasit has actiones rei simul & pœnæ persecutorias etiam apud nos in usu esse; verumtamen cum pœnas pecuniarias generali Europæ consuetudine sublatas esse superioribus tit. monuerimus, & actiones ad has persequendas sublatas esse oportet. Vid. Groëneweg. de legg. abrog. hic. ADDIT.

TEXTUS.

De mixtis, id est tam in rem quam in personam.

20. *Quedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam: qualis est familie eriscundæ actio quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividendo, 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 ju-*

Judiciis permittitur judici rem alicui ex ligatioribus ex bono & equo adjudicare, & si unius pars pręgravari videbitur, eum invicem certa pecuniā alteri condemnare.

Vid. l. 10. tit. 15. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositę dicantur mixtę.
- 2 Judicium fam. ercisc. inter quos reddatur & quid contineat.
- 3 Inter quos quę de re agatur communi dividundo.
- 4 Inter quos finium regundorum & cujus rei gratiā.

1. **P**ER occasionem quod proxime dixerat de actionibus mixtis subjicit tres alias actiones quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet familię erciscundę, communi dividundo, finium regundorum; sed quę longi diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtę dicuntur quam dicuntur illę quę tertium membrum superioris divisionis constituunt; non enim ideo has actiones mixtam causam habere dici, quod ut superiores illę conjunctim rei & pęnę persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendę gratiā comparatę sint; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hęc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari quam quo mixta appellantur in lege 37. §. 1. de obl. & aff. & alibi duplicia, l. 2. §. 1. comm. div. nimirum quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, l. 13. de jud. l. 10. fin. reg. l. 44. §. 4. fam. erc.

Mixtam causam obtinere videntur tam in rem] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus qui vindicat. 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 prę se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino; quippe quę tales origine & essentiā sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habeant, l. 1. ff. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. quod fusius a me expositum sup. §. 1. hoc tit. VINN. Sed

tu vide quoque sis quę ibi adnotavimus. HEIN.

2. Quę competit coheredibus de dividenda hereditate] Judicium familię erciscundę est quod inter coheredes redditur de dividenda hereditate, hoc est quo heres agit adversus coheredes suos ut res hereditarię prius indivisę dividantur & a communione discedatur, l. 1. fam. ercisc. Estque hęc princeps hujus judicii causa, sed non sola; nam & pręstationes quasdam personales continet quibus heres heredi propter communionem rerum est obnoxius, l. 22. §. pen. d. tit. ubi Ulpianus ait, judicium familię erciscundę ex duobus constare, id est ex rebus atque pręstationibus, quę sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quę in hac divisione adjudicatio, & quę vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. 4. Inst. inf. de off. judic. Pręstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quę quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex heredibus pervenit ex re communi id ceteris heredibus communicet, l. 44. §. 2. & 3. ff. fam. ercisc. l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. Damni, ut si quid damni in rebus hereditariis datum factumve est culpā aut negligentia unius, id ceteris pro portione cujusque sarciat, l. 25. §. 16. & 18. fam. ercisc. cujus exemplum in lege 16. §. pen. l. 44. §. 5. eod. Impensarum, ut si quę ab uno herede in res hereditarias factę sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a ceteris pro rata refundantur, l. 18. §. 3. eod. Eodem referimus si unus pecuniam a defuncto sub pęna aut pignoribus debitam solverit, d. l. 25. §. 13. & seq. Indicantur hęc genera in commune, l. 34. pro soc. in judicio communi dividundo, l. 3. comm. div.

3. Communi dividundo, quę 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 hereditatis communes sunt; neque enim interest communes sint ex societate, an sine societate l. 1. & 2. comm. div. Finis hujus judicii item duplex: unus ut recedatur ab harum rerum communione, alter ut utrinque pręstetur quod alterum alteri pręstari oportet lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat quibus superius, rerum communium divisione & pręstationibus iisdem personalibus, l. 3. comm. div. In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. 5. Inst. inf. de off.

jud. quippe semota hereditatis divisione cetera sunt utrique judicio cum altero communia, l. 6. §. 11. com. div.

4. *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 redigantur, & 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 iudici 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. & 4. cod. tit. §. pen. Inst. inf. de off. jud.

Ex bono & æquo adjudicare) Quid iudicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat explicatur plenius inf. tit. Inst. de off. jud. §. 4. & 2. seqq. VINN. De actionibus de quibus hic Imp. vid. Paz in sua praxi tom. 3. cap. 1. §§. 5. 6. 7. & 8. ubi nostrorum temporum exponitur usus. ADDIT.

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

x *An ulla 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 poena tantum, an utrumque simul; hæc quantum peti oporteat, & quousque in poena supra id quod nobis abest petendo progredi liceat. Maxime autem actoris olim intererat scire quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. 33. inf. hoc tit. Ait Justinianus actiones omnes vel in simplum conceptas esse vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi.

1. Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum venderit, responsum est omnia detrimenta quæ ex ea emtione emtor traxerit venditorem præstaturum, l. 13. in pr. de act. emt. 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 heres institutus ante aditam hereditatem occisus sit, etiam hereditatis æstimationem fieri traditum est in lege 23. in pr. ad leg. Aquil. §. 10. sup. hoc tit. Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus quod culpâ adversarii actori abest; id vero quod abest, & non interesse actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris æstimeretur quam quanti valebat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni quod actor sensit; & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum &c. actio concipitur, sed tantum in simplum: neque in id solum quod actori per culpam rei abest. An in poena conventionali quadruplum excedi possit tractavimus supra ad §. 18. Inst. de inut. stip. VINN. Cum poenæ pecuniariæ quæ in favorem læsæ partis jure veteri irrogabantur in desuetudinem abierint, ut diximus supra: plane etiam actiones in duplum, triplum, quadruplum ad eas repetendas exoleverunt. Vid. Groëneweg. hic. De poena conventionali vide quæ supra scripsimus ad tit. de inut. stip. ADDIT.

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex emto-vendito, locato-conducto, mandato & denique ex aliis quamplurimis causis.*

Vid. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

IN simplum sunt omnes actiones quæ rei persecutionem continent, utpote quibus unum & simplum quod nobis abest persequimur.

mur. 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 poenæ persecutionem continent nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia extra causam inficiationis aut moræ, §. 19. *sup. hoc tit.* item actio ex edicto, ne quis eum qui in jus vocaverit l. pen. §. 1. de obl. & act. & si quæ sunt aliæ in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest præstandum. Denique & ex poenalibus 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 quod poenæ nomine constituitur, ut cum poena constituitur in decem viginti aut quinquaginta aureos, l. 7. de jurisd. l. pen. de in jus voc. l. 5. §. 6. ff. de his qui de fac. l. pen. C. de serv. fug.

Veluti ex stipulatione] Quid si duplum triplum aut quadruplum in stipulationem deductum sit? l. 56. de evict. Dicendum videtur actorem id quod sua interest tanti æstimationem adhuc in simplum agere, & rem solam non poenam persequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. In duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere ceperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum quas fugiendo servus abstulit æstimatio deducitur; item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

COMMENTARIUS.

Q UINQUE actiones recenset quibus in duplum agitur, furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit an eodem omnes modo in duplum sint, necne. Quia hoc loco tantum ei propositum est ostendere omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, §. 18. & seqq. *sup.* §. 26. *inf. eod.*

Depositum ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe tumultus, incendii, ruinae, naufragii, l. 1. de pos. §. 17. in fin. *sup. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum cujus hortatu consilio operâ servus quolibet modo deterior factus est, l. 1. cum seqq. de serv. corr. Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrupendi puniatur, l. 20. C. d. tit. §. 8. *Inst. sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc iudicium etiam earum rerum æstimatio quas secum servus abstulit, duplatur enim omne damnum, l. 10. *eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio iudicis æstimanda; quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi l. 14. §. 1. *cod. VINN.* Hodie hujus textus & 4. prox. seqq. nullius usus est per ea quæ monuimus §. 22. ADDIT.

TEXTUS.

In triplum.

24. Tripli vero agimus cum quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est executores litium amplio rem summam sportularum nomine exigent. 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 condictionis emanare.

Vid. ll. 7. 8. & 9. tit. 21. lib. 4. Rec.

COMMENTARIUS.

U Na 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. §. 13. de reb. eor. qui sub tut.* majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuriâ intercudit.

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.

Ampliores summam sportularum] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικά, ut plane constat ex l. 13. §. 5. C. de Episcop. & Cler. l. 12. C. de prox. sacr. scrip. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp. Quanta portio pro sportulis constituta fuerit incertum est. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitiæ ad certam summam & à reo exigi solitas: quod de consuetudine non amplius observari notum est. Gudel. lib. 4. cap. 5. in fin. De sportulis earumque vario usu vid. Fr. Juret. in not. ad Symmach. lib. 4. epist. 55. & Bachov. ad hunc §.

In triplum ab auctore] Datur hæc actio reo in minorem summam quam quæ petita fuit condemnato adversus auctorem qui plus libello comprehendit quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum per hanc occasionem exactum est, sed ita ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit; nam jure veteri qui plus quovis modo petissent causâ cadebant, id est rem amittebant, §. 33. in pr. & fin. inf. hoc tit.

Quam procul dubio certum est ex lege condictionis emanare] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Russard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant restituendus: Ex qua procul dubio certum est ex lege condictionis emanare: ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani esse condictionem ex lege, sive ejusmodi actionem quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducit, nec cavetur qua actione experiundum sit ex lege agitur, l. un. de cond. ex leg. Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse ex paraphrasi ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. Quadrupli autem agitur veluti furti manifesti; item de eo quod metus causâ factum sit, deque ea pecunia quæ in hoc data sit ut is cui datur calumniæ causâ negotium alicui faceret vel non faceret. Item ex lege condictionis nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium qui contra nostræ constitutionis normam à reis quidquam exegerint.

COMMENTARIUS.

Recensentur hic quatuor actiones quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causâ, de calumniâ, 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 ejus quod abest aut interest persecutio.

De eo quod metus causâ] Quod metus causâ gestum est prætor ratum non habet, & hoc amplius, si quod ex ea causa aberit arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, l. 14. §. 1. quod met. caus. Quadruplatur id omne quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoria, l. 14. §. 9. cum §§. seq.

Ut calumniæ causâ negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causâ est judicio calumnioso aliquem vexare. In eum qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ quam accepit competit, ll. 1. 3. de calumniat. Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, l. 5. §. 1. d. tit.

Item ex lege condictionis nostra constitutio] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit: Item ex lege condictionis ex nostra constitutione oritur &c. Ex lege condictionis, id est condictionis actio ex lege quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Constitutio cujus meminit §. præcedenti auctori cujus fraude factum ut executor plus debito exigeret tripli pœnam imponit; illa, cujus hic mentio, in executores directâ 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 Justinianus constituit ut simplum reddatur ei qui damnum passus est, triplum autem feratur ærario.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio &c.

ser-

servi corrupti à ceteris de quibus simul locuti sumus eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt; at istæ (id est damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicantur, in confidentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit quæ relictæ venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relictæ solutionem usquequo jussu magistratuum conveniatur. In confidentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

27. Item actio de eo quod metus causâ factum sit à ceteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod ejus naturâ tacite continetur ut qui iudicis jussu ipsam rem alteri restituat absolvatur: quod in ceteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est & in furti manifesti actione.

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 relictæ; namque has ab initio & in confidentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis usque dum reus iudicio conveniatur, *boc text. §. 19. sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumniis, de sportulis adversus executores litium &c. Una tantum ex hoc genere excipitur, actio quod metus causâ, in qua reo convento pœnam evitare conceditur rem de qua agitur arbitrio iudicis ante sententiam restituendo. Quod si reus iudici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur ut in quadruplum condemne-

tur, *boc text. §. 27. eod. l. 14. §. 1. & 4. quod met. caus.* Est & alia & quidem inter pœnales omnes differentia, quod scilicet quædam sunt mere pœnales quædam mixtæ, sed illa superius explicata est §. 18. & seq. *boc tit. VINN.* Intererat hic monere cur Justinianus hic dicat in actionis quod metus causâ naturâ tacite *boc contineri*, ut qui jussu iudicis rem restituat absolvatur, si non pareat condemnatur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria; harum autem actionum ea est natura, ut iudici ex æquo & bono æstimare liceat quantum reum dare facere oporteat; si vero arbitrio non pareat reus condemnatio in majus fieri possit. Quod *ιδιὰς ἐγκρίσεως τῆς ἀγορᾶς*, in his actionibus proprium esse observat Theophil. *ad §. 31. boc tit. HEIN.*

1. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ; quia pœnæ pecuniariæ quæ privatis litigatoribus applicabantur exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur iudicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus quod sibi abest persequendi iudicio civili. Jo. Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part. 2. Gudelini. de jur. nov. 3. cap. 13. Groënew. de legg. abr. ad rubr. C. de pœn. & ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, quæ ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. *Vid. sup. ad §. 10. Inst. de injur. VINN.* Retinui- mus hæc quia nostris moribus convenientia reputamus per ea quæ sup. monuimus. *ADDIT.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bonæ fidei.

28. *Actionum autem quedam bonæ fidei sunt, quedam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæc: ex empto-vendito, locato-conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim utique adhuc incertum erat inter bonæ fidei iudicia communeranda hereditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. Removetur duplex contra propositam divisionem obiectin.
2. Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic distat.
3. Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellata.
4. Multæ & insignes horum generum differentia; & an quæ earum adhuc maneant.
5. Bonæ fidei nullas esse præter eas quæ hic recensentur.
6. Actio finium regundorum cur hic omitta.
7. Cur duæ præscriptis verbis, æstimatoria & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei.
8. De petitione hereditatis cur dubitatum.

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt quid & quantum petere liceat pro ea quantitate quæ aut conventionem aut certo jure definita est. Proponitur hic alia quæ docet quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventionem aut certo jure definitum: quod potissimum in fructibus usuris & reliquis accessionibus rei petiti cernitur.

1. *Quædam bonæ fidei quædam stricti juris*) Divisio hæc duplici vicio 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, §. 31. *inf. hoc tit.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *lege 8. C. de judic.* ubi Imp. 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 *lege 4. C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam si in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis quæ ex contractu proficiuntur pariter bona fides spectanda. Ceterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. 8. juris 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 numquam se-

quimur, sed æquitatem, id est mentem & sententiam legislatoris; atque hoc sensu concedimus nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus quasdam actiones 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 quidquid est ex bona fide, §. 30. *inf. hoc tit.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius in *analysis sua*, dum putant quasdam actiones stricti juris ideo dici quod in his iudex τὸ ἀκριβοῦς κρίναι, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum quod ex *lege 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 quædam æquitatis regulam, hætenus videlicet ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. 5. C. de inutil. stipul. l. 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, si ve quod in his non præstetur quod sit contra bonam fidem (quamvis id forte 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 intelligitur 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 & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subijciat, §. 31. *inf.* perinde id haberi debet ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeretur. An autem actiones arbitrariæ revera constituent novam speciem & à duabus quæ hic ponuntur plane diversam videbimus sub *d. §. 31. hoc tit.*

2. Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pe-

ne verbis expressa *lege 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. 30. inf. hoc tit.* Duo itaque sunt quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est quod hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbitrer. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum; quia in his judiciis omnis stimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, *ex bona fide*, ut indicat Cic. in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens bonæ fidei appellantur, *l. 11. §. ult. de act. emt. l. 32. §. 2. de usur. l. 22. ff. de donat. l. 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse ob quam prætor in quibusdam judiciis liberam judici 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 mutue præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligatur. Posterioris ubi unus tantum obligatur & unus obligatur, arg. *tit. Inst. de obl. ex cons. 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 utrimque postulet spectari. Cum autem unus tantum obligatur non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur de quo non expresse convenit, aut quod naturâ contractus non continetur, ex definitione *legis 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 judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausulâ *ex bona fide*, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrimque obligato-

Tom. II.

rio; modo angustius & stricte, ut in actionibus quæ profisciscuntur ex contractibus *μονοπλευροῖς* (*unilateris*) veluti ex mutuo, promutuo, stipulatione &c. Hoc idem & Theodorum Hermopul. sensisse arguunt verba ejus quæ legimus *lib. 10. tit. 4. ἐπὶ τριπλευρῶν ἢτοι μονοπλευρῶν* (*super strictis sive unilateris*); estque hujus rei etiam hoc argumentum; quod idem actionum discrimen & res ipsa etiam nunc manet quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatae sint; nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas, mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas quæ ex contractibus *διπλευροῖς* (*bilateralis*) veniunt ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ si non sunt arbitrariæ sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant.

3. 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.* Hæc, 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 iudicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib. 3. de benef. cap. 3.* Melior, inquit, videtur conditio causæ bonæ si ad judicem quam si ad arbitrum mittatur; quia illum formulâ includit, & certos quos non excedat terminos ponit; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est. Idem Seneca, *lib. 2. de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, liberum arbitrium habet, nec sub formula sed ex bono & æquo judicat.

4. Ex hoc autem fonte quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono aestimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natae sunt multæ & insignes horum generum differentiae, quæ certo jure nunc comprehensae sunt & Jurisconsultorum disputationibus notatae. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maxime hæc: (1) quod in his judiciis etiam ea veniunt de quibus præstandis nihil convenit; si ut præstentur ratio bonæ fidei exigit; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, ceteraque quæ sunt

A22

mo-

moris & consuetudinis, l. 31. §. 20. de edil. edict. item incommoda reticentiâ aut dissimulatione unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud quod scire emptoris interest, aut si fallendi causâ obscure loquatur, aut malitiose dissimulat non evitabit actionem ex emptor quæ bonæ fidei est, sed in id omne quod emptoris interest condemnabitur, l. 1. §. 1. l. 13. pr. l. 21. §. 1. l. 41. de act. empt. l. 43. §. ult. de contr. empt. l. 1. §. 1. & passim tot. tit. de edil. edict. nempe in iudicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit eum abesse abfuturumque esse, l. 6. in fin. de act. empt. d. l. 43. l. 68. §. 1. de contr. empt. tantumque valet officium iudicis quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. (2) Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, l. 3. §. ult. ff. pro sec. l. 5. C. de resc. 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. 7. de dol. mal. Ipso jure nullius momenti est societas si dolo malo aut fraudandi causâ inita sit, l. 3. §. ult. pro soc. l. 16. §. 1. de minor. Et hoc est quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat contractum 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. & seq. ff. de act. empt. l. 2. C. eod. d. l. 7. §. 3. ff. de dol. mal. qua de re consule Bachovium disp. 6. de act. thes. 16. & seq. ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus qui solo consensu constant, quasi in ceteris interveniens rei impediat quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem quod de dolo statuendum apparet ex verbis edicti de eo quod met. causâ & textu expresso in l. 4. & 5. C. de his quæ vi met. caus. de quo item adi Bachov. d. loc. & nostra lib. 1. sel. quest. 12. (3) Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriolem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. 16. depos. (4) Quod in bonæ fidei iudiciis post moram etiam accessione officio iudicis præstentur, in pecunia usuræ, in ceteris rebus fructus. De usuris diserte hoc traditum est in lege 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 Jurisconsultus in l. 34. de usur. 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. 34. ff. de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest. (5) Quod in iudiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem iudicatam exceptionem objici, quâ deinde probata officio iudicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium, quod dicitur, ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestatem iudicis non posse, l. 18. comm. divid. Nam in bonæ fidei iudiciis vi ipsa & potestate iudicii exceptiones in iudicium deduci intelliguntur, cum in his iudex iudicare jubeatur ex æquo & bono; idque Veteres significant cum ajunt exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, his contineri, & si non excipiat, satis per officium iudicis consuli, l. 3. de resc. vend. l. 21. in fin. sol. matr. l. 84. §. 5. de legat. 1. l. 38. l. ult. de hered. petit. In iudiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur de quibus nominatim convenit, nihil amplius, l. 99. de verb. obl. nisi sit quod naturâ negotii contineatur, l. 3. de reb. cred. l. 15. de cond. ind. Qua de causa in strictis iudiciis non veniunt ea quæ sunt moris & consuetudinis, per d. l. 31. §. 20. de edil. edict. Ubi non expresse clausula de dolo stipulationi inserta est vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu & de dolo agendum est, l. 7. §. 3. in fin. de dol. mal. Subsistit ipso jure stipulatio & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit sive inciderit, l. 36. ff. de verb. obl. l. 5. C. de inut. stipul. In re deteriore facta quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando veteri actione liberari, & si quid dolo in ea fecit teneri actione de dolo, d. l. 7. §. 3. de dol. De usuris jus certum est has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora id bonæ fidei iudiciis tantum tribuatur, l. 32. §. 2. ff. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vendit. Sed & diserte traditum est, in strictis iudiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, l. 24. ff. 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 in lege 35. de usur. lite contestata usuras currere, id non hanc habet sententiam.

tentiam, usuras post litem contestatam incipere currere seu incipere debere, sed debitum cursum lite contestata non retardari, debere coeptas post litem contestatam perseverare, l. 1. C. de judic. de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta usurae non currunt, seu cursus usurarum sistitur, l. 18. de novat. litis autem contestatio novationem quandam inducit, l. 11. §. 1. l. 29. d. tit. l. 3. §. 11. de pecul. Sed responsum est aliam esse causam novationis voluntariae aliam iudicii accepti; quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deterioiorem facit, d. l. 29. add. Don. hic n. 31. Perez ad tit. Cod. de usur. n. 22. De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequatur etiamsi mora facta sit; post acceptum autem iudicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, l. 38. §. 7. de usur. In iis autem actionibus quibus repetimus quod nostrum fuit, cujusmodi sunt conditiones earum rerum quae a nobis profectae sunt, ut conditio ob causam datorum, conditio indebiti, sine causa &c. fructus ex quo primum tempore res accepta est una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, l. 15. de cond. ind. d. l. 38. §. 1. & aliquot seqq. Don. de fructib. cap. 1. Plane in actione ex testamento quae natura sua stricti juris est, l. 5. in fin. cum l. seq. de in lit. jur. favore ultimae voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora ad instar bonae fidei iudiciorum, ll. 3. & 34. ff. de usur. l. 3. C. in quib. ca. in int. rest. Denique in strictis iudiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel a reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel a dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit antequam sententia feratur, l. 9. C. de praesc. long. temp. ll. 8. & 9. C. de exc. Non contestatam postea objicere non licet: de quo fusius alibi. Sunt & aliae horum generum differentiae, veluti quod in bonae fidei iudiciis praestentur etiam fructus percepti eo tempore quod iudicatis datur; in strictis autem hoc tempus a fructuum perceptione immune sit, l. 3. pr. & §. 1. de usur. Quod in illis ineunda rei perditae aestimatione tempus rei iudicatae spectetur; in his tempus litis contestatae, l. 3. §. 2. commod. Quod in illis juretur in litem, in his non item, nisi in causa singulari, l. 5. pr. & §. ult. l. 6. de in lit. jur. Proferuntur praeterea & aliae quaedam ab aliis

differentiae, quas ideo praetermitto quia non usque adeo explorati juris sunt. VINN. Differentiam quam Icti fecere inter contractus bonae fidei & stricti juris sunt qui jure Canonico in totum sublatam esse putent; cum hodie contractus omnes bona fide peragi debeant: quod sane nimis ineptum est; neque enim contractus stricti juris dolum admittunt. Plane cum in contractibus bonae fidei mutuae sint praestationes, in stricti vero juris ab altera tantum parte praestatio sit: plenior illi praestis exigunt interpretationem; in illis fas iudici est omnia ad naturae aequitatem seu aequalitatem revocare; in his strictius verbis promittentis inherere iudex debet, ne cui sua liberalitas damno sit; ut acute disputat D. Franc. Sarmiento select. lib. 3. cap. 3. a n. 1. Quare puto cum Paz tom. 3. cap. 6. & Pichard. hic quest. 5. hanc inter bonae fidei & stricti juris actiones differentiam etiam hodie manere; verumtamen cum genera & nomina actionum confusa sint: differentiae inter iudicia bonae fidei & stricti juris minus sunt hodie conspicuae; atque bonam earum partem quas hic retulit auctor exolevisse non est dubitandum. Illud discrimen hodie proculdubio manet, quod usurae quas explicat Pichardus hic quest. 10. n. 25. debeantur ex mora in bonae fidei contractibus; in stricti vero juris a tempore litis contestatae. De fructibus obtinuit jam pridem sententia, deberi in utroque iudicio a die litis contestatae, ut diximus sup. ad §. 35. Inst. de rer. div. ADDIT.

5. Bonae fidei sunt haec ex emto vendito &c.] Observandum est, quod non ait, Bonae fidei sunt, veluti ex emto vendito & ut fit cum exempli gratia quaedam proferuntur: sed ipsas (definitè) bonae fidei sunt haec ex emto vendito, & quae sequuntur: indicans se eas omnes quae sunt hujus generis ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus non tantum actiones omnes quae hic enumerantur esse bonae fidei, sed etiam praeter has bonae fidei nullas esse; ceterasque, si arbitrariae non sint, de quibus §. 31. hoc tit. esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, l. 5. §. ult. & l. 6. de in lit. jur. ex causa donationis, l. 22. de don. conditio indebiti, l. 1. C. de cond. ind. & conditionis reliquae. Item actiones poenales ex maleficiis, & generaliter omnes quae hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullae actiones quarum hic mentio non fit dicantur oriri aut introductae esse ex bono & aequo: ut conditio indebiti, l. pen. de cond. ind. actio funeraria, l. 14. §. 6. de relig. actio in

juriarum, l. 11. §. 1. de injur. item actio præscriptis verbis de precario, l. 2. §. 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 judicia numerari videtur, d. l. 14. §. 13. de relig. ubi Ulpianus ait, iudicem hic solutius æquitare sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat, nam in strictis judiciis iudex non solute iudicat, sed adstringitur formulæ; ut proinde existimem actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam; sed nego eam hic præmissam esse; numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, aut adjectio, arg. l. 1. d. l. 14. §. 7. 9. 11. & 13. de relig. Illud enim in universum tenendum est, actiones quæ hic enumerantur ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ dumtaxat excludantur quæ plane sunt diversi generis, non etiam illæ quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tamquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certe 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 protutelæ & bonorum possessoriam hereditatis petitionem & petitionem hereditatis fideicommissariam recte dicimus esse actiones bonæ fidei, arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l. 1. de bon. poss. her. 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 ejus veterem non minuit sed auxit, l. 1. C. de jur. emphyt. fac. §. 3. Inst. sup. de locat.

Ex emto-vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex emto-vendito, locato conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquan-

do per excellentiam tribuitur, sup. tit. Inst. de obl. ex contr. l. 2. de obl. & act.

6. Familix erciscundæ, communi dividundo] Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem quam habent conjunctim proponuntur, familia erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum; quia hoc iudicium à ceteris in eo discrepat, quod cuiusam non continet bonæ fidei iudicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto & quasi ex contractu. In finium autem regundorum iudicio 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. Inst. de obl. quæ quas. ex contr. Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. dec. 49. err. 1. arbitraria; quoniam pro vindicatione est, l. 1. fin. reg. Fac. l. 4. §. 3. eod. & quod nomen arbitri in questione finium usurpatur.

7. 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 competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, ceteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est quam suggerunt leges 1. de æstim. act. & 1. de contr. emt. 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 causâ introducta est actio præscriptis verbis bonæ fidei censi debet. In hac ostendit Paulus tantam esse inter emtionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint permutatione rerum etiam emtionem-venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungis: quæ rationes in aliis articulis ex quibus nascitur actio præscriptis verbis locum non inveniunt. Videsis Bachov. disp. 6. de act. ibid. 8.

8. Hereditatis petitio] Petitio hereditatis, cum ea sit actio in rem, l. 25. §. 18. de her. pet. l. 1. de rei vind. non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei; siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur, quale nullum geritur inter heredem & possessorem hereditatis. Atque

que haud dubie hac ratione moti nonnulli Veterum eam à classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hereditatis res ad negotiorum gestorum naturam proxime accedit. Constat enim possessori hereditatis committi rerum hereditariarum administrationem; unde fit, ut licet petitio hereditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarumque eorum quæ possessor creditoribus solvit vel in hereditatem impendit, *d. l. 25. §. 18. ll. 20. & 38. de hered. petit.* 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 plurimum fuisse videtur & jam ante recepta, arg. *d. l. 38. de hered. pet.* confirmavit Justinianus *l. ult. in fin. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis; sed cum plenior esse ex stipulatu actionem inveniētes, omne jus quod res uxoria antea habebat cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur transiulerimus: merito rei uxoriæ actione sublata ex stipulatu actio quæ pro ea introducta est naturam bonæ fidei judicii 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 expeririatur, cujus solius providentiâ hoc induximus.*

COMMENTARIUS.

- 1 Soluta matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat; & quid hic novi à Justiniano.
- 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.
- 5 Ad liberi idem privilegium habeant quod mater.

1. Soluta matrimonio dotis repetitio est, nisi convenerit ut mortua in ma-

trimonio muliere dos remaneat apud maritum, *l. 12. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. 13. C. de rei ux. act.* Idem est si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiarum persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr.* ipsa sola si emancipata est, *l. 44. eod. l. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia sive emancipata sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. ff. solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiarum manet, eaque mortua ad heredes ejus transmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiarum cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi ut redderetur convenerit, *d. l. un. §. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit patris solius actio propria est, *d. l. un. §. 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebar, actio rei uxoriæ, acque insuper actio ex stipulatu si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, 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 intervenisset, utque ex hac causa actio ex stipulatu quæ jure communi stricti judicii est bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *d. l. un. in pr. §. 1. & 2. de rei ux. act.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. 21. solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni sicut in ceteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de offic. cap. 17.* discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum equius melius.* Cujus etiam vestigia exstant in *lege pen. §. ult. solut. matr. l. 82. de solut.*

2. *Plenior esse ex stipulatu*] Actionem ex stipulatu ideo plenior fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quadam commoda quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque

que simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente actore edicti legatum in compensationem dotis relictum, *l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob moras, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. 15. §. 1. solut. matr.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un. §. 5.* Adhæc, stipulatione non interposita dos adventitia mortua in matrimonio muliere apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad heredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. 4. & 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 demum annua bina trima die redderetur, *d. l. un. §. 7. de rei ux. act.*

1. *Tacitam ei dedimus hypothecam*] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu quam pro rei uxoriæ actione introduxit adjectam 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. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque quod contextus legis & illa sexus mulieris miseria evincit perspicue quæ apparet ex *Nov. 97. cap. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Justiniani interpretati sunt, & novissime Ant. Mer. 3. *contr. 9.*

4. Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus quod mea mihi operâ & cautione quasivi, ceteri 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 antiquiore expressam, id est eam de qua sibi ipsi aperta conventionē prospexerunt. Ita comm. Doctores in *d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud Jas. Zas. Gomez hic Negus. *de pign. part. 5. membr. 2. n. 23.* Covarr. 1. *res. 7. n. 1.* VINN. Hanc etiam sententiam probat Paz in sua

prax. tom. 3. cap. 6. §. 12. n. 10. atque in ejus confirmationem adducit *legem 33. tit. 13. Part. 5. ADDIT.*

5. *Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentiâ*] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt, itemque heredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un. §. 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam quam matri dedit servari jussit tamquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque recte DD. comm. in *d. l. ult. & cum iis Gomez in l. 50. Taur. Christin. vol. 4. decis. 160. n. 15.* concludunt liberos eodemque heredes mulieris idem privilegium prælationis habere quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis heredibus non competat. Diss. Ant. Fab. 8. *conj. 13.* cui occurritur à Bachovio *lib. 4. de pign. cap. 13. n. 2.*

TEXTUS.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas per-mitti videtur judici ex bono & equo æstimandum 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 Marci opposita 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 quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi sane iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarium rerum quisquis exactione defraudetur.*

L. 6. tit. 15. lib. 3. for. legg. & l. 21. cum aliquot seqq. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 *Causa liquida.* Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio.
- 2 *Compensatione ipso jure actiones minui.* Quid hoc, quæ inde utilitas; & quid si quis compensatione usus non fuerit.

3 *Rerum consumtibilium dumtaxat compensationem esse.*

EX eo quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, patet quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebantur compensatio à iudice sola æquitate iudicii, idque citra exceptionem proprie 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 opposita doli mali exceptione. Ceterum 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. de pos.*

Et compensato in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant; nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. C. de compens.* si compensato eo quod invicem debetur nihil supersit utrumque quod debeat, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrumque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Opposita 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 proprie dictam: quod quale sit postea audiemus.

1. *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 constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon. 129.*

n. 13. Menoch. 2. *arb. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re iudicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii iudicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis ex causa de qua non liqueat, & quæ altiore indaginem requirat, *d. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol. 1. decis. 231. & vol. 3. decis. 38.* Sane etsi 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. cap. 8. n. 104.* quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur. Adde quæ nos *lib. 1. select. quest. cap. 50.*

2. *Actiones ipso jure 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 proprie 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. Inst. 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 utrumque debere coepit, *l. 4. C. de compens.* Quod nōsse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublata esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora usurarum, *l. 4. ff. de except. d. l. 4. l. 12. C. de comp.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam alter sub usuris debet, concurrentis utrumque quantitas usuræ non præstantur, *l. 11. eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori qui compensatione usus est, *ll. 2. § 5. eod.* sin minus salva ei manet vetus petitio, nec creditor qui totum petit male petisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectu ut quæ cedenti poterat objici compensatio ea objici non possit cessionario, uti-

utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti. *Christin. vol. 1. decis. 252. Ant. Fab. Cod. suo de compens. de fin. 3. fac. l. 4. §§. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dol. mal. except. add. eund. Ant. Fab. 12. coniect. 9.*

3. *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 mensurâ constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio; & aperte ostendit *d. lex 4. C. de compens. fac. text. in l. 18. de pign. act. l. 22. de compens. & alias invitus (quod iniquum est, & jus non patitur) aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra l. 16. C. de jur. delib. l. 5. C. de obl. & act.* 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 compens. junct. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio sit, 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. Et quod Justinianus 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 culpâ debitoris amissa aut deteriore facta æstimatio ejus deberi cœpit; alias opus est mutua petitione seu reconventionem, ut nunc loquuntur, *l. 14. cum auth. seq. C. de sent. & interloc. eoque pertinet lex ult. C. de commod.* Quod & vulgo recte probatum est, ut alibi demonstrabimus; nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & Respublica; sed certis dumtaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus quæ comprehensæ sunt lege 3. *C. de compens. l. 46. §. 5. de jur. fisc. l. 20. ff. de comp.*

Excepta sola depositi actione] Quam ideo excepisse videtur ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causâ datur, donec visum erit deponenti repetere. In lege ult. *C. de compens.* excipit & actionem qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sane 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 quominus dicamus, iisdem conditionibus de quibus supra locum esse compensationi etiam in actione commodati. *Don. b. n. 10.*

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo agitur auctori satisfaciatur, veluti rem restituatur, 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 causâ 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 & ceteris similibus permittitur judici ex bono & æquo secundum cujusque rei de qua actum est naturam æstimare quemadmodum auctori satisfieri oporteat.*

COMMENTARIUS.

- 1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum à superioribus.*
- 2 *Ex quo sit quod actio de eo quod certo loco arbitraria &c.*
- 3 *Ceterarum arbitrariarum natura; & ratio nominis.*
- 4 *Hic in genere duplicem intervenire sententiam.*
- 5 *In ea quod certo loco una sententiâ rem transigi.*
- 6 *Rectene noxales inter arbitrarias numerentur, saltem interdum.*
- 7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem & confessoriam &c.*

- 8 *Actiones quaedam arbitrariae hic non nominatae.*
 9 *Bonae fidei & arbitrariorum 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 arbitrarías 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 §. 28. *sup. hoc tit.* contineri. Perez & Corvin. in *Erotematibus*.

1. Nos autem contra putamus, actiones arbitrarías tertium genus constituere plane sejunctum à superioribus, ut quæ sunt hujus generis neque sint bonæ fidei neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus cum ait, *præterea esse quasdam actiones quas arbitrarías appellamus*. Nam illud *præterea* non aliud valet quam, præter superiores; ut intelligamus præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris esse & tertium genus earum quæ dicuntur arbitrarías. Quod si Veterum auctoritas quæritur, non obscure Marcianus in *lege 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarías ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset in actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam, *Plane interdum & in actione stricti iudicii in litem jurandum*: aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinguerat, nec stricti juris esse; sunt autem hæ arbitrarías, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in *lege 3. §. 1. de usur.* ubi ita scribit, *In his quoque judiciis quæ non sunt arbitraría nec bonæ fidei, post litem contestatam auctori causa præstanda est*. Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc iudicia plane diversa sunt, arbitraría, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrarías actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris? nam & in arbitraliis permittitur iudici facultas æstimandi ex æquo & bono quemadmodum auctori satisfieri oporteat, in *fin. hujus §.* & 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 iudiciorum bonæ fidei

Tom. II.

quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitarum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariorum 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 ajunt, actiones arbitrarías naturâ suâ & origine esse stricti juris ex accidenti autem esse quod in his arbitrio iudicis condemnatio fiat, falsum est; præterquam in actione de eo quod certo loco, quæ à ceteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

2. *Ex arbitrio iudicis pendentes*] Actiones arbitrarías sunt quæ ex iudicis arbitrio pendunt, unde & nomen acceperunt. Et pendunt quidem omnes ex arbitrio iudicis, sed non omnes eodem modo; longeque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oportet arbitraria atque ex iudicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ ob quas actio dicitur arbitraria: ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrarías dicuntur quod in his tota condemnatio ex arbitrio iudicis 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 *ll. 1. 5. & 6. de eo quod cert. loco*. Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio iudicis æstimandum quanti litigatorum intersit constituto potius loco solvi quam eo in quo agitur: ut si rei intersit minuatur, si auctoris augeatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula iudicii hæc fuit: *Si paret Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, iudex arbitratu tuo condemna*. Hujus generis arbitrarías naturâ suâ & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarías facit.

3. Ceteræ quæ arbitrarías 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 tamquam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum

Bbb

ali-

aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus pareat absolvitur, si non pareat condemnatur; & quidem gravius atque in aliud quam quod facere jussus erat in poenam contumaciæ. Ut ecce in actione quod metus causâ probato metu jubetur reus rem quæ metu extorta dicitur restituere: si jussui judicis non pareat condemnatur in quadruplum, l. 14. §. 1. & deinceps *quod met. causâ*. In judicio rei vindicationis, probato dominio jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, l. 46. cum l. seq. de rei vind. ll. 5. & 8. de in lit. jurand. Idem fit in actione ad exhibendum si jussus exhibere non exhibeat, l. 3. §. 2. ad exhib. Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cic. 4. in Verr. discimus, Si paret rem qua de agitur Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex condemna. Condemna scilicet in aliud, & tanti quanti res æstimata erit jurejurando actoris.

4. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit: una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva litem terminans absolute 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 in actione quod metus causâ; vel in id quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in ceteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam & mandatur executioni, l. 68. de rei vind. extraordinarium est, arg. l. 15. §. 23. de damn. inf. l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in posses. VINN. Quamvis moribus nostris id conveniat, quibus semper fit condemnatio in rem petitam, quæ manu militari à reo aufertur & actori traditur, si ille judicio parere noluerit. Quare non video qui locus arbitrariis actionibus apud nos esse possit. ADDIT.

5. In priore autem genere res una sententiâ transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est nullo jussu judicis præcedente ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione 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 certo loco. 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 illi propositos vix locum habet; neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus cui si non pareatur reus gravius condemnatur, 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 specis sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciatur] Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariorum hoc commune sit, quod in iis iudex prius quam sententiam ferat arbitretur sive jubeat reum aliquid facere; quod tamen quarundam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrias quæ sunt de eo quod certo loco, ut superius demonstratum est.

6. *Vel ex noxali causa*] Inter actiones arbitrias 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. tit. Inst. de noxali aff. In quo quidam putant iterum errare Tribonianum; nam actiones noxales inter arbitrias 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 ceteris, sed iudici præscribitur jure quam sententiam ferat; nimirum ut postquam probatum est servum noxiam commisisse, dominum condemnet in decem aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, iudici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore quasi non ideo actiones noxales inter arbitrias numeraverit, quod putavit eas semper esse arbitrias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res habet, (quidquid in contrarium disputet Ant. Fab. dec. 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; & contrā, quæ ex causa directæ 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 hæc, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt si dominus his noxaliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est quæ in directæ, 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 causâ & actio de dolo sint arbitrariæ, cum adversus aliquem directæ & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt cum intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, l. 16. quod met. ca. l. 9. §. pen. de dol. Tantum arbitrium judicis quod in actione directæ continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctioe ut dominus rem restituat vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit sequatur condemnatio, qualis in actione directæ: ita & D. Duar. de in lit. jur. n. 47. D. Donell. hic n. 12.

7. *Veluti Publiciana, Serviana*] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam, quas arbitrarias esse declarat: de hypothecaria etiam est textus in lege 16. §. 3. de pignor. An igitur hæc solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio; quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea quam supra diximus in juratam litis æstimationem condemnatio, l. 46. cum l. seq. de rei vind. ll. 5. & 8. de in lit. jur. l. ult. de fid. juss. nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur & res possessori aufertur, juxta legem 68. de rei vindic. Quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem eo casu quo reus dolo fecit quominus rem restituere possit: id non ita accipiendum est quasi hoc solo casu locus esset jurejurando in litem; sed

quod isto casu jurejurandum illud sit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriarum, ut rescissoria: omnes arbitrariæ habendæ, quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo d. legis 68. Itaque male nonnulli hinc removeant ipsam rei vindicationem eamque collocant inter actiones stricti juris, quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem arbitrariæ, excepta petitione hereditatis, 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 arbitrii conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa aut dolo malo] Actionem quod metus causâ arbitrariam esse etiam Ulp. scribit in l. 14. §. 4. quod met. ca. Idem de actione de dolo tradit Paul. in l. 18. de dol.

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur & quantum à ceteris distet superius expositum est.

Ad exhibendum) Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrarium 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. jur. Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum quod negata exhibitione oritur.

8. *Et ceteris 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 prætoriarum. Ex iis quæ sunt in personam præter eas quæ hic nominantur arbitraria est actio rerum amotarum, l. 8. §. 1. de act. rer. amor. Ejusdem quoque generis est actio Faviana, l. 5. si quid in fraud. parr. Pau.

Pauliana, arg. *ll. 8. & 10. §. 20. quæ in fraudem cred. Ant. Fab. dec. 93. err. 5. & 6. Actio ex edicto de publicanis, l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrarie 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. §. 26. depos. ll. 5. & 8. de in lit. fur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrarie; quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrarie appellantur, sed potestate bonæ fidei habent; quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrarie vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet si arbitrio non pareatur.

9. Atque hinc explicandum quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo &c.* Natura actionum bonæ fidei satis proluxa est. Costal. in *l. 7. de eo quod certo loco.* Inter arbitrarie perperam Pacius in *not. & D. Perez in erotemat.* collocat actionem redhibitoriam; magis enim est ut hæc bonæ fidei sit, *l. 11. §. 3. de æst. emt.* ubi diserte Jurisconsultus ait redhibitionem judicio emti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio. De incertæ quantitatis petitione.

32. Curare autem debet judex ut omnino quantum possibile ei sit certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incertâ quantitate apud eum actum est.

L. 2. tit. 13. lib. 2. for. legg. l. 16.

tit. 22. Part. 3.

COMMENTARIUS.

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 incertæ certam debere ferri sententiam.

1. **P**Ræceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris; & si ve certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet ut sententiâ suâ finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnatur 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 hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censi, *ll. pen. & ult. C. de senten. quæ sin. cert. quant. Don. n. 2. & seq. Schneid. n. 22. Myns. n. 3. & comm. DD. hic.*

2. Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda quod judex 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 petatum est* referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet quid quantumve petatum; aut *Solve quod illis codicillis continetur* cum codicillis in judicio essent prolatis, *l. 5. §. 1. & ibi DD. in l. 59. §. 1. ff. de re jud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* Christin. vol. 4. decis. 94. n. 10. Si etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expresse retulerit: 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 textum in *l. 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 jus veter ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse judicem se eo referre voluisse. Vid. Zas. in *l. 5. §. 1. de jud. Myns. hic n. 12. Schneid. n. 24. Mathesilan. sing. 141. & qui omnium accuratissime distinguunt Pet. Barbos. ad tit. ff. solut. matr. p. 5. rubr. n. 47. Et ergo notandum, numquam sententiam à libello recipere interpretationem,*

nisi ad eum expresse habita sit relatio.

3. *Quantum possibile est*] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur ut certa sententia ferri possit; atque eo casu proculdubio 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 hereditatis, & actio familiæ eriscundæ; item & maxime quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis sententia fertur. VINN. De iudicio ferendo super his accessionibus vide legem 20. tit. 9. lib. 3. *Recop. & Acevedi. in comm. ad d. legem.* ADDIT. Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum; in quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, juxta legem 2. C. de iudic. Christian. d. loc. n. 16. certa hic sententia ferri debet: quod quomodo procedat post Joann. Eab. & Plat. docet Schneid. hic n. 14. & n. 30. Excipit Accursius & iudicia noxalia; sed eo nomine merito reprehenditur; quoniam facultas noxæ dedendi est à lege, l. 6. §. 1. de re iud. quod ipse alibi agnoscit, §. 1. Inst. inf. de off. iud.

4. *Eriam 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. 13. §. 1. de re iud. l. 68. & 72. de verb. obl. §. ult. Inst. sup. eod. tit. Hoc igitur vult Justinianus, etsi id quod interest petatur, cujus quantitas incerta est, d. l. 68. de verb. obl. l. 24. de reg. jur. nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut iudex prius cognoscat quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit tantum sententiâ suâ complectatur, in eamque summam reum condemnet: quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in lege un. C. de sent. quæ pro eo quod int. Nec metuendum ne hic iudex videatur reum in aliam rem condemnare quam quæ petita est, contrâ quam cautum lege ult. C. de fideic. lib. Nam quemadmodum scite à Veteribus dictum est, cum qui frumentum exspicis excutit non novam speciem facere sed eam quæ est detegere, l. 7. §. 7. in fin. de adq. rer. dom. ita & iudex cum certam summam dicit ejus quod interest, non aliam rem

dicat 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, Myns. hic n. 4. Porro & aliàs quamvis incerta sit petitio certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in ceteris 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.

De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est rem amittebat; nec facile integrum restituebatur à prætore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justis erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibudam aliis legatis 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 cujus ex parte res est totam eam vel majorem partem suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis antediem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit quamolvere debere minus solvi 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 spondet? Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam haberet promissor si Ephesi solveret, admittit ei pura intentione. Pro-

per 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 spondidit. 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 causâ plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur, Hominem Stichum aut 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 hominemolvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriore. Quæ 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 jure liberum fuit aliudolvere quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illudolvere quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniæ & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petendum, quid statui oporteat Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petendum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei contra quem plus peti non fuerit, commissæ tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

L. 42. cum 3. seqq. tit. 2. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 Qui ante conditionem petit eum nihil consumere.

2 Poena à Zenone constituta in eos qui tempore plus petunt, à Justiniano in eos qui alio modo.
3 Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur.

Superius admonuit iudicem officii 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, placeat interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causâ 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 Comædo. Fac. l. 1. de int. in jur. l. 36. de solut. Hinc illud apud Plautum in *Mossellaria* act. 3. scen. 1. v. 123. *Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id Veteres dicebant causâ cadere, item formulâ cadere aut excidere, ut ex eodem Cicerone 1. de orat. cap. 36. Sueton. in Claud. cap. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 7. Inst. orat. cap. 6. 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 iudices plus petendo formulâ excidissent. VINN. Immo & prætorem id aliquando fecisse discimus ex Senec. epist. 48. ubi eleganti allusione & philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paulo post ad verba, *Etiam majori.* HEIN.

Nisi minor erat viginti quinque annis) Minori qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat prætor causâ cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex dicto generali de minoribus, l. 1. & passim de minoribus.

Etiam majori) Ex illa parte edicti de majoribus restituendis: Item si quæ alia mihi cau-

causa justa esse videbitur, in integrum restitutionem, l. 1. in fin. ex quib. caus. maj. Justicioris, & qui ob id merito etiam in majoribus 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. Justus 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 prator, 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 jure minuantur, ut bene observavit D. Horomannus.

Plus autem quatuor modis.] Poenæ plus petitionis non solum locus erat cum quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causâ seu modo. Paulus 1. sent. 10. Causâ cadimus, inquit, aut loco, aut summâ, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi; summâ, si plus quam damus petimus; tempore, petendo ante tempus; qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes. Hæ quatuor species plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Justiniano.

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.

1. Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem.) Plus quam debetur sine controversiâ 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. Inst. sup. de verb. obl. l. 213. de verb. sign. junct. §. 10. Inst. inf. de except. Sed quod additur, etiam cum plus petere quam debetur qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem ita ut pendente ea ni-

hildum debeatur, §. 4. Inst. sup. de verb. obl. d. l. 213. de verb. sign. l. 8. de per. & comm. 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 poenam plus petitionis ad eos qui ante conditionem petunt pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat ideo rem consumebat quia in judicium eam deduxisset, d. §. 10. inf. de except. At pendente conditione cum nihil sit quod debeatur, nihil quoque est quod in judicium 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 usufr. leg. ced. & diserte nihil consumere, l. 6. 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 exitura sit incertum est, & qua proinde pendente nihil debetur; sed eam quam Veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum quam certum est omnimodo exituram 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, ll. 17. & 18. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat. Et igitur, ante conditionem, intellige, quæ 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 minusolvere; quoniam emolumentum intermedi temporis admittit creditori. Sequitur ergo ut qui solvit celerius plus solvat: 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 admittitur utilitas quam habiturus esset si eo loco solveret in quo soluturum spondidit.

Romæ pure intendat sibi dari.) Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur qui intendit sibi

sibi dari oportere sine commemoratione loci in quo dari sibi stipulatus est, & omnia arbitrii formulâ qua iudici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo quantum promissor solvere debeat: nam pura intentio hinc actioni arbitrariæ è regione opponitur.

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 se daturum promississet numquam accederet (quod vel data operâ 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. Hac ratione & actori consulitur data alibi agendi facultate; nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio iudicis 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 domicilii & contractus, & qui forum tribuat, l. 19. §. 1. & deinceps de jud. l. 21. de obl. & act. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez in Cod. eod. n. 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus] Constat varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maxime 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. 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. sent. 10. Qui autem causâ plus petit, idem fere peccat quod is qui plus petit loco. Nam quemadmodum qui alibi petit quam ubi debetur loci utilitatem adimit debitori: ita qui causâ plus petit promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Dux 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 intelligi-

tur, nimirum quia reo aufertur 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. 10. in fin. de jur. dot. Et ideo qui electionem sibi non constituit incertum stipulari dicitur, l. 75. §. 8. de verb. obl.

Generaliter hominem stipulatus) Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, l. 32. in fin. de cond. ind. l. 52. mand. l. 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, ll. 74. & 75. §. 2. de verb. obl. uti hic etiam Justinianus: quod vel puer viderit. Scriptores quoque ceteri vina Campana inter generosissima numerant, qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cecubum*, *Massicum*, *Falernum*, *Formianum*, *Calenum*. De regione Campaniæ Italici Florus lib. 1. cap. 16. ita scribit, *Omnium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nil mollius cælo: bis floribus vernat. Nil uberius solo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et paulo post: *Hic amisti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere de ora Campaniæ habet Plin. lib. 3. cap. 5. unde videtur Florus sua descripsisse.

Tyriam) Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone lib. 16. Add. Plin. lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 28. Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est quasi violaceum; Tyros autem rubeum. Auctor Vitruvius lib. 7. cap. 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. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

2. *Sed hæc quidem antea*) Quibuscumque modis ex quatuor quos Justinianus exposuit plus petitum esset, ea olim erat poena plus petitionis ut actor causâ caderet. Sed postea ab hac poena recessum est, & in eos qui tempore plus peterent alia poena constituta à

Zenone ; in eos qui alio modo à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit exponitur *inf. tit. Inst. de excep. §. 10.* nimirum ut adversus eum qui ante tempus petiti duplicentur inducia temporis , & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversus ceteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait , ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius , id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit , & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *§. 24. sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo qui majorem debitâ quantitatem petit , idque dolo malo ut viatores majores exigerent sportulas ; hic autem loquitur , ut videatur vellet pœnam tripli etiam extra causam doli obtinere , eademque pœnâ multari eos quoque qui loco & causâ plus petunt , ut hic tripletur omne damnum quod reo per causam injustæ petitionis illatum est.

3. In toto Belgio , Gallia , aliisque regionibus eo nunc jure utuntur , ut si quantitate aut summâ plus petitem sit non dolo malo puta , pro quinquaginta , quæ liquido debentur , centum : reus si nihil obtulerit condemnatur 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 , petitem sit , veluti fundus , & pars injuste possessa non offeratur : impensæ , quasi in mutua victoria , compensantur. Idemque est si debitum non sit liquidum ; nam tunc 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. 13. §. 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 judicii absolvere cum expensis , salva facultate actori conveniendi reum cum dies venerit , vel petendi disjunctim quod simpliciter petitem fuerat. Rebuff. *ad constit. Reg. procem. tom. 1. n. 53.* Imbert. *lib. 2. Inst. forens. cap. 151.* Papon. *lib. 8. tit. 1. arrest. 2. & 3. Ant. Fab. C. sup. de plus pet. defin. unic.* Tuld. & Perez *C. eod. Christin. vol. 1. decis. Tom. II.*

266. & *vol. 2. decis. 157.* ubi plures alleg. add. *Cov. lib. 1. var. res. cap. 2. n. 5.* Menoch. *de arb. jud. lib. 2. cent. 2. cas. 177.* ubi late tractat quæ sit justa litigandi causa , ut in lite succumbens excusetur ab expensis. VINN. In praxi neutra prædictarum constitutionum Zenonis , aut Justiniani observatur , quo tolerabilior earum jactura est. Et licet *lege 42. cum seq. tit. 2. Part. 3.* statutum sit plus petentem non cadere causâ , sed in expensis plus petitionis condemnandum : plus loco aut causâ , ad interesse debitori obligari ; adversus vero plus tempore petentem duplicari temporis inducias : quibus legg. congruere videntur *leges 8. & 9. tit. 21. lib. 4. Recop.* hodiernus tamen usus non nihil à prædictis legibus recedit. Aceved. *ad d. leg. 9.* Itaque eodem jure utimur quod de aliis Europæ regionibus tradit Vinnius , eamque ob causam integrum locum retinimus. ADDIT.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. Si minus intentione sua complexus fuerit actor quam ad eum pertineat , veluti si cum ei decem aurei deberentur quinque sibi dare oportere intenderit ; aut si cum 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.

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 verò dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest , ut superius diximus : videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sane si plus petit qui ante 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 quidquam nisi post tempus exactum debetur ; & id ipsum nonnumquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agit] Qui minus petit quam sibi debetur , etsi non tantum petit quantum

debetur, petit tamen quod sibi vere debetur; & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis poena est; licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare & totum quod debetur petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere salvo 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. 21.* quæ novis in editionibus est, l. 1. *C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio 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.

COMMENTARIUS.

1. Quid sis emendare actionem, quid mutare.
2. Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat.

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 quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio 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 Justinianum plus sensisse quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumtus litis quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit actorem ei reddere oportere.

1. *Errorem suum corrigere*] Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea

re constitutio Severi & Antonini in hæc verba: *Edita actio speciem futura litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus 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 veteri instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. *Perez Cod. de edend. n. 7.* Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat ut edicti perpetui monet auctoritas, & ita ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio quacumque quis experiri velit; proinde si quis novâ experiatur etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere an contendere malit, l. 1. *de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat; ideoque qui temere adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumtus prioris litis reddere tenetur, l. 79. *de judic.* Don. in d. l. 3. *C. de edend. n. 3. & seqq. D. Perez d. loc.*

2. Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat: utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto jus 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. 32. *de neg. gest. l. 57. §. 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. 18. §. 1. unde vi.* Eaque haud dubie est etiam sententia Imperatorum in d. l. 3. *C. de edend.* & Justiniani hic. Ceterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, l. 23. *de judic. l. 18. comm. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diserte cautum est. Don. *ubi sup. n. 17. Perez d. loc. n. 7.* quamquam existimo his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat ut aliud judicium daret. Sane non video quomodo alioqui recte defendi possit idem judicium ibi esse ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam

si reus post novam actionem editam & inducias ad liberandum denuo concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam disserit 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 & alii actus substantiales iudicii partium consensu tolli non possunt. VINN. Quæ sententia usu quoque forensi recepta est. *Cur. Philip. part. 1. §. 11. n. 19. ADDIT.*

TEXTUS.

Divisio sexta. De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones quibus non semper solidum quod nobis debetur persequimur, sed modo solidum persequemur 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 inveniat, eatenus condemnat iudex quatenus in peculio. Quæ admodum autem peculium intelligi debeat suo ordine proponemus.*

COMMENTARIUS.

Redit hic Imperator ad institutum quod interruptit §. 32. *hoc tit.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem quæ ad effectum actionis pertinet; & declarat quantum ex unaquaque actione separare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones quibus solidum quod nobis debetur consequimur; quædam quibus modo solidum modo minus. Quominus semper solidum consequamur aut peculium facit, cuius ad modum actio constituta est: quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum ut in id tantum teneatur quod facere potest: cuius 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, §. 10. *sup. hoc tit.* Hæc actio non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat constitutam illam esse quatenus est in peculio, ut siquidem non mi-

nus sit quam persequimur in solidum dominus & pater condemnatur; si vero minus inveniat, quatenus in peculio sit, d. §. 10. & §. 4. *tit. seq.* Quid in peculio servi filive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii alibi expositum est.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

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; si minus, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitis minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

L. 32. in fin. tit. 11. Part. 4.

COMMENTARIUS.

- 1 Beneficium competentie 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 Justiniano.
- 4 Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis.

1. **S**unt quædam personæ quibus humanitatis causâ tributum est ut ne conveniant in solidum, sed in id tantum quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentie. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam ex qua agitur, partim ob personam rei cum qua agitur. Ob causam, soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fin.* ob personam rei variè: 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, ll. 6. & 13. *de re jud.* denique ob solam commiserationem, unde ei qui bonis suis cessit tribuitur, §. *ult. inf. hoc tit.* & interdum filio emancipato, l. 2. *quod*

quod cum eo qui in al. pot. l. 49. de re jud.

2. Si de dote mulier agat [Eleganter Theod. Hermop. ad l. 173. de reg. jur. Αισχρήτατος νόμος παρρησίας δέναι τῇ χθές καὶ πρὸν συγκατα-
νῆ τῷ βῆ, παρὸς ἀπογομιώσας τοῖς ἴδιον ἀνδρά. Reditur legistatorem ei quæ heri nudiusve ter-
tius consors omnis vitæ fuit facultatem dare
spoliandi maritum rebus omnibus. 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 socio de dote con-
vento, l. 17. 20. & 21. de re jud. l. 15. in fin.
& l. seq. solut. matr. Et ex diverso idem quoque
honos habetur patri uxoris si ex promissione
dotis à genero conveniatur, l. 17. solut. matr.
nisi jam dissolutum sit matrimonium, l. 21. cum
l. seq. de re jud. Quod autem ait, si de dote mul-
lier agat, exempli tantum causâ dicitur. Nam
non solum maritus cum ex causa dotis ab
uxore convenitur hoc beneficium habet, sed
etiam cum ex aliis contractibus, d. l. 20. de
re jud. nisi soluto matrimonio contraxerit cum
ea quæ olim uxor fuit, l. 35. de neg. gest.
VINN. Atque hoc jure etiam nunc utimur.
ADD. T.

Propter retentionem] Diximus mutuam cre-
ditoris ejusdemque actoris obligationem etiam
nonnumquam efficere ne reus in solidum
condemnetur. Id consequitur non tantum per
compensationem proprie dictam, cum quanti-
tates utrimque debite compensantur, de quo
§. pen. inf. hoc tit. sed interdum etiam per re-
tentionem, cum fundus aut alia species ab eo
petitur, & vicissim actor ei pecunia debet.

3. In causa dotis tribuebatur olim marito
variis de causis rei dotalis retentio ob res
uxori ab ipso donatas, ob res ab uxore amo-
tas, propter liberos, ob impensas in rem do-
talem factas, non modo necessarias sed etiam
utiles. Justinianus autem sublata ex omni
alia causa retentione solam reliquit eam cu-
jus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas
necessarias, l. un. §. 5. C. de rei ux. act. Qua-
lis hæc fuerit retentio & quæ sint istæ im-
pensæ cognosce ex lege §. de imp. in rem dot.
l. 56. §. ult. de jur. dot.

4. Extra causam dotis retentio reo tribui-
tur ex his & similibus causis; si rem quæ pe-
titur alii pignori obligatam pecuniâ sua libe-
raverit, l. 1. quib. mod. pign. solvo. 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. ten. Item si in rem alienam quæ petitur

sumtus fecerit, secundum distinctionem alibi
traditam. Vid. l. 38. & 48. de rei vind. l. 33.
de cond. ind. §. 30. cum aliquot seqq. Inst. sup.
de rer. div. Materiam retentionis distincte tra-
ctat Joann. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir.
pec. & Costal. in l. 18. §. 2. commod. Add.
Papon. lib. 6. art. 4. ar. 21. Rebuff. ad legem
117. de verb. sign.

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patro-
num, socium, & donatorem.

38. Sed & si quis cum parente suo patrono-
ve agat, item si socius cum socio judicio socie-
tatis agat: non plus actione consequitur quam
adversarius ejus facere potest. Idem est si quis
ex donatione sua conveniatur.

L. 15. tit. 10. l. 4. tit. 4. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Cum parente suo patrono) L. 16. & seq.
de re jud. Parenti hoc tributum cum pro-
pter conjunctionem, tum propter reverentiam
quam parenti liberi debent; ac proinde &
matri itidem concedendum. Gutier. 2. præf.
quest. 28. n. 2. Patrono datur ob solam re-
verentiam quam ei debet libertus, l. 9. de
obs. par. & patr. Addunt & hanc rationem
DD. quod filius & libertus parentem & pa-
tronum inopem alere teneantur. Unde ex con-
trario quoque statuunt, nec liberos à parente
ultra quam facere queunt conveniri posse. Sed
& liberis & parentibus patroni idem benefi-
cium datum est, l. 17. de re jud. VINN. Ra-
tionem cur patrono idem beneficium tribua-
tur quod parenti jam supra vidimus, quia
scilicet liberto loco parentis erat. Vid. sup. ra-
tit. Inst. de succes. libert. & add. Lactant. Inst.
div. IV. 3. HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & om-
nimodo hoc beneficium competit, uti parenti,
patrono, conjugi, d. l. 16. Non omnium
bonorum socio cum convenitur judicio socie-
tatis, l. 63. in pr. pro soc. Quo loco etiam
indicatur ratio ob quam placet socium hoc
privilegio frui, nimirum quia socii inter se
quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob
imaginem fraternitatis hoc privilegium indul-
tum, multo magis veris fratribus idem conce-
dendum; cum etiam frater fratri inopi alimenta
de-

debeat. Thesaur. decis. 119. Christin. vol. 3. decis. 143. n. 2. D. Tuld. comm. hoc tit. cap. 29. Plane non aliás socius hoc beneficio jுவatur, quam si confiteatur se socium esse; negantem se socium, placet in solidum condemnari, l. 67. in fin. pro soc. l. 22. §. 1. de re jud. Nostri & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio sed sola spectatur rerum communio, conventique in solidum condemnatur. Gothofr. in l. 18. de re jud. Groënew. de legg. abrog. l. 6.

Ex donatione] Is quoque qui ex liberalitate sua convenitur in id tantum quod facere potest condemnatur, l. 28. de reg. jur. & quidem is solus deducto ære alieno, l. 19. §. 1. de re jud. Pinguius enim donatori succurrere debemus quam qui verum debitum solvere compellitur; ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, l. 49. cum seq. eod.

TEXTUS.

De compensationibus.

39. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debeat. Nam ex bono & æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet poterit judex in reliquum eum cum quo actum est condemnare, sicut jam dictum est.

L. 20. tit. 14. Part. 5.

COMMENTARIUS.

ETiam per compensationem reus consequitur ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est, cum res quæ pondere numero mensurâ constant utrimque debentur, ut ostendimus ad §. 30. sup. hoc tit.

Compensationes oppositæ] Etsi compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut judex sciat esse quod vicissim debeat, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio proprie 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. §. 30.

Plerumque] Hæc particula forte adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, ll. 3. & ult. C. de compens. Fortassis

etiam quia liquidi tantum cum liquido compensatio admissa; quod autem ex causa non liquida compensandi gratiâ objicitur alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, d. §. 30. hoc tit. l. ult. C. de compens.

Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debetur compensari posse constat: passim tit. ff. & C. de compens. Paul. 2. sent. 5.

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40. Cum eo quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores experiuntur. Inhumanum enim erat spoliatum fortunæ suis in solidum damnari.

L. 3. tit. 15. Part. 5.

COMMENTARIUS.

- 1 Quid sit facere posse; & quid hoc reo retribuat.
- 2 Quibus rebus deductis id æstimetur.
- 3 Quale sit hoc beneficium; personæ an rei coherentis.

Hic iterum proponitur species ubi beneficium reo datum facit ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor qui non habet exceptionem competentis 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 poenam carceris evitare potest: utique si sua non malo more amisit prodegit aut fraudulentè alienavit, l. 51. de re jud. l. 63. §. 7. pro soc. add. Gomez 2^o resol. 11. n. 52. & ad leg. Taur. 79. 2. Ben. Stracch. de merc. tract. de deceptorib. part. 3. n. 9. Ceterum non uti carcere ira & obligatione debitor bonis cedens liberatur; ac proinde si postea facultates aliquas quæ modo alicujus momenti sint iterum adquisierit, denovo efficaciter conveniri potest; sed jam ita ut non in solidum quod amplius debet, sed solum in quantum facere potest damnetur, ll. 4. 6. & 7. de cess. bon. Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est hujus loci viden-

dendi DD. ad tit. ff. & C. eò pertinentes, Schneid. hic Damhoud. *prax. civ. cap. 70.* Petr. Greg. 22. *synt. 8.* & *aliquot seqq.* Afflict. *decis. 348.* & *seq.* Thesaur. *decis. 36.* & 182. Christin. *vol. 4. decis. 123.* ubi plurimos citat qui ex professo hanc materiam tractant.

1. Ceterum antequam hic abeamus quærendum est, quale sit hoc beneficium quod competentiae vocant & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet si cognoverimus 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 honeste deducto videlicet prius eo quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. 19. in fin. l. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* 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 lauciori cibo nobilem vesci quam rusticum oporteat, & alius illi quam huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitate cap. 20. n. 143.* & *seq.* Coler. *de process. part. 2. cap. 3. n. 115.* & *seq.* 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. cred.* 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. n. 15.* & ibi allegata.

2. Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in ceteris. In donatore deducto ære alieno, in ceteris etiam non deducto; pinguius enim

donatori succurri placuit quam veris debitoribus, *l. 16. l. 19. in pr. & §. 1. l. 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos quibus ex simili causa debetur occupantis conditio melior; nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *d. l. 19.* ubi vide 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 agere convenit. Zas. *ad l. 12. & seqq. solut. matrim. n. 20.* Coler. *part. 2. cap. 3. n. 121.* D. Tuld. *comm. in hunc tit. cap. 19.*

3. Beneficium hoc personale est, non causæ sed personæ coherens; & ideo nec in heredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris qui patri heredes extiterunt, *l. 12. & seq. l. 18. solut. matrim. l. 24. & seq. de re jud.* Add. Petr. Fabr. *ad l. 28. de reg. jur.* Gomez in *leg. Tauri §. 50.* & 3. *seqq. n. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat ut nec debitori hoc beneficium prosit; quippe cum fidejussor totum quod præstitit à reo principali reperere possit, *l. 24. de re judic.* 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 tacite exceptioni competentiae renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes ut in omnem eventum nobis cautum sit, *§. ult. Inst. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat quam ad fidejussores perveniatur; tamen quod creditor à reo consequi non potuit recte exiget à fidejussore; quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejussor.* Don. *ad d. l. 24. de re jud.* Bachov. hic, fuse Hering. *de fidejussor. cap. 27. part. 4. n. 80. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet quæ domini foret si cum ipso ageretur, *l. 14. solut. matr. l. 63. §. 1. pro soc. l. 51. §. 1. de proc.*

TITULUS VII.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST
NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. lib. 14. tit. 5. Cod. lib. 4. tit. 16.

Continuatio & summa tituli.

Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, §. 10. tit. præc. Nam etsi filius patri obligationem & actionem adquirant: non efficit tamen ex contrario ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos adquiratur. Ceterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur: quod jussu, exercitoria, institutoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorum servorumque agitur, opus est ut de hac actione & de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominorum dari solent diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit sive cum iis qui in potestate parentum sunt eadem fere jura servantur: ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellegendum de liberis quoque & parentibus quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

Superius mentionem habuimus] §. 10. præc. tit. ubi obiter egit de actione de peculio, quam nunc plenius, ut & ceteras quæ ex con-

ventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura servantur) Merito adjicit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. 6. *Inst. sup. de inut. stip. l. 14. de obl. & act. filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfam. potest, l. 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. *hoc tit.* Præterea si servus fidejusserit rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit: ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, l. 3. §. 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. §. 10. *supr. tit.* In ceteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur.

TEXTUS.

De servis, quod jussu.

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.

COMMENTARIUS.

Si jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio
quod

quod jussu datur, atque adeo in solidum; nam quodammodo cum eo ipso contrahitur qui jubet. Ulp. l. 1. in pr. quod juss. Ait Jurisconsultus quodammodo; vere 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 mutuum pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat, quo casu quod jussu non competere sed domino condici scriptum est in leg. ult. quod jussu: fac. l. 14. cum l. seq. de pec. contr. Sic ubi pater in contrahendo filii nudo ministerio utitur ipse solus non filius obligatur, l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod juss. At si filius jussu patris contraxerit uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, l. pen. eod. l. 3. §. 4. de minorib. Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit sive mandaverit sive ratum habuerit aut servi chirographo subscripserit, l. 1. §. 1. 3. 4. & 6. quod juss. VINN. Jussum autem proprie de patre & domino dicitur, ut mandatum de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum consistit, pater filio non mandat (utpote qui unam cum illo personam constituit) sed jubet: quemadmodum tutor auctoritatem curator consensum interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant Veteres. Quomodo jussum & auctoritas differant docet lex 25. §. 4. ff. de acquir. vel omitt. hered. in qua nihil esse mutandum, contra virium eximium Jac. Gothof. comm. ad l. 29. ff. de reg. jur. alibi ostendimus. Add. Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst. §. 250. * p. 137. HEIN.

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, & quid cum eo ejus rei gratiâ cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur ad quem quotidianus navis questus pertinet. Institoria tunc locum habet cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo ejus rei gratiâ cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur institores vocantur. Istas tamen duas actiones præter reddit; & si libe-

rum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.

L. 7. tit. 21. Part. 4.

NOTA.

2. Cum quis tabernæ] Tabernæ hic est ἐργαστήριον, statio, officina, Gloss. juris, tabernæ, ἐργαστήριον Hinc tabernarius, l. 5. §. 7. de inst. aff. id est, ἐργαστήριος. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

- 1 Cum magistro & institore ipso etiam directe agi posse.
- 2 Si plures exercent singulos in solidum teneri.
- 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 causâ cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, tit. ff. & C. de exercit. aff. Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit ejus rei gratiâ gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, tit. ff. C. de inst. aff. Illa à præponente qui exercitor dicitur nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utræque 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. hoc tit. l. 29. de reb. cred. unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis questus] Exercitor dicitur ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxerit, l. 1. §. 15. de exerc. aff. Magistrum autem navis accipere debemus cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui à magistro, d. l. 1. §. 1. junct. §. 5. ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur] Institor auctore Ulpiano,

no ex eo appellatus est quod negotio gerendo instet; nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus an cuilibet alii negotiationi, l. 3. de inst. act. puta rebus emendis, locandis, permutandis, ut declarant exempla legis 5 eod. Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est proprie institor non sit, placet tamen adversum eum qui præposuit utilem ad exemplum institorie actionem dari, l. pen. ff. eod. l. 5. C. eod.

Et si liberum quis hominem] L. 1. §. 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 foemina, paterfam. an filiusfam. 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. §. 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. §. 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. §. 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. ff. de inst. act. l. 4. C. eod. nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in Basilic. 53. ὅτι γὰρ ἀνίσταται ἵνα ταῦτα συναγάγῃ, ἀπ' αὐτῆς τῆς γυναικὸς (neque enim alieni sunt ii contractus sed ipsius mulieris) Enimvero pupillus ex præpositione ut obligetur necessaria est tutoris auctoritas, d. l. 1. §. 16. l. 9. de inst. act.

Eadem æquitatis ratio] Conditiō 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 comoda 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 hæc causæ ad actionem adversus alium quam cum quo revera contractum est acquirendam non sufficiunt.

1. Plane cum quæritur adversus quem a-

Tom. II.

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 jud. l. 14 ff. 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 exercitoriam aut institoriam experiri velit, l. 1. §. 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ult. naut. caup. stab. Nec obstat lex ult. de inst. 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, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. in d. l. ult. & ad l. 1. §. 17. de exerc. act. ubi tamen refert aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse institores non recte conveniri ex iis contractibus quos nomine institorio iniierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos qui pro se gesserunt pro institoribus non haberent. VINN. Quæ sententia probatur expresso textu legis 7. tit. 1. part. 5. & praxi recepta est, teste Joann. Hevia Bolaños in Cur. Philip. tom. 2. lib. 1. commerc. terrestr. cap. 4. n. 32. & seqq. ADDIT. Unde Angelus in lege 9. ait, quod factores licet mille litteris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius cons. 510.

2. Si plures navem aut tabernam exerceant, placet singulos in solidum conveniri posse, ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit, l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. 13. §. ult. & l. seq. de inst. act. VINN. Quod apud nos receptum est, si DD. credimus. Hevia Bolaños loc. cit. n. 37. D. Dominguez ad illius illustr. Hermosilla ad l. 7. tit. 1. part. 5. Consulendum tamen & ponderandum erit ubi factum evenierit; male enim, inquit Grotius de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 1. n. 13. Romanis legibus introductum est ex facto magistri navis singulos exercitores in solidum teneri; nam hoc nec naturali æquitati convenit, quæ satis habet si pro

Ddd

suis

suis singuli partibus convenientur; nec publice utile est; absterrentur enim homines ab exercendis navibus si metuant ne ex facto magistri quasi in infinitum teneantur. Atque adeo apud Hollandos, ubi mercatura jam pridem & vel maxime viget, lex illa Romana nec nunc servatur nec olim servata est. Porro cum nulla lege patriâ lex Romana confirmata sit, Doctorum auctoritatem publicâ cedere utilitati non alienum esse reputamus. Vid. Groëneweg. *de legg. abrog. hic*. ADDIT.

3. An 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. §. 18. *de exerc. act. l. 1. de inst. act.* Plane si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos qui cum magistro aut institore contraxerunt, d. l. 1. §. 18. *de exerc. act. l. 2. de inst. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habet actiones ex contractibus eorum sibi quasitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur qui eos præposuit, sed ex eo dumtaxat negotio quod gestum est ejus rei gratiâ ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur & exemplis declaratur ab Ulpiano in d. l. 1. §. 7. & seq. *de exerc. act. l. 5. §. 1. & seqq. de inst. act.*

4. Proinde in contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, d. l. 1. §. 12. *de exerc. act. l. 11. §. 5. de inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus cum quo contrahitur examinanda, l. 19. *de reg. jur. Costal. in l. 5. §. 11. de inst. act.* Quid dicemus si præpositi mutuas pecunias sumserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis res expedita est. Si non habent caute creditoribus agendum. Utrique 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 refectiorem erogatam esse, l. 1. §. 8. *l. ult. de exerc. act.* Ceterum non alias utiliter aget, quam si

concurrant illa omnia quæ exigit Africanus in d. l. ult. & Gloss. & DD. *ibid.* Summa est, si cum crederetur pecunia navis in ea causa fuerit ut refici deberet: si ea lege credita ut in refectiorem navis impenderetur: si creditor sciverit 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 creditur comparari potest. Eademque fere dicenda si quis institori pecuniam crediderit & de actione institoria adversus dominum danda quæatur, d. l. ult. §. ult. *de exercit. act. V. NN.* Eoque jure etiam hodie utimur. *Cur. Pbilip. tom. 2. lib. 1. cap. 4. n. 31.* ADDIT. Eleganter & præctice Joann. Fab. *hic n. 8. & seq. Foller. ad Marant. part. 4. dist. 22.* adde quæ nos ad Petr. Peck. in *titt. rei naut. ad d. l. ult. de exercit. act.*

TEXTUS.

De tributoria.

3. Introduxit & aliam actionem prætor quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur & quid cum eo ejus rei causâ contractum erit: ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodquod inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, & ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus quærat quæ minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

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 & ipse quoque si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa admittitur, l. 1. & 5. §. 5. & seqq. *de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit præstet. Itaque hæc actio tantum dolum ma-

lum

lum domini coercet, 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 jus contrahendi servo concedere intelligitur, l. 1. §. 5. de adq. poss. Ceterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus; quæ 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 & patiatu servum in merce peculiari negotiari, l. 1. §. 1. & 2. de trib. act. Et ideo in actione tributoria placet dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum ceteris creditoribus in tributum vocari, d. l. 1. in pr. add. l. 1. §. 20. l. 6. de exercit. act.

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

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 ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur quidquid necessario in rem ejus impenderit servus: veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familia 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 consumierit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro ceteris vero quinque eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet si toti decem aurei in rem tuam veri 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 judex apud quem de ea actione agitur ante dispicere solet an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit quam aut nihil in rem domini ver-

sum intelligatur, aut non totum. Cum autem quaeritur quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino eive qui in potestate ejus 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 eò pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat id ex peculio ejus non deducatur.

COMMENTARIUS.

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; quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt eundem effectum adversus dominum habent, l. 1. §. 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act. junct. l. 1. §. 5. de adq. poss.

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 jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per d. l. 1. §. 5. de adq. poss.) sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu exercitoria & institoria; vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria; cum de peculio dominus obligetur etiamsi nesciat servum de rebus pecularibus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat: de peculio tamen non teneatur nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum) Dominus de eo quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus 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 verso.

Quidquid necessario in rem ejus &c.] Ostendit exemplis quid quando in rem domini verum intelligatur. Et quidem quidquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius verum intelligitur, l. 3. §. 1. ll. 5. & 6. eod. Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve in eadem causa est, l. 5. §. 2. & passim tot. tit. eod. nisi quod in non necessariis non amplius in rem verum 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 verum; nam nec procurator hoc imputaret; & non debet dominus ex eo onerari quod ipse facturus non esset, d. l. 3. §. 4. Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, l. 7. §. 3. de in rem verso.

1. *Licet enim una sit actio*] Ita hoc loco disputat Justinianus, 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 dumtaxat actionis de peculio institutam & exemptitiam. Proinde creditorem qui de in rem verso agere instituit de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblemata de in rem verso adjici postulet. Hotom. Tuning, hic. Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem 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 verso. Neutri bene meo quidem iudicio. 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. ll. 14. & 19. in fin. de in rem verso. sed etiam tunc cum simul de peculio competit, §. seq. in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. d. l. 1. in pr. de in rem verso. 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, negatur clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini verum est, sed tamquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur: uti docet d. l. 1. §. ult. & d. l. 19. At in condemnatione seorsum ejus quod verum est ratio non habetur, sed universi peculii, sic ut de toto deducatur quod servus domino debet: quod secus est si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc textu. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum quod in rem verum est. Quid igitur est quod Justinianus hic ait, unam esse actionem qua de peculio deque eo quod in rem verum sit agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim unaque actione, ut caput simul utrumque ita ut proponit in iudicium deducatur; eamque agendi formam esse commodissimam, propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus quod in rem ipsius verum 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 alteram intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.

Ante deducitur quidquid servus domino &c. debet] Quemadmodum quod dominus servo debet peculium augeat, l. 17. in fin. de pecul. ita ex contrario quod servus domino debet peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus præveniret & 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 ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, d. l. 17. Ordinarius vicarii veluti dominus est, vicarius δ *δὲ τοῦ κυρίου* (servi servus) Gloss. Græc. Lat.

De concursu dictarum actionum.

5. Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu 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 facillime solidum ex contractu consequi possit se ad difficultatem perducatur probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, æque de peculio & de in rem verso agere potest. Sed sane huius 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 ejusdem juris est dominus cujus & ceteri 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 peculii ratio habetur; at in tributoria ejus tantum quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis aut fœnebris 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.

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 institorie & de peculio & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid insitor vendiderit pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex emto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex emto institoria, ex emto de peculio, ex emto de in rem verso. Concurrent vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul

vel successive uti liceat sed elective, ut liceat unam eligere experiundi gratiâ; unâ autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, l. 9. §. 1. de trib. act. l. 4. §. ult. hoc tit. Plane de peculio deque eo quod in rem versum est simul agi potest, sed una judicii formulâ caput utrunque complectente, ut superius dictum est.

Sed erit stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione ceteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores: monet creditorem ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens quanam illæ sint quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod lectione non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

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 propriè in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. seq. adducit; nos plura ejusmodi notavimus ad d. pr.

TEXTUS.

De Senatusc. Macedoniano.

7. Illud propriè servatur in eorum personis, 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 coeperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate: sive emancpaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumeabant vitæ parentum insidiabantur.

L. 4. tit. 1. Part. 5. L. 22. tit. 11. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

1 Scopus senatusconsulti. An hodieque ei sua vis constet. An ei filius renuntiare possit. An in foro animae se ejus auxilio tueri.

Filiusfam. ex contractu suo & ipse obligatur, l. 39. de obi. & act. & patrem obligat de peculio, §. 10. Inst. sup. de action. l. 3. §. 5. & 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 Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit] Hoc senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita cap. 11. *Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem lib. 11. annal. cap. 13. id Claudio tribuere videtur, dum ait eum coërcuisse sævitiā creditorum ne in mortem parentum pecunias filiofam. fœneri darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Pet. Fabr. *semestr. lib. 25. p. 142.* ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cos. fuisse duobus novissimis anni mensibus. Suet. *Vesp. cap. 4.* Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc senat. tribuendum esse & Vespasiano: illi tamquam Principi, huic tamquam consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuisse patet ex Gell. *Noct. Att. iv. 10.* Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat Vespasianum de SCto. sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad senatum retulisse, HEIN.

Mutuas pecunias dari] Duo hic notanda. Primum, eum solum contra Senatusconsultum facere qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, l. 3. §. 3. de senat. Mac. Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam; ceteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quaeratur, l. 7. §. 3. d. tit. Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit an sine usuris, d. l. 7. §. 9. quamvis Senatus præcipue prohibeat filiofam. fœnerari, l. 1. d. tit. l. 3. C. eod. Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatuscon-

sulti auctoritas quæ filiofam. studiorum vel legationis causâ alibi degenti ad necessarios sumtus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem quam pietas paternā non denegaret, d. l. 7. §. 13. l. 5. C. eod. Et in universum cessat Senatusconsultum si pecuniā in rem patris versa, d. l. 7. §. 12. aut voluntate patris credita sit, d. l. 7. §. 11. l. 12. ff. eod. ll. 2. & ult. C. eod.

Qui in potestate parentis] Sine discrimine sexus aut gradus, l. 9. §. 2. l. 14. eod. Nec refert, frugi sit filiofam. an non, magistratus an privatus; nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum, quia in eo vice patrisfam. fungitur, l. 1. §. ult. l. 2. eod. In filiofam. 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 ambigatur exceptio adversus actionem dabitur, l. 1. de senat. Mac. junct. l. 7. de jurej. quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse coeperint] Cum scilicet pecunias mutuati essent quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofam. ceterisque liberis qui in potestate sunt, hoc text. d. l. 1. l. 14. eod. non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, l. 3. §. ult. eod.

1. Quæ ideo senatus prospexit] Non sine gravi causa senatus cavet ne cui qui filiofam. mutuum pecuniam dedisset actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur præciditur filiisfam. materia luxuriæ & occasio contrahendi aes alienum, quo cum opprimi coeperunt verendum amplissimus Odo existimavit ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, d. l. 1. & hoc text. Simile est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscii. VINN. Senat. Macedonianum lege 22. tit. 11. lib. 5. Recop. nedum confirmatum, sed etiam ampliatum est, ut non solum comprehendat contractus filiorumfam. sed etiam minorum, & eorum omnium qui in id tempus obligantur quo eis hereditas aut majoratus aliquis obtingat; præterea gravibus coërcentur poenis tam contrahentes quam tabelliones qui ad firmanda hujusmodi pacta ea juramento vallaverint. ADDIT. Illud etiam tractatum est, an filiofam. se hujus senatusconsulti auxilio tueri possit in foro consen-

scientiæ. Wamesius *cent. civ. 2. cons. 99.* Tuldenu ad *tit. C. ad senat. Maced. n. 4.* respondent, in iudicio animæ filiumfam. utentem exceptione senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covar. ad *cap. quavis de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. n. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni senatusconsulti renunciare valeat; & 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. Unus Zasius *lib. 2. sing. resp. cap. 28.* etiam injuram renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicet, sed sibi. VINN. Apud nos renunciari nequit; sed an renuntiatio juramento firmata valida sit questionis est multum inter Interpp. nostros agitata. Validam esse affirmant Covarr. loco ab auct. laud. & Matienz. ad *d. l. 22. tit. 11. lib. 5. Recop.* Oppositum tenuere Gom. 2. *var. cap. 6. n. 2.* & Azeved. ad *d. legem*: quorum sententia nisi obtineat ansa præbetur improbis hominibus ad illudendum legibus. ADDIT.

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel dominum.

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, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

LL. 4. 5. & 6. tit. 11. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Cui quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. 29. de reb. cred. l. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admisissent, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc text. & dd. loc.*

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. lib. 9. tit. 4. Cod. lib. 3. tit. 41.

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 & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur; nisi forte jubente domino deliquit, quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio ut quilibet alius cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum *supr. ad*

§. 7. Inst. de mand. Civiliter vero seu pecuniarie cum solo domino agi potest; & si quidem 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. seq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fe-

cerint, 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.

L. 5. in fin. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

EX maleficiis] Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipimus, 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 dominos instituuntur, l. 1. *hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint aut qua alia ratione deliquerint; nam exempli tantum causâ quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta seu noxas accipere debemus privatas; nam ad eas noxas quæ publicam exercitationem habent hæc actio non pertinet, l. 17. §. 18. *de edil. edit.* l. 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 dedendi potestatem dominus à lege accipit, l. 6. §. 1. *de re jud.* unde intelligimus non esse necessarium ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat aut judex disjunctive sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum, §. 1. *Inst. inf. de off. jud.* & peti consultum; ne dum simpliciter litis æstimationem petimus videamur arguere scientiam domini & male agere.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia.

1. Noxa autem est ipsum corpus quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.

COMMENTARIUS.

Non omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo noxæ significari auctorem maleficii ser-

vum. Nam etsi passim non minus noxa quam noxia pro ipso maleficio usurpatur, l. 1. §. 2. §. 1. l. 14. *de nox. act.* l. 17. §. 18. *de edil. edit.* cum simil. negari tamen non potest quin aliquando Veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum qui deliquit intelligant: veluti cum dicunt dominum habere noxæ dedendæ facultatem, l. 20. §. 5. *de ber. per.* l. 6. §. 1. *de re jud.* item noxam dedere, l. 1. *in fin. pr. de his qui defec.* §. 1. *Inst. inf. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. vers. 45. Unius ob noxam* &c. *Quidam, noxa quæ nocuit; noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat; est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, nomine, ut noxæ sit genitivi casus. Eâdem 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 pœna noxæ; nam & in noxam & ad noxam dedere legimus, l. 1. §. 11. *si quadr. paup. fec.* l. 19. §. ult. *hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἐκδοτὶ τοῦ κλάσιν*, teste Salmas. lib. 2. *de mod. usur. p.* 888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. Summa autem ratione permixtum est noxæ deditioe fungi. Namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

COMMENTARIUS.

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. hoc tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditiois.

3. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum alicui noxæ dedendo liberatur; nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transferitur. Sin autem damnum ei cui deditus est servus resarcierit quæsita pecuniâ, auxilio prætoris invito domino manumittitur.

COM.

COMMENTARIUS.

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. 26. §. ult. hoc tit. l. 2. in fin. si ex nox. caus. ag. Sed hac distinctione non amplius utimur, l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.

Sin autem damnum] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest quantumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit eum posse, servumque noxæ deditum si quæsitā aliunde pecuniā 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 cesserit oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege XII. tabb. damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

Hic locus confirmat quod supra diximus actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjecticia: 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. tit. Inst. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accursius, Contius, Cujacius.

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quantum in tua potestate sit tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo*
Tom. II.

incipit actio esse. At si manumissus fuerit, deditio ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directæ 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 directæ fuisset.

COMMENTARIUS.

1. *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat eum manumissum ex delicto directæ actione teneri.*

Noxalis actio caput sequitur] Iisdem verbis hæc regula effertur in lege 20. hoc tit. Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur*, l. ult. eod. l. 11. C. eod. l. 21. in fin. commod. l. 1. §. 18. depos. l. 2. in fin. de priv. del. l. 18. ff. 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 adjici solita erat, *eos noxis solutos esse*; l. 1. §. 1. & passim de edil. edit. 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. §. 18. ff. depos. l. 4. C. an serv. pro suo fact. Ceterum quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directò agitur perinde ac si quo tempore deliquit liber fuisset, l. 15. de cond. furt. d. l. 4. C. an serv. pro suo fact.

1. *At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, II. 1. 2. & 5. C. d. tit. excepto casu speciali legis 5. C. eod. cur placet ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directe conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto quæ ante naturalis erat post manumissionem incipit esse civilis, ut putant D. Hotomann. & 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 æque ac liberum poenæ subiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur cum de coërcitione corporali quaeritur. Tantum obstat*
Ece con-

conditio servi quominus pecuniario & civili iudicio cum eo agi possit, quod obstaculum manumissione remouetur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite 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.

Si servus domino noxiam commiserit vel contra.

6. Si servus domino noxiam commiserit actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum qui in potestate ejus est 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 ceperit, interdicatur actio; quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate agere non potest: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

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. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact. ubi facete Diocletianus & Maximianus jubent dominum servum domi convenire, id est verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem] Consecrarium ex precedenti. Nam ex eo quod obnoxiam a servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque

enim potest actio quæ nata non est servum auctorum noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. 18. de furt.

Unde si alienus servus] L. 37. ff. 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 §. 14. Inst. sup. de legat.

Interdicatur actio] Legendum haud dubie *interdicitur*, cum Russardo, Cujacio & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποβιναται, id est *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Tryphonin. d. l. 37. hoc tit.

Licet exierit de potestate] Quoniam actio semel extincta non restauratur, d. l. ult. & d. 11. 37. & 98. §. 8. de solut.

Si dominus in servum suum] Hoc eandem rationem habet; quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

7. Sed Veteres quidem hoc in filiis familiarum masculis & fœminis admittunt; nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum & maxime filiam in noxam alii dari, ut pæne per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? cum in filiabus etiam pudicitie favor hoc bene excludat. Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum ipsos filiosfam. pro suis delictis posse conveniri.

L. 5. tit. 15. Part. 7.

NOTA.

7. In noxam alii dare ut pæne per filii corpus] Cujac. ex lib. vet. Dare, ut pæne per corpus pater magis &c. quomodo & Theoph. legisse videtur.

COMMENTARIUS.

Aud Veteres non minus filiorum filiarumque familie noxæ deditio quam servorum permittebatur; nam patri non minor in liberos quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen antequam-

tempora Justiniani, ut alibi probavimus, l. 33. & seqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effad. l. 5. §. pen. de obl. & act. Paul. 2. sent. 31. Papin. apud legg. Mos. & Rom. paristorem tit. 2. Rationes displicentiæ varix hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum qui ita in servitutem alii tradebantur; cui adjungitur alia à favore pudicitix, tangens præcipue sexum foemineum. Tertia ducitur à miseratione patris; quo facit lex 8. in fin. quod met. caus.

Chrysost. homil. 29. in Genes. cap. 9. ἵνα πᾶς πολέμιος ἐν ἑαυτῷ πατέρες ὄντες παιδῶν τιμωρίαν ὑποσχήσιν &c. Scitis sane patres optare pœnam pro liberis sustinere. Postrema ex eo quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possunt; qui si condemnati fuerint judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, l. 3. §. 1. de pecul. l. 35. de nox. act.

TITULUS IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Dig. lib. 9. tit. 1. Et l. 22. & seqq. tit. 15. Part. 7.

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.

De actione Si quadrupes: ex legg. XII. tabb.

Animalium nomine quæ ratione carent si qua lasciviâ aut pavore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII. tabb. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur proficiunt reo ad liberationem; quia ita lex XII. tabb. scripta est: ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petiit: solitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet; ceterum 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 injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinet actionem.

L. 22. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

ANimalium nomine] In rubr. hic & in π. quadrupedum tantum mentio fit. Nimi-

rum lex XII. tabb. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere solæ nocere solent. Placuit tamen utilem actionem dari etsi non quadrupes sed aliud animal pauperiem fecerit, l. 4. hoc tit. Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, §. 1. & 13. Inst. sup. de leg. Aquil. Rursus non pecudum quædam sunt cicures mansuetæ domesticæ, ut canes feles, l. 2. §. 2. de leg. Aquil. quædam feræ bestix, in quibus genitalis est feritas, ut ursi apri leones, l. 1. §. 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad leg. Aquil. Ad solas autem pecudes aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, §. 1. inf. hoc tit.

Aut pavore] Alias fervore. Theophil. κατά τὴν ἐκείνην (αἰτίαν).

Aut feritate] Non naturali, sed quâ 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 si quidem is cum quo agitur damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si vero noxæ dedere malit liberetur, l. 1. eod.

Qui ita lex XII. tabb. scripta] Et ideo ita scripta quoniam iniquum erat ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, arg. §. 2. tit. præc. Sane ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur] Id est contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi & bovis cornu petere soliti ostendunt; alioqui culpâ aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, l. 1. §. 4. cum 3. seqq. hoc tit.

Si genitalis sit feritas] Id est nativa. Gell. lib. 4. cap. 1. ajunt, Trebatium ex edito apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset. Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, l. 1. §. 10. hoc tit.

Denique si ursus fugerit] Si fera 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. §. 10. hoc tit. Ceterum postremo hoc casu etsi non directa, utilis tamen de pauperie competit, §. 1. inf. hoc tit.

Quod sensu caret] Id est non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu quo & jure uti dicuntur, sup. tit. Inst. de jur. nat. gent. & civ. Unde si arietes commiserunt & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem & provocatum ceu injuriam illatam repellentem distinguitur, l. 1. §. 11. hoc tit. Vid. Grot. 1. de jur. bell. cap. 2. n. 3.

TEXTUS.

De actione ædilitia concurrente cum actione de pauperie.

1. Ceterum sciendum est, ædilitio edito prohiberi 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 condemnnetur. Ceterarum vero rerum quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones & de pauperie locum habebit. Numquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes alia aliam consumet.

L. 23. tit. 15. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat.

EDicto ædilitio veterum est ibi canem verrem aprum lupum aliudve id genus animal quod nocere solet habere qua vulgo iter fit, l. 40. §. 1. cum 2. ll. seqq. de edil. edict. ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum actio ex edito in bonum & æquum conceditur, l. 41. d. tit. scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat; sed impensarum in curationem factarum & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus, l. 3. hoc tit. Quod si liber homo ex ea re perit, ducentorum solidorum judicium datur, d. l. 41. de edil. edict.

Ceterum 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. l. 41.

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 fera quæ nocuit adhuc in potestate sit.

1. 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 leg. Verisimile autem est decemviros à legibus Atheniensium suam sumsisse. Quod ego in medio relinquo; quoniam effectû juris nihil interest utilem an directam competere dicamus, ut in specie legis 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 XII. tabb. Paul. 1. sent. 15. l. 14. §. ult. de præscr. verb. VINN. Quum summa æquitate constitutum sit ut res nostræ non amplius nos onerent quam valent, l. 7. §. 1. de damn. infect. hanc noxæ dationem etiam hodie usu retinendam esse defendo cum Groëneweg. de legg. abrog. hic. Pecora autem in alieno agro deprehensa detinere aut includere usque quo pas-

pascuorum domino de damno satisfiat leges nostræ vetant, nimirum *l. 24. tit. 15. Part. 7.* quod etiam alibi moris est. **ADDIT.**

Numquam actiones, præsertim penales] Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu

plurium actionum longa & perplexa neque hujus loci disputatio est: adeantur *Pet. Fab. ad l. 43. §. 1. & d. l. 130. de reg. jur. Don. lib. 21. comm. 3. Horom. illustr. quest. 29. Tim. Fab. disp. anniv. 28. Bachov. hic*, qui istam materiam ex professo & plene tractaverunt.

TITULUS X.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Dig. lib. 3. tit. 3. Cod. lib. 2. tit. 13. Et Part. 3. tit. 5. Recop. lib. 2. tit. 24.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis per quas agere cuique licetque intendere aut excipere liceat.

T E X T U S.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem aut suo nomine aut alieno. Alieno, veluti procuratorio tutori curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine 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 causâ abessent, quive in eorum cujuscvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque exigere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & moribus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ saepe hominibus impedimento sunt quominus rem suam ipsi exequi possint.

Tot. tit. 5. Part. 3.

C O M M E N T A R I U S.

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. §. 6. de orig. jur.* quas proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei argumentum est caput illud in XII. tabulis, cujus meminit *Gell. lib. 20. cap. 1. Si*

moribus evitasve vitium escit, qui in jus vocavit jumentum 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 jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio emancipatio manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant; eoque refero *legem 123. de reg. jur. Add. quæ scripsimus ad §. 8. Inst. sup. quib. mod. jus patr. pot. solv.*

Nisi pro populo pro libertate pro tutela) Hæ causæ necessario exceptæ; quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus 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 contententibus 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 480. quo auctore nescio.

Non minimam incommoditatem) Usus procuratorum perquam necessarius est, ut qui rebus suis superesse vel nolunt vel non possunt, vel non satis commode possunt aut honeste, per alios possint vel agere vel actionem excipere; *l. 1. §. 2. de procur.*

Nam & moribus & ætas & c.) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l. 1. §. 2. de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut

aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. VINN. Enimvero quia non ferebant leges ut actiones legis admitterent procuratorem, JCI excogitarunt modum quo possent procuratores salvo illo vetere principio legis 123. de reg. jur. admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere vel litem excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione diximus in *Elem. jur. civ. sec. ord. Inst.* §. 1246. seqq. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituitur.

1. Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, immo & plerumque eo ignorante constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere iis tuis procurator intelligitur.

L. 13. tit. 5. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. Quale sit officium & quæ potestas procuratoris.

Procurator in usu juris dicitur qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra iudicium, l. 1. in pr. & §. 1. de procur. Vid. sup. tit. Inst. de mandat. sed de hoc genere nunc non quaeritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent qui, quod alienam litem procurant, procuratoris ad lites appellantur.

Neque verbis certis neque præsente adversario] *Dist. 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. Specialissime autem defensor eum denotat qui sine mandato absentis defensionem suscipit, §. 5. tit. seq.

1. Jure Romano procuratoris officium privatum fuit, quod & nemo subibat invitus, l. 17. C. de proc. & quivis mandatu domini exercere poterat, l. 1. eod. utique si non ex-

presse procurator esse prohiberetur, §. ult. Inst. inf. de exc. VINN. At hodie in Regiis Conventibus procuratorum munus publicum est, quo nemo fungi potest nisi examinetur à Præsidente & Auditoribus & sit ex numero procuratorum illius Conventus, l. 1. tit. 24. lib. 2. Recop. quod etiam observatur in tribunalibus inferioribus, ubi certus procuratorum numerus definitus est. Cetera quæ apud nos procuratores tenetur observare vid. in tit. 24. lib. 2. Recop. ADDIT. 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 cum agat ad exhibendum, l. 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 jurisd. Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte à reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit hoc ipsum etiam cavere debet, l. 33. §. 3. de procur. Ludov. Rom. singul. 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse: cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio iurjurandi & similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, l. 39. §. ult. l. 60. de procur. cap. qui ad agendum 4. x. eod. in 6. & ibi Gloss. Wesemb. par. de procur. n. 7. & 11. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 3. & 4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4.

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. Tutoris & curatoris quemadmodum constituentur primo libro expositum est.

COMMENTARIUS.

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. Inst. tit. 13. & seqq.

TITULUS XI.
DE SATISDACTIONIBUS.

Dig. lib. 2. tit. 8. Cod. lib. 2. tit. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUONIAM alieno nomine sine satisfactione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi: non intempestive tractatio de satisfactionibus superiori subijcitur. Videamus igitur quid sit satisfactio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore; cui si iurandum accedat dicitur juratoria, §. 2. *inf. hoc tit.* alia idonea, quæ satisfactio vocatur & fit vel pignoribus datis vel fidejussoribus, l. 21. §. 2. *de const. pec.* frequentissime tamen ea quæ fit datis fidejussoribus in specie satisfactio appellatur, l. 1. ff. *qui satisf.* l. 3. C. *de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisfactionem desiderant regulariter fidejussoribus datis cavendum est, l. 7. *de stip. præ.* quamquam nonnumquam & pignora admittuntur, l. 7. §. 9. *de collat.* l. 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisfactionum & cautionum de quibus hoc tit. agitur hic est, ut iudicium eaque quæ in iudicio usque ad sententiam aguntur tanto magis rata sint effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De iudicio reali.

Satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur satisfacere possessor compellebatur, ut si victus esset nec rem ipsam restitueret nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisfactio appellatur iudicatum solvi. Unde autem sic appelletur facile est intelligere. Namque stipulabatur quis ut solveretur sibi quod fuisset iudicatum. Multo magis is qui in rem actione conveniebatur satisfacere cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat si suo nomine petebat satisfacere non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat satisfacere jubebatur rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero &

curatores eodem modo quo procuratores satisfacere debere verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisfactio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur.

COMMENTARIUS.

- 1 Procuratorem de cuius mandato constat non cavere de rato.
- 2 Sed neque tutorem quem talem esse constat.

ANTIQUITATI placuit] Antiqui huius juris vestigia non paucæ nobis in π . reliquerunt compositores, uti ex iis quæ sequuntur apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalem & pro his iudicio intervenientium.

Satisfacere possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisfacere iudicatum solvi cogebatur, l. 8. & alibi *jud. solv.* l. 33. *de fidejuss.* Patet etiam ex l. 1. C. *uti poss.* si possessor non cavisset possessionem in adversarium translatam fuisse: nimirum quia periculum erat ne rem faceret deteriore; quæ de causa res mobilis nonnumquam sequestrari & apud officium deponi solebat, l. 7. *in fin. qui satisf.* cog.

Nec rem ipsam nec litis æstimationem] Hic locus confirmat quod *sup. tit. Inst. de act.* §. 31. asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitriariam fuisse, id est in ea quoque hoc observari solitum ut primo possessor jubetur rem restituere, post deinde si non restitueret condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo aut cum fidejussoribus] Itaque, contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato nec solvente non tantum in fidejussores sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, iudicati videlicet, teneretur.

Iudicatum solvi] Hæc stipulatio, auctore Ulpiano, l. 6. *jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re iudicata, de re defenden-

denda de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, l. 3. §. 8. l. 5. §. 2. ll. 13. C. 17. eod. Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine] Olim qui in rem iudicium alieno nomine suscipiebat multo magis quam reus satisfacere cogeatur; quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisfactione, l. 46. §. 2. l. 53. de procur. Sed & præter solitam satisfactionem iudicatum solvi etiam de rato cavere debebat, l. 40. §. 2. d. tit.

Ipsæ autem qui in rem] Olim qui in rem suo nomine agebat satisfacere non cogeatur; quippe in cuius persona satisfactio iudicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur; neque verendum erat ne is qui ultro litem intendit moras neceret litemve non persequeretur.

1. *Procurator vero si in rem*] Ait, procuratorem actoris satisfacere solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore seu eo qui speciale mandatum domini profert accipitur, l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. fac. l. 65. ff. de procur. l. un. C. de satisf. 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 raro, d. l. 40. §. ult. de procur. 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. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de procur. 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 conjunctæ, d. l. 40. §. ult. de procur. item procurator universorum negotiorum, l. 5. §. 18. de nov. oper. nunc. VINN. Et hinc hodie de rato non cavent nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumto agunt, tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

2. *Tutores & curatores eodem modo*] Ait,

tutorum & curatorum eandem in satisfacendo conditionem fuisse quæ procuratorem fuit; sed aliquando his agentibus satisfactionem remisam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam non magis tutores quos tales esse constat de rato cavent, quam procurator quem talem esse certum est, l. 23. de adm. tut. ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus d. loc. affert, quia non minus tutor quam procurator rem in iudicium deducit, ut metiendum non sit ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda cum dubitatur an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, d. l. 23. quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano in d. l. 23. dicamusque tutores & curatores de rato non cavere, adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut si dubitetur an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. lege 33. §. 3. de procur. ubi qui alieno nomine actionem postulat jubetur cavere se eum cuius nomine agere instituit defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simile 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 jus habet; ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo cuius nomine agitur etiam à procuratore speciali mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisfactione onerari placuit, l. ult. §. 3. de adm. tut. Sed de eo hic non queritur.

TEXTUS.

De iudicio personali.

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, si quidem alieno nomine aliquis intervenire, omnimodo satisfaceret; quia nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis iudicium accipiebat in personam, iudicatum solvi satisfacere non cogeatur.*

COMMENTARIUS.

A actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in personam agebat, si quidem suo

nomine, non satisfacbat; sin alieno, satisfacbat rem ratam haberi, l. 33. in fin. de procur. nisi de mandato constaret; nam ubi mandatum apparet non est necessaria satisfactio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat satisfacere cogebatur judicatum solvi, l. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. & uti est in textu, omnimodo, id est sive mandatum non haberet sive haberet: quod etiam expressum in l. 1. in fin. C. de satisf. l. 21. ff. rat. rem hab. & satis intelligitur ex generali regula passim tradita quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisfactio. 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 rejud.

Quod si proprio nomine) Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat judicatum solvi satisfacere non tenebatur. In actione in rem contra erant. 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 & culpâ careat, l. 27. §. 1. de rei vind. de quo plura scripsi ad §. 14. in fin. Inst. sup. de aff.

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2. Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis; vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisfactionem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

Tom. II.

L. 41. tit. 2. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Hodie qui suo nomine quacunque actione convenitur satisfacere 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 satisfacere vel jurare vel repromittere tenetur. Juratoriam cautionem committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos quod alias fidejussoribus datis promittere debuissent, simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, auth. generaliter C. de Episc. & Cler. Personæ quoque illustres non satisfaciunt sed jurant, l. 17. C. de dign. A reliquis exigitur satisfactio, exceptis iis qui immobilia possident, l. 16. qui satisf. cog. quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. qui satisfacere opponitur cautioni juratoriam? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in l. 1. §. d. l. 15. d. tit. fere censent possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare: quod mihi à mente Jurisconsulti in d. l. 15. valde alienum esse videtur; quin cautio pignoratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est quam fidejussoria.

Usque ad terminum litis) Hæc igitur cautio plus continet quam vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfacti si reus judicio exhibea ur, neque necesse est litis exitum expectare; huic vero non satisfacti 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.

De procuratore actoris.

3. Sin autem per procuratorem lis vel inferatur vel suscipitur: in actoris quidem persona, si non mandatum actoris insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit ratam rem dominum habiturum, satisfactionem procurator dare compellitur; eodem observando & si tutor vel curator vel aliæ tales personæ quæ alienarum re-

FFF

RUIN

rum gubernationem receperunt litem quibusdam ne continentur, nisi fuerit provocatum.
per alium inferunt.

Vid. l. 3. tit. 16. lib. 5. Recop.

Vid. l. 5. tit. 10. lib. 1. for. legg.

NOTA.

3. *Vel alia tales personæ*] Intellige syndicos vel actores municipiorum aut corporum.

COMMENTARIUS.

IN actoris persona) Qui ad agendum alieno nomine admittere postulat, si quidem mandatum probet vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisfacere non cogitur rem ratam dominum habiturum, l. 1. C. de satisd. l. 65. ff. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. 21. rat. rem hab. sin minus, sine satisfactione non admittitur. Sed nec omnes qui mandatum ad agendum non habent oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, ll. 35. & 40. §. ult. de proc. item procurator omnium bonorum, l. 7. §. 18. de nov. op. nunt. eademque conditione admittitur cui an mandatum sit vel non sit dubitatur d. l. 3. §. 2. ff. ut in poss. legat. d. l. 1. C. de proc. & secundum hæc temperandi textus generales in l. 33. §. 3. l. 39. §. 1. de proc.

Eodem observando & si tutor vel curator &c. litem per alium inferunt] 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. dand. §. ult. Inst. sup. de curat.

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4. Si vero aliquis convenitur, si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per judicatum solvi satisfactionem solemnī stipulatione firmare; vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisfactionis clausulis: ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur. Alia insuper, cautela vel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ in condemnatio-

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 eum qui alienæ litis defensionem suscipit teneri omnino satisfacere 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. sol.

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur] Legendum omnino, ubi & hypothecā rerum suarum cavere compellitur. Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam aliās tenetur: præter satisfactionem 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, scilicet Accurs. & Curt. Theoph. interpretes; sed ab ipso reo, à quo manifeste tam hanc quam superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus aperte Theophilus paraphrastes Græcus. Nam verba illa, à procuratore, non sunt Theophili, sed enblema Curtii interpretis Latini: quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor] A reo in causam propositam datus. Theophilus, πάντα παγίξει αὐτός, ἢτοι ὁ τὴν ἑγγυρτίαν (omnia præstabit) vel ipse vel fidejussor: & ita Cujac. in not. poster.

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

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 satisfactionem judicatum solvi pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictam est) alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.

Vid. leg. 5. tit. 10. lib. 1. for. legg.

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisfactionem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, l. un. C. de satisd. Cur tam varie? Nimirum humanum est atque adeo publice expedit absentes à quibuscumque posse defendi, l. 33. §. 2. de proc. nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet ut cuivis permittendum sit alieno nomine agere. Sed & multum interest rei ne conveniatur à falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris à quo reus defendatur, modo idonea satisfactio, ea quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, l. 76. de procur. & in ipsum actio judicati datur, l. 61. d. tit. l. 4. de re jud.

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solum in hac regia

urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus; cum necesse sit omnes provincias caput omniumstrarum civitatum, id est hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.

NOTA.

7. Non solum in hac regia urbe] Constanti-nopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Γραικοί πόλιν κατέβησαν, πόλιν βασιλεύουσας (urbem Regiam) appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

x Hodiernus satisfactorum modus & usus.

HÆc non indigent interpretatione. Cicero lib. 1. de offic. cap. 28. Nec medici nec imperatores nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quidquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.

1. Usus satisfactorum hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quos detinuimus; qui aliàs etiam coguntur domicilium in territorio ubi agitur eligere. Actor non de alia re cavet quam de æstimatione sum-tuum 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 sit: quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisfacere non tenetur: vid. Gloss. Jo. Fab. hic. Tuld. cap. 2. & 3. Merul. lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps, & seq. 3. tit. 5. cap. 1. Wesemb. qui satisd. cog. n. 6. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. & 5. Christin. vol. 2. decis. 145. & ibi citat. & (præ aliis) Groënew. de legg. abrog. hic per tot. VINN. Hujus temporis praxim paucis & perspicue auctor complexus est; singula seqq. legibus Regiis invenies constituta, l. 3. tit. 16. lib. 5. Recop. l. 3. tit. 2. lib. 4. Recop. l. 55. tit. 1. lib. 3. Recop. l. 5. tit. 10. lib. 1. for. legg. ADDIT.

TITULUS XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ

AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

Cod. lib. 4. tit. II.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes quæ in defunctum competeabant æque in heredes dantur; & aliquando nec heredi datur quæ competeabat defuncto: non abs re est quod hic titulus superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiuntur perpetuò solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt; eas vero quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent plerumque intra annum vivere; nam & ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt eæ quas bonorum possessori ceterisque qui heredis loco sunt accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

COMMENTARIUS.

1 Reffens inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hereditatis petitio.

EX lege &c.] Actiones quæ ex lege senatusve consulto aut ex Principum constitutionibus proficiscebantur olim perpetuò solebant competere: nimirum cum legis & similitum juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur actiones ex his juris partibus perfectas nullo tempore finire.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt] Quod publicæ utilitatis causâ constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, arg. l. 1. de usuc.

Certos fines dederunt] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, ll. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucae sunt quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno dumtaxat casu, videlicet cum ipse debitor heresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc. Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum; mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, ll. 1. & 2. C. si adv. cred. præscr. d. l. 7. in pr. C. de præscr. 30. ann. Tuld. ad d. tit. Christin. vol. 4. decis. 81. n. 9. VINN. Quo tempore actiones personales reales & mixtæ, tum etiam jus exequendi jure nostro finiantur diximus sup. tit. Inst. de usuc. Divisio actionis in prætoriam & civilem exolevit, Paz in sua prax. init. tom. 3. n. 15. Covar. in cap. possessor 3. part. n. 4. Itaque apud nos omnes actiones sunt perpetuæ, nisi quæ actio ex speciali constitutione minori temporis spatio finiatur, ut actio adversus inciviler venantes, quæ tribus mensibus finitur, l. 13. tit. 8. lib. 7. Recop. ADDIT. Adhæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, d. l. 1. §. 1. in fin. de ann. exc.

Tam in rem] Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt, utraq; autem nunc eodem temporis spatio, id est triginta annis terminantur. Neque enim illæ quæ in rem sunt simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentis, viginti inter absentes excluduntur; sed propter possessionem alterius conjunctam cum

titulo & bona fide, & tanto tempore continua-
tam, prioris domini jus exinguitur, & alteri
dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendunt] Ait
actiones quæ ex jurisdictione prætoris veniunt
plerumque unum dumtaxat annum durare, &
subjicit pro ratione, quod prætoris edictum
unde proficiscuntur diuturniorem vim non ha-
bet. 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 perpetuo com-
petere, postquam non tam prætorem quam
præturam spectari placuit, atque ex edictis,
maxime quæ evidens commendabat aequitas,
perpetuo jus dici: de quo vid. Ascon. in orat.
Cic. pro Corn. Balbo & Augustin. de legib. pop.
Rom.

Aliquando in perpetuum extenduntur] Immo
sæpe. Nam honorariæ actiones omnes quæ rei
persecutionem continent, veluti Publiciana,
de constituta pecunia, ex jurejurando, exer-
citoria, institoria, de peculio &c. perpetuæ
sunt, id est 30. annos durant, nisi sit quæ
rescindat quod jure civili ratum est, l. 35. de
obl. & act. Sed & ex pœnalibus quædam per-
petuo competunt, ut mox audiemus.

*Bonorum possessori ceterisque qui heredis lo-
eo*] Significat duas hasce in rem actiones de
universitate, possessoriam hereditatis petiti-
onem, & fideicommissariam hereditatis peti-
tionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet
jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse
constat, priorem quoque prætoriam, utpote
proditam bonorum possessoribus, quos prætor
velut heredes facit, l. 1. de poss. her. pet.

1. Sed altera illa quæ proponitur iis qui-
bus ex fideicommisso restituta est hereditas
non videtur esse juris prætorii, sed actio ci-
vilis, quippe iis competens qui pro heredibus
sunt ex senatusconsulto. Nisi distinguendum
putamus inter petitionem hereditatis & actio-
nes hereditarias, arg. l. 2. de fid. her. pet. Sed
dixerim potius eo loco jus civile in specie
per excellentiam accipi pro jure antiquo legis
XII. tabb. & opponi petitionem hereditatis ci-
vilem petitioni fideicommissariæ, non ut ac-
tioni prætoriæ, sed ut novo jure civili in-
troducæ, nimirum senatusconsulto Trebel-
liano. Nam minime novum est ut hoc sensu
jus civile opponatur iis juris partibus quæ
postea accesserunt, puta senatusconsultis aut
Principum constitutionibus §. 4. & 6. Inst. sup.

de fideic. her. §. 3. Inst. de testam. ord. VINN.
Sed proculdubio Ictus, quem hic Tribonia-
nus exscripsit, non ignoravit fideicommissa-
riam hereditatis petitionem esse actionem præ-
toriam. Quamvis enim fideicommissa ex mori-
bus sint, vel ex Scto. non tamen sequitur
ut vel mores vel Sctum. etiam actionem de-
derint fideicommissario ad petendam à tertio
hereditatem. Immo legibus consentaneum non
erat hereditatem ab eo peti qui stricto jure
non sit heres. Prætor itaque hic adjuvit jus
civile & dedit fideicommissariam hereditatis
petitionem. Quin non dubito prætores fidei-
commissariam hanc actionem in albo suo pro-
posuisse. Nec obscure hanc actionem præto-
riam esse docet Ictus. dum eam hereditatis
petitioni civili opponit in l. 2. ff. de fideic.
her. pet. HEIN.

Furti quoque manifesti actio] Actiones præ-
toriæ pœnales regulariter tantum intra annum
dantur, l. 35. de obl. & act. Excipitur actio
furti manifesti, quæ quamvis & ipsa prætoria
sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc
forte rationem habet, quia non primus præ-
tor pœnam furibus manifestis constituit, sed
eam quæ ex lege XII. tabb. constituta erat mi-
tigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam.
Vid. sup. §. 5. Inst. de obl. quæ ex del. Actio
quoque de fuito aut damno in ravi cauponæ
aut stabulo facto, item actio adversus publi-
canos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœna-
les, perpetuo tamen competunt, l. ult. §. ult.
natur. caup. stab. l. 13. §. ult. de publican. Ju-
dicia criminalia regulariter viginti annis fi-
niuntur, l. 12. C. ad leg. Corn. de fals. Sed
ea hæc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus quæ in heredes trans-
eunt vel non.

1. Non autem omnes actiones quæ in aliquem
aut ipso jure competunt aut à prætore dantur,
& in heredem æque competunt aut dari solent.
Est enim certissima juris regula, ex maleficiis
pœnales actiones in heredem rei non competere:
veluti furti, vi bonorum raptorum, injuria-
rum, damni injuriæ; sed heredibus hujusmodi
actiones competunt nec denegantur, excepta
injuriarum actione & si qua alia similis in-
veniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu
actio contra heredem non competit: veluti cum
testator dolose versatus sit & ad heredem ejus
nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actio-
nes

nes quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, & heredibus dantur & contra heredes transeunt.

L. ult. tit. 9. & l. 20. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

- 1 *Actiones omnes quæ rei persecutionem continent & heredibus & in heredes dari, etiam si quæ ex delicto.*
- 2 *Ostenditur perspicue conditionem furtivam & actionem rerum amotarum contra heredes etiam dari in solidum.*
- 3 *In heredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
- 4 *Actiones quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur quam quod abest.*
- 5 *Cur actiones pœnales in heredes non dantur, cum dantur heredibus.*
- 6 *Cur actio injuriarum ne heredibus quidem detur.*
- 7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in heredem ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*
- 8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari; & quid hic juris hodie.*

1. **A**ctionum quædam & heredibus & contra heredes dantur: quædam heredibus quidem sed non contra heredes; quædam denique neque heredibus neque contra heredes. Et heredibus & contra heredes dantur quæcumque rei tantum persequendæ causâ comparatæ sunt; nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in heredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, l. 42. de rei vind. l. 25. de obl. & aff. 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 heredes quam heredibus actionem dari contendimus; & quidem in heredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est cum simpliciter dicitur actio in heredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt res est expedita, l. 1. & tot. tit. C. de her. aff. adeoque passim Veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in heredes in solidum dari, l. 7. §. 1. de pos. l. 12. & 49. de obl. & aff. l. 157. §. ult. de reg. jur.

2. De iis vero quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam & actionem rerum amotarum, l. 7.

§. 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de aff. rer. amot. ambigitur, non utique an heredibus aut contra heredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra heredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. 7. obs. 37. & 13. obs. 39. Lyclam. 1. membr. 18. & lib. benedict. passim. Ego vero existimo etiam his actionibus heredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæc duæ actiones absolute dicuntur dari in heredem, l. 2. & 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. Inst. sup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4. de aff. rer. amot. Ex eo enim colligo dari eas adversus heredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in heredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum; cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad heredem pervenit: aut hoc adjicitur aut dari simpliciter negatur: ut patet ex lege 16. de judic. l. 23. §. 8. ad leg. Aquil. l. 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. 35. de obl. & aff. l. 111. §. 1. de reg. jur. §. 9. Inst. sup. de leg. Aquil. §. ult. de obl. quæ quasi ex del. item hoc text. & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum quæ in heredes non dantur de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, l. 1. de priv. del. l. 38. & 111. §. 1. de reg. jur. l. 23. §. 8. ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunt. Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ sed rei persecutoriæ, eas in heredem dari; quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At conditio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. 9. Inst. sup. de leg. Aquil. negat actionem legis Aquiliæ in heredem transire, non quia ex delicto est sed quia pœnalis: addens, transituram eam fuisse si ultra damnum datum numquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnumquam actiones ex delicto venientes adversus heredes 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 fit conceptas sic accipere, si agatur de eo quod defunctus deliquit, id est ad pœnam? At in conditione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo quod ex patrimonio nobis abest, nec quidquam amplius persequuntur, l. 7. §. 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de aff. rer. am. Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod consti-

tuta est adversus eum ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat & in dolum concepta sit, l. 9. §. 1. *quod fals. tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in lege 9. de cond. furt. ubi diserte Jurisc. ait, in conditione ex causa furtiva heredem non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri; si vero plures sint heredes, singulos pro partibus hereditariis. Quod si hoc obtinet in conditione furtiva, proculdubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus in l. 6. §. 4. de act. rer. am. ex causa rerum amotarum teneri heredem mulieris perinde ac teneretur heres conditionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Imp. in lege ult. C. rer. amot. actionem rerum amotarum adversus heredes dari non in solidum sed in quantum ad eos pervenit: necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hereditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint heredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi; singuli autem pro ea parte pro qua heredes extiterunt: secundum d. l. 9. de cond. furt. aut si cum Ant. Fabro 4. conj. 1. de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit totum ad heredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones heredibus competant, in heredes autem non dentur; tum quæ neque heredibus neque adversus heredes 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 heredes dicuntur ipso jure heredes existere; aliquando, idem quod jure civili, non jure pratorio, ut in §. 10. Inst. sup. de act. l. 9. §. 1. *usufr. qui cav.* & hoc loc. Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

3. *Ex maleficiis pœnales*) Actiones ex maleficiis pœnales heredibus dantur, at in heredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, l. 1. de priv. del. ll. 38. & 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 incendii ruinæ naufragii causâ depositum inficiatur in duplum constituta est, in heredem vero ex dolo defuncti in simplum, l. 1. §. 1. l. 18. *depos.* Plane huc non pertinet actio qua petitur pœna conventionis promissa; nam pœnam stipulamur loco ejus quod interest, §. ult. Inst.

sup. de verb. obl. vid. §. 16. sup. de act. Excludit autem regula eas quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus heredes dari paulo ante probavimus.

4. Illud ignorandum 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 ei 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 heredem non datur, l. 9. §. 1. *quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, l. 26. de dol. mal. item ea quæ adversus falsum tutorem datur, d. l. 9. §. 1. *quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem qui falsum modum dixit, l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. item quæ proponuntur in lege 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit quominus quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. in fin. ll. 6. & 7. de alien. jud. 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 & in dolum concepta est.

5. At cum heres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda quam in comoda: quæ ratio est quod in proposito tantum commodum actionum pœnaliū ad heredes 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. nunt. l. 38. de reg. jur. l. 22. C. de pœn. Illud aequissima ratione placuit, turpia lucra etiam heredibus esse extorquenda; ideoque actiones quamvis pœnales eatenus saltem in heredes dandas esse quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. cau. l. 26. de dol. l. un. C. ex del. def. cum similibus.

6. *Excepta injuriarum actione*] Actio injuriarum neque heredibus neque in heredes datur, l. 13. in pr. de injur. Quod non datur in heredes hoc commune habet cum ceteris pœnalibus: quod heredibus non datur ejus proprium est, & hanc rationem habet quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed

sed de contumelia vindicanda agitur, l. 7. §. 1. eod. quam vindictam si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. ult. *Insr. sup. de injur.* & hinc est quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur antequam litem contestemur, l. 28. eod.

Si qua alia similis) Similes habes in *leg. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. ff. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti; nam & hæc injuriam exheredato aut præterito illatam quasi ulciscitur, *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi preparata ad heredes transit, l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.

7. *Aliquando etiam ex contractu actio in heredem non competit*) Puto intelligi actiones ex contractu quæ ob delictum concurrens ex parte rei poenales habentur, eo quod factum puniunt & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coërcet maleficiose in distribuendo versati; nam hæc actiones licet ex contractu sint, tamen in heredem rei (quia hac parte poenales) non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, l. 2. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de trib. act. Aliàs ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt non tantum in id quod pervenit, sed in solidum tenentur, l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depos. ubi Jurisconsultus cum dixisset actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in heredem dari, hanc rationem subiicit: *Quamquam enim, inquit, aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit; tamen hic dolo ex contractu rei que persecutione descendit; ideoque in solidum heres tenetur; plures vero, pro ea parte quæ quisque heres est: qui locus sententiam nostram mire confirmat.* Ex his autem apparet insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in heredem 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 heredem datur, etsi nihil ad eum pervenit; & quamvis non in duplum, in solidum tamen; quoniam utque simplum solidum est, & poena alterum tantum, l. 1. §. 1. l. 18. depos.

Velut) Hanc particulam Cujac. & Pac. au-

thoritate quorundam codicum defendendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta eâ constet & recta sit loci sententia.

8. *Fuerint contestatæ*) Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerint, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, l. 139. de reg. jur. Morte dicuntur perire poenales, proptereaque in heredes rei non dantur, licet active transeant; at lite contestata & active transeunt & passive, ll. 26. & 58. de obl. & act. l. 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def. quod ex eo est, quia judicio accipiendi nova contrahitur obligatio judicari, l. 3. §. 11. de pecul. Postea Constitutionibus placuit poenæ persecutionem transmitti si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, l. 33. de obl. & act. Apud nos poenales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias; quoniam, ut sæpe alibi diximus, poenæ legitimæ quæ privatis litigatoribus applicabantur exolverunt. Ceterum heres ex delicto defuncti, etiamsi lis à defuncto contestata non sit, tenetur non in 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, cap. 5. de rapt. cap. ult. de sepult. propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Jo. Fab. hic. Covar. lib. 3. res. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult. De quo plura Christin. vol. 3. decis. 22. n. 2. & seqq. Add. Groënew. de legg. abrog. ad tit. C. ex delict. defuncti. in quant. hered. VINN. Hæc etiam apud Hispanos obtinent per ea quæ diximus sup. tit. 1. buj. lib. Adeundus omnino Covar. loc. ab auct. laud. qui rem confecit omnem. ADDIT.

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

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 judicii accipiendi tempore ut damnari deberet; & hoc est quod antea vulgo dicebatur omnia judicia absolutoria esse.*

COMMENTARIUS.

Quemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem &

paratum solvere dimitti placet, eique diem dari cum competenti cautione ad solvendam pecuniam, l. 21. de judic. l. 17. jud. solv. ita etiam æquum est audiri eum qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio: fac. l. 73. de proc. l. 5. de publ. & vet. l. ult. que in fraud. cred.

Eum absolvere] Hæc verba duplicem admit-

tunt 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 juris magis convenire videtur; cum judici incumbat aut damnare reum aut absolvere, l. 1. de re jud. & reo longe utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. lib. 44. tit. 1. Cod. lib. 8. tit. 36. Et Recop. lib. 4. tit. 5. lib. 2. tit. 10. for. legg.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti vel depulsione, & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum, & alia observatu digna.

Quidquid in judicium deducitur aut actio est aut exceptio: actio à parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hætenus 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 in ficiatione 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 conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat id factum quo nomine agitur, puta mutuam pecuniamquæ ab actore petitur sibi datum esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: ex. gr. si actorem dicat ideo agere non posse quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte 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 alicujus exceptionis vi à reo oppositæ disputatur; ac pro-

Tom. II.

bante actore reus condemnatur, non probante simpliciter absolvitur. Covar. in cap. posses. mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5. Wesemb. par. hoc tit. n. 2. In conjuncta autem, affirmatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, l. 1. C. de probat. sed deducitur per consequentiam dumtaxat; principaliter enim eo spectat ut ostendatur vere negare reum actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure quam in facto ea defensione utitur quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est, defensio rei quæ actioni alioqui jure constitutæ opposita hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. hoc tit. Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causâ, pr. huj. tit. At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse: veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnancia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, l. 34. §. 1. de obl. & act. quamquam usu Interpretum jam obtinuit ut omnis generis defensio quæ modo agentis

Ggg

in-

intentionem repellit sive juris sive facti negatione exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Myns. ad rubr. hic n. 12. Gregor. Tholos. 21. synt. n. 5. vid. Covar. d. loc. n. 4. & 5. Sed quomodo reus exceptione utitur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus exceptionem opponi obijci ob stare, 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 iudicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim prator subjiciebat, *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. 22. hoc tit. ubi quæ ex at definitio exceptionis à conceptione sumta est, sicut Ulpiani in l. 2. eod. ab effectu & utendi modo. Vid. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Cujac. 5. obs. 34. Petr. Fab. ad l. 154. de reg. jur. Sed & exceptio omnis præscriptio dicta; & inde Græcis *παράγραφη* l. pen. hoc tit. ll. 8. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. 29. de exc. rei jud. l. 91. de solut. cum similibus: de cujus verbi ratione consule Aleiat. de quinq. ped. præscr. Don. in rubr. C. hoc tit. n. 15. Røvard. 1. de præjud. 8. Petr. Fab. 1. semestr. 21.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut licet ipsa persecutio qua exactor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum tam quo agitur.

L. 8. tit. 3. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratiâ) Unde vulgo notant exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, Wesemb. par. hoc tit. n. 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 male fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit) Non continuo si

actio justa sit, id est ipso jure comparata seu summo jure constituta, justa est in eum quo cum agitur: ex. gr. si quis dolo inductus stipulanti promississet, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur; sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est eum condemnari; ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, l. 1. §. 1. de dol. mal. exc. Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit nullam umquam actori competiisse, vel eam quæ fuit ipso jure sublatam: hæc allegatio exceptio proprie non est sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causâ, de dolo, & in factum.

1. Verbi gratia, si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promississet quod non debueras promittere, palam 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 causâ, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.

COMMENTARIUS.

- 1 Cur qui metu coactus promissit ipso jure obligetur.
- 2 Queritur idem de eo qui dolo inductus.
- 3 De quo genere erroris hic locus accipiendus.
- 4 Exceptio in factum qualis, & unde.

Illustrat exemplis quod dixit, sæpe accidere ut actio qua quis experitur summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum cum quo agitur. In universum aut id accidit dupliciter, vel quia jam à principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis: quod quidem ita nos astringit ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem si exceptio opponatur.

1. Metu coactus] Qui metu coactus aliquid promittit ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas licet coacta voluntas tamen est, l. 21. §. pen. quod met. caus. nimirum utrum quid voluntarium sit an involuntarium ex eo tempore æstimatur quo geritur. Jam vero illud quod eligitur, quo tempore me-

metus infertur, respectu majoris mali quod vitatur boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo consule Arist. 3. *eth.* 1. Ceterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis; quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promississet aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci in quibus traditur vim atque metum consensui esse contrarium, l. 116. *de reg. jur.* cum similibus. VINN. At non esse genuinam hanc rationem vel inde patet, quod promissa vi justa à magistratu ex gr. extorta obligant, l. 3. §. 1. & l. 21. ff. *quod met. caus.* l. 29. §. *pen. ff. ad leg. Aquil.* cum tamen & hic voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio accessenda est ab eo quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptationem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet quod ei promissum est. Ita recte Puffendorffius *de jur. nat. gent. & civ. lib.* 3. *cap.* 6. §. 10. & *lib.* 4. *cap.* 14. §. 8. cum contra Grotius *de jur. bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 11. §. 17. hujusmodi promissum validum existimet. HEIN.

2. *Dolo inductus*] Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit quod aliàs non promississet subtilitate juris obligatur; quia utique verum est eum promississe; sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur, propter dolum & machinationem stipulatoris aliud agentis aliud simulantis, l. 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 aliis contractus non fuisset; recepta fuit 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. 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. 36. ff. *de verb. obl.* l. 5. C. *de inut. stipul.* de quo prolixè Bachov. *disp.* 6. *de aff. tber.* 17.

3. *Errore lapsus*] Quod hic dicitur, etiam eum qui errore inductus stipulanti promisit jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo quod passim traditur, eos qui errant non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, l. 15. *de jurisd.* l. 2. *de judic.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, l. 1. §. 3. *de pact.* Resp. error non est unius generis. Si in per-

sona 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. 36. *de verb. obl.* l. 7. *de dol. mal. exc.* Vid. notata ad §. 22. *Inst. sup. de inut. stip.*

Jure civili te obligatum esse] Id est subtilitate juris, ut ait Jurisconsultus in d. l. 36. *de verb. obl.* & dolum metumve non impedire quominus actio nascatur, rescriptum est in l. 5. C. *de inut. stip.* verum enim utique est alterum stipulatum esse te promississe, atque ita contractam verborum obligationem.

Efficax est] Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset neque exceptione corrigeretur. Jem autem exceptio efficit ut ad condemnationem sit inefficax, l. 112. *de reg. jur.*

Exceptio quod metus causâ) Exceptio quod metus causâ in rem scripta est, si in ea re nihil metus causâ factum est: ut non inspiciamus an is qui agit metus causâ fecerit, sed an omnino metus causâ factum sit in ea re à quocumque, non tantum ab eo qui agit, l. 4. §. *pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali) Exceptio doli mali personam complectitur ejus qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur, 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. 2. §. 1. d. l. 4. §. *pen. de exc. dol. mal.*

4. *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, ut illæ quæ dantur ex contractibus innominatis; item utiles, & præcipue subsidiariæ, de quibus explicatum §. *ult. Inst. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ quæ convenitur in factum agendum (quo casu adversus alios est actio de dolo, l. 11. §. 1. *de dol.*) ita agente hujusmodi persona (quo casu adversus alios exciperetur de dolo) in factum excipiendum est, l. 4. §. 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 concurrat; quoniam datur ex omni causa ob quam id quod petitur exceptione elidit 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. §. 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. 36. ff. de verb. obl. l. 5. C. de pact. cum similibus.

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

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 cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

NOTA.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*] Igitur quod Paulus respondet l. 30. de reb. cred. te nondum obligatum esse, de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem peremptoriam.

COMMENTARIUS.

Qui quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est; sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, l. 2. §. 3. in fin. de dol. exc. ubi Ulp. ait, ei qui crediturus 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 sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causâ adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, l. 6. §. 1. & l. 7. de nov.

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantum facta est, sup. tit. Inst. de lit. obl. ubi fuse de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum cre-*

ditore ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur; quæ de causa efficax est adversus eum actor, quam actor intendit, si paret eum dare oportere; sed quia iniquum est contra passionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

L. 8. tit. 3. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Species exceptionum quæ præcesserunt jam 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 jure obligatus manet; nam ut pacti nudi ea vis non est ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam quæ constituta est sive re sive verbis ipso jure tollere potest, l. 7. §. 4. l. 27. §. 2. ff. de pact. l. 5. 10. & 13. C. eod. Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso jure, §. ult. Inst. sup. quib. mod. toll. obl. ubi ejus rei ratio à me exposita est.

Sic quia iniquum est] Quamvis debitor qui pactus est ne à se pecunia peteretur non liberatur jure civili, liberatur tamen intervenitu 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 judicem datum probato debitor absolvitur, effectuque idem consequitur quod liberati ipso jure; eoque pertinet lex 112. de reg. jur.

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æque si debitor creditore deferente juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet; sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In his quoque actionibus quibus in rem agitur æque necessariae sunt exceptiones: veluti si petitor deferente possessor juraverit eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.*

Vid. leg. 9. tit. 14. Part. 5.

COM-

COMMENTARIUS.

quod inter alios actum est, l. 9. in fin. ll. 10.
 & x1. in pr. & §. 1. d. tit.

EXceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi; nam & jusjurandum de quo hic quaritur in se conventionem habet propter quam non minus servatur quam propter religionem, ll. 25. & 26. in fin. de jurejur.

Creditore deferente juraverit] Verba edicti quo prætor jusjurandum rei tuetur hæc sunt: *Si is cum quo agetur condicione delata juraverit, ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo*, l. 3. in pr. junct. l. 7. de jurejur. Ait, *condicione delata*; unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætoris id jusjurandum 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 condicione delata jurasse, 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 jurisjurandi, ut nonnulli putant, sed locum habet etiam in causis aliis unde exceptiones nascuntur. Per ridicule enim juberet prætor de eo apud judicem quæri quod sibi exploratum & inter litigatores confesum est.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis quam pactum modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ; sed tantum naturalem obligationem tollit, l. 95. §. 4. de sol.

Quia iniquum est de perjurio queri] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventionem proficiscitur & speciem transactionis continet, ll. 2. 25. & 26. §. ult. de jurejur. Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit] Etiam is qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si petitor eandem rem iterum vindicet, adjuvatur, l. 3. §. 1. d. tit. sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse; quamquam 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. Ceterum adversus alium possessorem prærogativâ jurisjurandi non utitur; quoniam non debet alii nocere

TEXTUS.

De re judicata.

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.*

COMMENTARIUS.

Non ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statum sententiæ à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari publica suasit utilitas; alioqui nodus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, l. 6. de exc. rei jud. Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causâ qui sententiâ judicis absolutus est; sive debitor sit sive possessor; ei vero contra quem judicatum est hæc exceptio numquam datur, l. 16. eod. Cui non obstat lex 4. C. depos. nam qui in sortem tantum reum condemnat vi ipsa de usuris absolvit.

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 vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse, *actio durat*; sic enim hunc locum convertit: *αἱ μὲν ἀγωγὰι μένουσι* (actiones manent) eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vindic. jur. præmess. cap. 19. nullam equidem 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 jud. Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas; idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qualia sint late explicatur in l. 12. cum seqq. eod.

TEXTUS.

De ceteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli causâ retulisse sufficiat; alioqui*

qui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariae sint ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

tuae & peremptoriae, aliae temporales & dilatoriae.

LL. 9. & 11. tit. 13. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Justinianus 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 π. lib. 44. tit. 1. cum seqq.

TEXTUS.

Divisio prima.

7. Quarum quædam ex legibus vel iis quæ legis vicem obtineat, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

NOTA.

7. Ex prætoris jurisdictione] Veluti quod metus causâ, de dolo, pacti, jurisjurandi &c.

COMMENTARIUS.

Hæc exceptionum divisio sumta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. Inst. sup. de oblig. & actionum §. 3. Inst. sup. de aff.

Ex legibus] Exceptionum ex legibus proprie dictis descendendum nulla mihi occurrit. Arbitror tamen exceptionem rei judicatæ esse ex lege XII. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent] Intelligit Principum constitutiones & senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii re alienâ 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 adquiri non possunt, ll. 3. 4. C. de præscr. trig. ann. decem dierum in causa appellationis &c. auth. bodie C. appell. Ex senatusconsultis sunt duæ, exceptio senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofam. credita, & exceptio Vellejani de intercessionem mulieris.

TEXTUS.

Divisio secunda.

8. Appellantur autem exceptiones aliae perpe-

COMMENTARIUS.

Quarundam exceptionum hæc vis est, ut rem de qua agitur perimant, atque objectæ efficiant ne amplius de ea re agi possit; aliae vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliae dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliae temporales & dilatoriæ, l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit. Est igitur hæc divisio sumta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. Perpetuæ & peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, & semper rem de qua agitur perimunt, qualis est exceptio doli mali, & quod metus causâ factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIUS.

1. Perpetuæ exceptiones unde distæ.

2. Exceptio doli cur 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 obstant, & rem de qua agitur perimant; unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaustire, l. 2. 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 abs re 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, l. 112. de reg. jur. l. 3. §. 1. de const. pec. l. 40. de cond. ind.

1. Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Myns. hic n. 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 evitari possunt, l. 3. hoc tit. scilicet semel oppositæ.*

2. *Exceptio doli mali*] Obiter hîc 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 jussuum, intra certum tempus lege definitum per modum actionis in judicio proponere potest; quia tunc illa ratio est. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez 1. var. res. 11. n. 20. Costal. l. 8. §. 13. de inoff. testam.

Quod metus causâ &c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causâ, & pacti conventi perpetui, exempli tantum causâ proferantur. 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 vindicanti objicitur, tit. de exc. rei vend. item senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, l. un. C. ne lic. in un. ead. ca. VINN. Apud nos post tres sententias conformes solum patet ad Regium Consilium aditus ex remedio quod injustitiæ notoriæ appellatur. Vid. aff. 6. & 7. tit. 20. lib. 4. Recop. ADDIT. Denique præscriptiones omnes quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ quæ rem de qua agitur perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

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 ii 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. Alicui si intra tempus egerint objectaque sit exceptio, neque eo judicio quidquam consequantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterat, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant, qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus, sed eum qui ante tempus passionis vel obligationis litem inferre ausus sit Zenonianæ 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 contemserit, in duplum habeant ii 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.

L. 9. tit. 3. & l. 45. tit. 2. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1. *Præscriptio moratoria & aliæ dilatoriarum numero.*
2. *Exceptio excussionis an 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, ll. 2. & 4. C. de prec. Imp. off. l. 45. §. 10. de jur. fisc. Solent enim Principes humanitatis causâ dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus qui fortunæ injuriâ facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tuantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant literas salvi conductus, gratiæ, securitatis: qua de re consulendi Afflict. decis. 377. & seqq. Surd. decis. 301. 307. 322. Boër. decis. 96. Rebuff. de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. n. 9. Christin. vol. 2. decis. 70. & seq. Kinschor. tract. de solut. induc. VINN. Nostrates

tes *moratorias* appellant quæ à Regio Consilio datis fidejussoribus concedi debent. *Aff. 79. tit. 4. lib. 2. Recop. ADDIT.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones quæ dicuntur procuratoriæ, l. 2. §. ult. l. 3. in fin. *hoc tit. §. ult. inf. eod.* Item præscriptiones fori, l. ult. *C. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt quæ vulgo appellantur iudicii declinatoriæ. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, l. 16. & seqq. *de re jud. §. 37. & seq. & §. ult. Inst. sup. de aff. ubi vide.* Item quæ ideo obijciuntur, quod actione qua agitur præjudicium fit rei majori, *tit. C. de ord. jud.* 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. n. 5.* Denique exceptionis loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriarum, & similium, de quibus late Zanger, *de except. part. 2.*

2. Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt; sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. *Richard. ad l. 10. C. de fidejuss. Bronch. 2. misc. 51. Zanger. de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam, ajunt, licet tantum differt non perimit; siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis, *Autb. præsent. C. de fidei. Fach. lib. 8. cap. 52. Ant. Fab. Cod. 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 reperitur. Hoc vero sufficit ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, l. 56. *de cond. ind. D. Tuld. comm. hic cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

3. *Aut pacti conventi aut alia similis* Puta quod pecuniæ petitiæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. *Inst. sup. de verb. obl.* sed præmature seu ante diem agens exceptione cujus pecuniæ dies non venit repellatur; & quia perperam agebat tempore plus debito petens, l. 2. §. 6. *de eo quod cert. loc. l. unic. §. ult. quand. dies usufr. leg. ced. l. 118. §. 1. de verb. obl. causæ amissione mulctabatur; quæ poena erat cujuslibet plus petitionis §. 33. Inst. sup. de aff.* Ceterum ex constitutione Ze-

nonis confirmata à Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc poenam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiat quam sumtus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce. VINN.* Quid hodie juris sit diximus sup. ad §. 33. *Inst. de aff. ADDIT.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam mililibus nec pro patre vel matre vel uxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri conceditur; suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur ipsius negotii disceptatio proteletur.*

Vid. ll. 5. & 6. tit. 5. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione obiecti.*
- 2 *Exceptio procuratoriæ quatuorplex.*
- 3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti.*
- 4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
- 5 *In strictio judiciis initio litis contestandas.*
- 6 *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi & transactionis.*
- 7 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
- 8 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ.*
- 9 *Usus dilatoriarum: has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari &c. oportere; & quæ hinc excipiendæ.*
- 10 *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam post sententiam recte opponuntur.*

1. **E**Xceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria &c. Quæ

Quædam constitutionem judicii; atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis, de qua in l. 7. de judic. item ea quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur cujus de ea re de qua agitur aut in personam cum qua agitur jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, 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, l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit. Sed nec incommode quis dixerit dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis aut adversarii 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 præjudicium fiat; & generaliter quæcumque judicium transferunt vel commutat in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone lib. 1. & 2. de invent. appellantur translationes & judicii commutationes.

2. *Quales sunt procuratoriæ*] 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. 39. §. pen. ff. de damn. inf. l. 24. C. de proc. aut à pupillo sine auctoritate tutoris constitutus, l. 19. §. 2. de prob. aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis quæ sup. ad §. 1. Inst. de iis per quos ag. VINN. Quibus jus Regium congruit, ut ibidem monuimus. ADDIT.

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul. quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, l. 54. ff. de proc. l. 18. C. eod. ubi Imp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexus muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, l. 4. C. eod.

Militibus nec pro patre] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore quamvis re-

scriptum impetraverint procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. ff. 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, quamquam per se agere poterant. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet: utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id disceptatio negotii protelanda.

3. *Operæ pretium facturus videor* si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere questio est: una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc questum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Mover exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat unâ 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. & 8. hoc tit. l. 43. de reg. jur. cap. 20. eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8. Zas. ibid. n. 5. Covar. 1. var. resol. 2. n. 2. Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacescendi libertatem uno genere armorum circumscribere; reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est.

4. 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 judicii dati exceptionem tacitam includunt, cum in his jubeatur iudex judicare ex æquo & bono; idque Veteres significant, cum ajunt exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri: etsi non excipiat, satis tamen per officium judicis consuli, l. 3. de resc. vend. l. 84. §. 5. de legat. 1. l. 38. l. ult. de ber. pet.

5. In strictis vero judiciis exceptionem in-

principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probasset antequam sententia ferretur ad disceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præscr. long. temp. ll. 8. & 9. C. hoc tit.* ceterum 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 mutatam 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 sæpissime rescriptum est postquam jam à Diocl. *l. 2. C. de ped. jud. sublata esset judicis dandi licentia, ll. 8. & 9. C. hoc tit. l. 9. C. de præscr. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sent. reic. non posse.* Nam omissas ibidem ex *dd. ll. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus non quarum nulla mentio initio facta, sed quæ contestatæ postea omissæ, id est dilatae sunt ad probationem & disceptationem. Don. ad *d. l. 8. n. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 8. VINN.* Rectissime se habet hæc Vinnii observatio. Nam in judiciis stricti juris exceptio erat inserenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat judex, ex. gr. *Si paret Gajum Titio centum debere, tu eum in centum condemna ut pactum sit.* Et inde est quod tribunorum plebis implorari posset auxilium, si in formula omitteret exceptionem, *Cic. quest. acad. 4. 30.* Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones inesse credebantur. Et hinc judex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facile patet in judiciis stricti juris exceptiones opponendas fuisse in jure, adeoque ante litis contestationem; in judiciis bonæ fidei etiam in judicio post litem contestatam. *Conf. Ger. Noodt de jurid. 1. 3. de fœn. & usur. 121. 15. de form. emend. dol. mal. cap. 5. HEIN.*

6. Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi & transactionis hoc speciale habent quod im-

pediant litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. *Christin. d. decis. n. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 7. sect. 1.* quamquam si initio oppositæ non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt ad justitiam causæ. *Christin. d. decis. n. 18. & seq.* Sciamus autem ea quæ de contestatione harum exceptionum diximus dicta esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. 19. de prob.* quæ enim quæstionem facti habent non possunt intelligi in judicium deduci nisi facti contestatione.

7. Diversa autem causa est exceptionum juris, id est earum quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistolâ D. Hadriani fidejussoribus tributa; nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit quandoque ante sententiam allegari, *l. 10. C. de fidejuss. & ibi D. Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 1. n. 3.* Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deduci intelligitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso quod fidejussor est.

8. Duæ omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non solum necesse non est initio litis contestari, sed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de senat. Mac.* Id quod mirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus quæ publicæ utilitatis causâ maxime introductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. C. de jur. & fact. ign. Gail. 1. obs. 113. n. 9. & seqq. Zas. in l. 2. hoc tit. n. 16. Marant. part. 2. memb. 9. n. 18. Merul. lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 14.* Exceptiones dilatoriaræ cujuscumque ex generis sint, si paucas demseris, inter exordia litis, hoc est ante litem contestatam opponi debent; quin & disceptari probari & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.*

9. Excipitur dilatoria solutionis, non defugiendi judicii, sed solutionis differendæ gratiâ 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: quod refero *l. 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 post-

ea emergerint ob quas iudicem tamquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum quin huiusmodi exceptio post coeptum iudicium obijci possit, *cap. 15. de off. deleg.* Sichard. ad l. 13. *C. de proc. n. 5.* quamquam in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, l. 7. *de judic.* Idem juris esse Interpp. nostri volunt si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi est exceptio loci non tuti vel suspecti. *Myns. 2. obs. 74. Gail. 1. obs. 52. n. 3. Sichard. d. loc. n. 6.* Item si reus exceptionem sibi competere in facto errans ignoraverit, *cap. 4. n. hoc tit. Covar. pract. quest. 26. n. 2.*

10. Illud certum est, exceptiones dilatorias quæ adversus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt non solum post litem contestatam ante sententiam obijci posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executione, *ll. 15. & 17. §. ult. sol. matr. ll. 18. & 41. §. ult. de re jud.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnatur sententiam

sed moderatur vires iudicati. Idem obtinet & in exceptione restitutionis, l. 33. *de re jud.* & in exceptione cedendarum actionum, l. 41. §. 1. *de fidejuss.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non soluti: de qua DD. in l. 1. *C. de jur. & fact. ign.* Gail. 2. obs. 17. Zang. *de exc. part. 4. cap. 28. n. 88.* Tantundem dixerò, si exceptio iudicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, l. 24. *C. de proc.* si modo hæc vera exceptio. VINN. Hodie exceptiones dilatoriæ intra novem dies à citatione proponendæ sunt; exceptiones vero peremptoriæ intra viginti dies à lite contestata: quo tempore transacto juramento reus confirmare debet sibi de novo innotuisse, l. 1. *tit. 5. lib. 4. Recop.* Cetera quæ tum de exceptionibus dilatoriis & peremptoriis, tum de exceptionibus rei judicatæ, jurisjurandi & transactionis, quas mixtas vocant, hic tradit auctor: ea si vacat leges repetita in *prax. Paz tom. 1. part. 1. temp. 5. & 7. & in Cur. Phil. part. 1. §. 13. & 15. ADDIT.*

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit.

UT exceptio actorem excludit ita replicatio reum, l. 2. §. 2. *de exc.* estque nihil aliud replicatio quam secunda actoris allegatio ad firmandam 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. 22. §. 1. *eod.* quamquam proprie exceptio appellatur ea defensio quæ reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit ut exceptio quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat, quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratiâ, 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 pe-

tere liceat: si creditor agat & excipiat debitor, ut ita demum condemnatur si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

Vid. l. 2. tit. 5. lib. 4. Recop.

COMMENTARIUS.

1. Explicatur lex 27. §. 2. *de pact. & conciliatur cum lege 95. §. 4. de solut.*

CUM exceptio in speciem justa revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratiâ. Ut ecce, creditor qui decem mutuo dederat pactus est cum debitore ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit ut nova conventio interpone-
 retur, quia placeret rursus ei petere licere. Hic si creditor agat & excipiat debitor, obstat
 Hhh 2 agen-

agenti exceptio; nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, l. 27. §. 2. de pact. Ceterum quia iniquum est creditorem excludi, alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod. Theophilus reddidit, ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχὺς vis exceptionis resolvitur. Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone in partit. cap. 29. Firmamentum est quod ad labefactandum rationem (ea nostris est exceptio) refertur. At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, l. 95. §. 4. de solut. cui consequens videtur, quod pacti etiam hac vis sit ut ipso jure 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 quæsitæ posteriore pacto ita tollatur ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit.

1. Atque hoc significat Jurisconsultus in d. l. 27. §. 2. de pact. cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, 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 ejusque 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, jus continetur, id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem hoc assequimur ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet quod idem Jurisconsultus in l. 34. §. 1. de obl. & act. scribit, eum qui rem sibi commodatam surripuerit tenei quidem & commodati actione & condictioe, sed alteram actionem per alteram perimere aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est posse eum tunc negare se debere; & quamvis exceptionem in judicio non proponat absolvi debere si ex pristina actione solvisse se quan-

doque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere eum negare se teneri; sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit exceptionem opponere posse per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius quia scilicet dubitari possit an eo modo prior actio sublata sit jure. Add. Cujac. & Anton. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Don. ad d. l. 5. C. eod. Bachov. de pact. cap. de effect. pact. lib.

TEXTUS. De duplicatione.

1. Rursus interdum evenit ut replicatio quæ prima facie justa est inique noceat. Quod cum accidit alia allegatione opus est adjuvandi rei gratiæ, quæ duplicatio vocatur.

De triplicatione.

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.

De ceteris exceptionibus.

3. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius quam diximus varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

L. 2. tit. 5. lib. 4. Recop.

COMMENTARIUS.

1. Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa.

SI replicatio & ipsa prima fronte justa vera 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.

1. 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.

tit. 20. Imbert. 1. *Inst. for.* 36. *ampliat. instr.* Cur. *Holland. art.* 12. D. Tuld. in *comm. ad hunc tit. cap.* 1. & 2. ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa auctori triplicatione reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1. VINN. Porro apud nos libellus post duplicationem nec ab auctore nec à reo admitti potest, l. 2. tit. 5. lib. 4. *Recop.* Vid. Paz in *sua prax. tom.* 1. part. 1. temp. 7. ADDIT.

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt vel non.

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 ii pro eo solverint. Quia 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 experitur, 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.

Vid. l. 3. tit. 15. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Quæ exceptiones ad alios transeant aut non transeant.
2. Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.

1. **U**trum exceptio quæ debitori competit ad alios, puta heredes, fidejussores transeat nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam: si ve quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causâ,

pacti conventi in rem, senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani &c. l. 7. §. 1. *hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti quo nominatim convenit ne à solo debitore peteretur, l. 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. 196. *de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus reliquisque accessionibus dantur, d. l. 7. §. 1. l. 19. *de except.* l. 17. §. 5. *cum aliquot ll. seqq. de pact.* l. 32. *de fidejuss.* l. 9. §. ult. l. 15. §. ult. *de exc. rei jud.* l. 7. *cum seq. de jurejur.* l. 9. §. pen. *de sen. Mac.* l. 16. §. 1. ff. *ad sen. Vellei.* l. 8. C. *de non num. pec.* l. 28. C. *de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, l. 12. & seq. *sol. matr.* l. 24. *cum seq. de re jud. ll.* 22. & 25. §. 1. *de pact.* cum similibus.

Quia mandati judicio] Hæc ratio est ob quam placet exceptionem quam reus habet etiam fidejussori prodesse, nimirum quia aliqui nec ipsi reo profutura esset; quippe à quo fidejussor quod solvit judicio mandati repetere potest, §. 6. *Inst. sup. de fidejuss.* l. 14. C. *eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τῷ δυνάμει (secundum vires) à reo exigi scribit Ulp. l. 29. *de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, l. 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 heredem, ll. 22. & 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. *de pact.*

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 adquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiam habet, ne ultra quam facere possit condemnatur, l. 4. & passim *de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & ceteræ 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. Inst. de act.

Qui alios pro debitore obligat] Cum fidejussor suam personam tamquam magis idoneam substituat pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuntur.

2. Exceptio læsionis ex causa ætatis quæ minori in integrum restituito datur mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam heredibus minoris datur etsi ipsi sunt majores, l. 6. *de re restit. in integr.* l. 18. §. ult. *de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussori-

bus ejus, l. 13. *pr. cod. l. 7. in fin ff. de except. ll. 1. & 2. C. de fidej. min.* nisi forte salva sit creditori iudicii in alium translatio, l. 51. *de procur. Add. Myns. 4. obs. 18. Maurit. tract. de rest. in int. cap. 13. Gomez 2. res. 14. n. 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. *ff. de except. l. ult. C. de fidej. min.* Maurit. *cap. 14. Odd. tract. de rest. in int. 1. quest. 48. Duar. ad d. tit. C. de fidej. min.*

TITULUS XV.

DE INTERDICTIS.

Dig. lib. 43. tit. 1. Cod. lib. 8. tit. 1.

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 iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt; unde & actionis verbo contineri dicuntur, l. 37. *de obl. & act.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit ut recto & protinus actio possessoria proponeretur, l. pen. & ult. *C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum π. 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.

Continuatio & definitio.

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 maxime fiebat cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

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 rectè introducebantur, ut docet §. ult. *hujus tituli.*

1. *Formæ atque conceptiones verborum*] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. π. cuius licet animadvertere. Itaque interdictum si veterem formulam spectemus sic rectè definitur: Decretum prætoris certis verbis conceptum quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat aliquid fieri aut fieri vetabat, prout id rei de qua agebatur conveniebat. Nam alias petitur ut possessio restitueretur aut res exhiberetur; hæc prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet aut eâ frui petit ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat; hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine constitutione iudicii. Nam prætor ad postulationem inter-

cerdictum petentis adversario ad se vocato sine forma iudicii interdictum reddebat, certa verborum formulâ jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequabatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & iudicium dabat, l. 1. §. 2. *si ventr. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei qui in poss.* Totoque iudicio fallitur Theophilus interdictum definiens, enuntiatum prætoris non decidens hypothesin sed quomodo de ea iudicandum sit iudicem informans. Postea placuit actionem sine isto circuitu rectâ proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint quam actiones quibus de possessione disceptatur.

2. *Tunc maxime cum de possessione*] Ait maxime, 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. *hoc tit. l. 3. §. 11. cum §§. seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. quot. & æst.* quamquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo; sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis aut velut proprietatis, dum placet eum vincere in hoc usu, qui jus de ejus usu agitur ad se pertinere ostenderit, d. l. 3. §. 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 finire, 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. 10. C. de jud.*

3. Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrime 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 metuatur: illarum cognitio sine periculo ad privatos iudices delegari potest. VINN. Quam etiam ob causam introductum apud nos fuit iudicium de majoratus tenuta seu possessione, & peculiari forma instructum, ut de eo solum apud supremum Consilium cognosceretur, ll. 9. & 10. *tit. 7. lib. 5. Recop. Vide Paz detenuta*, qui luculentissime in ea explicanda versatus est. ADDIT. Sed & pleraque interdicta de his re-

bus 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.*

TEXTVS.

Divisio prima.

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 jus erat inferendi; vel in sacro loco adificari, vel in flumine publico ripare ejus aliquid fieri quo pejus navigetur. Restitutoria sunt quibus restitui aliquid jubet, veluti honorum possessori possessionem eorum quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate; aut cum jubet ei qui vi de possessione dejectus sit restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicare velit; aut parenti liberos qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent interdicta ea proprie vocari quæ prohibitoria sunt, quia interdiceri sit denuntiare & prohibere; restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obstat omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

Vid. l. 17. tit. 2. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum quæ hæc proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt; quam quæ de rebus privatis. Ulpian, 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. *hoc tit.* item interdictum de liberis exhibendis & ducendis, l. 3. §. 1. *hoc tit.* Vid. Cujac. 4. *obs. 11.*

Vetat aliquid fieri) Unde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem passim usurpare videmus verbum *Veto*.

Vim sine vitio possidenti) Intelligit interdictum *Uti possidetis*: quod plenius explicabitur §. 4. *inf. hoc tit.* *Sine vitio possidenti*, id est nec vi nec clam nec precario possidenti ab adversario; nam alias etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, l. 1. §. ult. *uti possid.*

Mortuum inferenti) Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. π.* 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 edificari) De quo in *l. 1. & passim ne quid in loco 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) Unde apparet significari interdictum unde vi, §. 6. inf. cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria per quæ jubet exhiberi) Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de bon. 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 fere datur qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo quod privatim cujusque 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 causâ propositum est, ne videlicet homines liberi à quoquam retineantur, *l. 1. de bon. lib. exhib.*

Cui patronus operas) Quam ad rem comparatum idem edictum sub *tit. de bon. lib. exhib.*

Aut parenti liberos) Cujus rei causâ propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Proprie interdicta vocari quæ prohibitoria) Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur; nam interdicare omnibus Latine loquentibus idem est quod vetare prohibere; ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur) Hoc plane ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. 178. de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur*, Quæ allusio naturæ

rei non male convenit; nam interdicta totam litem non perimunt sed tantum possessorem interim dicunt, quoad questio 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 vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam. Adde Covar. *pract. quest. 17.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quadam adipiscendæ possessionis causâ comparata sunt, quadam retinendæ, quadam recuperandæ.*

COMMENTARIUS.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantum subdivisio quadam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta; nam omnis de possessione rei privatæ controversia eò spectat ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscendæ possessionis causâ interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur Quorum bonorum; ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque quorum possessio alicui data est pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem 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 causâ comparatum est; eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causâ comparata.*
2. *Quorum bonorum cui, adversus quem competat; & cui bono comparatum.*
3. *Quis hic dicatur pro herede, prove possessore possidere; tum cur bonorum possessori petitio hereditatis non sufficere visa, & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4. *Quibus propositum remedium lege ult. C. de edict. D. Hadr. toll.*
5. *Cui, adversus quos interdictum Salvian. detur.*
6. *Interdicto huic affine remedium actio Serviana; & cur interdicto experiri utilius.*

1. **A**dipiscendæ possessionis interdicta dicuntur quæ comparata sunt ad possessionem quam antea non habuimus nunc primum adquirendam: 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 π.

2. *Accommodatur bonorum possessori*] Competit hoc interdictum ei cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est, l. 1. quor. bon. uno verbo, heredi prætorio. Obtinuit tamen ut etiam iis utique utile detur cui jure civili heredes facti sunt, per l. 1. C. quor. bon. Gloss. comm. approbata ad rub. C. eod. Schneid. hic n. 13. Ant. Fab. Cod. suo eod. tit. defin. un. Quamquam hoc displicet Baroni hic, Don. ad d. tit. C. n. 3. Cujac. in par. C. eod. Sed quid opus est, inquit, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui a prætoris data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio quam prætor tribuit non corporis sed juris est: hoc est, prætor dando bonorum possessionem tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, l. 3. §. 1. 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 iis bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis quæ in hereditate defuncti cum moreretur fuerunt, atque etiam de iis quæ ex his bonis usucapta sunt; id enim significant verba interdicti, *possiderere si nihil usucapum esset*, l. 1. quor. bon.

Tom. II.

Pro herede aut pro possessore] Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum qui pro herede prove possessore possidet, quod etiam hic expressum est, deinde adversus eum qui dolo malo fecit quominus pro herede prove possessore possideret; quod nominatim adjunctum est in l. 2. C. quor. bon. & comprehensum illis verbis interdicti: *Quoque dolo malo fecisti uti desineres possidere*, d. l. 1. eod. Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, ll. 131. & 150. cum similibus de reg. jur. Hinc autem intelligimus eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hereditatis, l. 7. C. de pet. her. l. 4. C. in quib. cess. long. temp. præscr. Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, sed qui tantum se heredem esse dicit, rem auferre ei qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo; nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tueretur quominus aut interdicto cum eo agi aut hereditas ab eo peti possit, arg. l. 13. §. 1. de her. petit. Covar. præf. quest. cap. 12. Ciceran. decis. 56.

Restituere debeat] Restituendi verbum proprie refertur ad ea quæ à nobis profecta restituntur. Sed interdum & de his accipitur quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res sibi restitui quas aliquando possedit, sed quas numquam. Itaque sic restitutorius est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, l. 1. in fin. quor. bon.

3. *Pro herede*] Is dicitur hoc loco pro herede possidere qui se heredem dicit cum non sit, sive sciat se heredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem qui nullam causam possidendi aliam habet quam quod possidet; unde & nomen natum, l. 11. cum seqq. de her. pet. Putaverit aliquis hoc interdictum inutile esse & otiosum propterea quod heredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hereditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto, l. 2. quor. bon. sed etiam possessores juris & debitores hereditarii tenentur, si se heredes esse contendunt, ll. 9. & 13. in fin. l. 42. & ibi Bart. de hered. pet. Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio quam in interdicto; nam & qui interdicto experitur probare debet se heredem esse, l. 1. C. quor. bon. Resp. eadem inter hæc remedia differentia

est quæ inter cetera judicia possessoria & petitoria : nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas lites moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hereditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. 9. C. de jud. Afflict. decis. 14. Menoch. de adip. poss. rem. 1. n. 97. & seq. Ant. Fab. Cod. suo tit. quor. bon. defin. unic. Plane in hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas, l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon. idque duplici respectu dicitur, (1) ratione intentionis actoris qui universa bona ad se pertinere dicit, (2) ratione tituli quo reus possidet; neutro enim judicio alius tenetur quam qui pro herede vel pro possessore possidet. Cui non obstat quod dicitur, petitione hereditatis teneri etiam qui rem unam hereditariam licet minimam possidet, *l. 9. & seq. de her. pet.* nam qui vel unam rem hereditariam pro herede possidet, is totam hereditatem & universi juris successionem sibi asserit. Consule Cacheran. *decis. 74.**

4. Est & aliud remedium possessorium heredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edit. D. Hadrian. toll. (Et l. 2. tit. 14. Part. 6. confirmatum ADDIT.)* quo ille qui testamentum profert non laborans conspicuo aliquo vicio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hereditariam, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exheredationis aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur; sed nec heredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam (ut fieri solet apud nos) redactum sit, aut petente herede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in *præl. d. l. ult. Sicheard. ibi n. 4. & 5. Menoch. de adip. poss. rem. 4. n. 648. & 726. Ant. Fab. Cod. suo ad eund. tit. defin. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 30.*

5. Interdictum quoque Salvianum) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causâ comparatum est. Ait Justinianus 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 prec. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem; quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris cum obligaretur fuisse. Ang. Jas. & alii in *§. 7. Inst. sup. de act. Wesemb. par. de Salv. interd. n. 2. Schneid. hic n. 7. Fach. 8. contr. 92.* & plerique etiam censent prius excutendum esse principalem debitorem quam adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, arg. *Nov. 4. cap. 2. Fachin. ubi sup. cap. 93. D. Tuld. ad d. tit. C. n. 2. Divortium à communi sententia facit D. Ant. Merenda 5. contr. 37. & seq.*

6. 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. §. 7.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est 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 judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor contra tertium possessorem agens debet, rem quam persequitur in bonis debitoris fuisse cum de pignore convenit, *l. 15. §. 1. de pign. l. 23. de probat. quod fusius à me explicatum sub d. §. 7. Wesemb. d. loc. Menoch. de adip. poss. rem. 3. n. 8. & seq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. Retinendæ possessionis causâ comparata sunt interdicta uti possidetis & 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

quia & civilis & naturalis ratio facit ut alius possideat, & alius à possidente perat. Et quia longe commodius est & potius possidere quam petere: ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidenti in eo est, quod etiam si eius non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam cautam cum obscura sunt utriusque jura contra petiorem judicari 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 etiam si alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret. Utrubi vero interdicto is vincebat qui majore 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 vindeat & in re soli & in re mobili qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestate tempore detinet.

Vid. l. 28. tit. 2. Part. 3.

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 vindicare rem instituit interdicto ad hoc agere possit; & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.
4. Vetus differentia inter interdicta Uti possidetis & Utrubi: ejus differentie sublatio, tum quid hic jus Canonum & mores hodierni.

Retinendæ possessionis gratiâ ea interdicta comparata dicuntur per quæ eam possessionem quam jam habemus retinere volumus: cujus generis interdicta sunt *Uti 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 inter-

dicta competunt, unum atque idem videri possit, ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent cum de proprietate inter aliquos lis est & quaeritur 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.

1. Nisi exploratum fuerit utrius possessio sit] Actio in rem institui non potest nisi certus sit possessor, l. 13. de rei vind. Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi possessio. Quandiu igitur incertum est quis possideat & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, l. 62. de jud. ubi Ulp. 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.

2. Sed quâ fieri potest ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint? l. 3. §. 5. de adq. poss. Nimirum accidere potest ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt; ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter alter civiliter, aut alter juste alter injuste, l. 6. §. 1. de adq. poss. l. 3. pr. uti possid. Quæ & sententia Sabini fuit, d. l. 3. §. 5. de adq. poss. cujus vestigia cernimus in l. 3. pr. uti poss. & l. 15. §. 4. de precar. Cujac. y. 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 vind. l. 4. C. de edend. fac. l. 128. de reg. jur. Quam ob causam ei qui destinavit rem petere hoc consilium dat Jurisconsultus in l. 24. de rei vind. ut videat,

num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare.

3. Quid ergo si quis non observato hoc consilio J.Cri. rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum non posse, quasi consilium Jurisconsulti contemserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit; quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renuntiandi possessione aut interdicto, l. 12. §. 1. de adq. poss. Similiter qui rem vindicare coepit non censetur renuntiasse interdicto unde vi, l. 18. §. 1. de vi & de vi arm. ubi expresse traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi, non sane ut utrumque simul cumuletur & una sententiâ terminetur, ut falso multi existimaverunt, decepti d. lege 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1. sed ut interim dum de possessione cognoscitur suspendatur & differatur judicium petitorium, l. 13. C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 3. C. hoc tit. quæ verissima prædictar. legg. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus male major pars secessionem fecit. Et quamvis Bart. in d. l. 12. §. 1. aliique citati à Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 511. cum seqq. & Nic. Tuld. in annot. ad prax. civ. Damhoud. cap. 45. lit. B. cum Martino Glossatore excipiant interdictum uti possideris, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt omne possessorem cum petitorio concurrere posse. Vid. Menoch. d. rem. n. 359. & seqq. Nic. Tuld. d. loc. Fachin. 8. contr. 6. Diod. Tuld. somm. hic cap. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 130. n. 3. & seqq. Convenit cap. 6. x. de caus. poss. & prop. & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. d. loc. quamquam non in omnibus tribunalibus. Vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arrest. 4. Charond. 4. resp. 28. Nos hanc quæstionem plenissime excussimus lib. 2. select. quest. cap. 39.

4. Quorum vis ac potestas plurimam differentiam] Nam alia conditione proponebatur interdictum uti possideris ei qui rem soli possideret; alia utrubi ei qui possideret rem mobilem. Uti possideris ad præsens tempus referebatur, l. 1. §. 2. hoc tit. id est interdicti reddit, hoc modo: Uti eas aedes quibus de agitur possideris &c. l. 1. in pr. uti possid. & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula nunc: Uti nunc possideris eas aedes &c. l. 3,

§. 6. eod. ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gellum Festus prodidit in verb. possessio. Uti nunc possideris eum fundum quo de agitur &c. Utrubi vero in præteritum referebatur: Utrubi hic homo quo de agitur majore parte hujusce anni fuit &c. His jam consequens erat ut interdicto Uti possideris is vinceret qui interdicti tempore possidebat; Utrubi, is qui majore parte anni possederat: quod explicatur in l. 156. de verb. sign. add. Paul. §. sent. 6.

Nec vi nec clam nec precario ab adversario] L. 1. & passim ff. uti possid. l. 1. C. eod. His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiose, 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 adq. poss. etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maxime attendebat prætor. Hinc ubi apud Terent. Eunuch. act. 2. scen. 3. Chærea ait: Hanc tu mihi vel vi vel clam vel precario fac tradari: eleganter addit Donatus: Secundum jus locutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur. HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata est] Justiniani 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 Ulpiani in l. un. §. 1. de utrubi. Jure 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, tamquam qui justiore possessionis causam habeat, cap. 9. x. de probat. Eoque jure nunc fere utimur; ut post alios testantur Damhoud. prax. civ. 34. Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 714. & seqq. Wesemb. par. uti poss. n. 5. & eleganter in not. ad Schneid. in §. pen. hoc tit. D. Tulden. comm. hic cap. 3. Quod si æque obscura sint utriusque litigatoris jura ut judici non appareat uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Wesemb. in not. Ant Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. definit. 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod Pragmatici

ci *maintenue*, seu *manutenentiam* vocant, contententes petere ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est momentanea aut fiduciaria possessio. Covar. *pr. quest.* 17. Aufre. in *styl. Parl.* tit. de *caus. novit.* Massuer. in *pract.* tit. de *possess.* 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. n. 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 summarim iudex cognoscit, uter possideat quo tempore lis movetur. Vid. Gail. 1. *obs.* 5. & 2. *seqq.* Menoch. *retin. poss. remed. ult.* Fachin. 8. *controv.* 5. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. n. 7. & *seqq.* VINN. Et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto *uti possidetis*; cum tamen in illo, non ut in hoc, disceptetur de qualitate possessionis, ut ne quis possideat, an clam vel precario; sed tantum queratur quis jam in præsentis possideat. HEIN. Retinui quæ de moribus hodiernis tradit Vinnius, quia cum nostris magna ex parte consentiunt. De interdictis accurate & solide egit Gomez *ad leg.* 45. *Tauri* n. 127. & *seqq.* Nos enim nomina immutavimus rem retinui-
mus: iudicia in petitoria & possessoria partimur: in illis agitur quis dominus sit, in his uter possideat. Itaque iudicia possessoria vera sunt interdicta quibus agitur de possessione adipiscenda vel retinenda vel recuperanda. Sed cum hodie lites diuturniores sint quam antea fuerunt: non parvi momenti est questio de re tempore litis possidenda; quæ de causa Recentiores invenerunt iudicium summarissimum de possessione, *manutentio* & *interim dictum*, quo iudex summarie cognoscit uter litigantium tempore litis rem obtinere debeat. De quo singulari tractatu egit D. Covar. *pract. quest.* 17. quem omnino consules. ADDIT,

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

5. Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subiectus 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. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione neque ejus nomine alius; tamen si non relinquenda 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.

L. 12. tit. 30. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Quid proprie sit possidere, & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodetur.
- 2 Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Justiniano sublata.
- 3 Etiam solo animo possessionem retineri; & quamdiu.
- 4 Indicatur & refutatur insignis DD. error.
- 5 Defectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit quid probare debeat.
- 6 Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.
- 7 Amitti possessionem etiam novis invitis, id quæ plurifariam.
- 8 Volentibus nobis amitti etiam solo animo.

Quoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt qui possessionem semel quæsitam amisit quam ei qui nunquam possedit: ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit quis intelligatur possidere, quomodo possessio adquiratur, adquisita quomodo retineatur.

1. Non solum si ipse possideat sed & si ejus nomine] Possidere auctore Theoph. §. 5. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq. est animo & affectu dominantis*, *ὡς ἂν δεσπόζοντες*, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt huc non pertinet, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, l. 3. §. 12. l. 9. & *seq. l. 30. §. 5. & seqq. de adq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis pariantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, l. 3. §. 8. *uti possid. vid. tamen Menoch. retin. poss. remed. ult. Joann. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 2.* Fructuarius quoque non

magis possidet quam superiores, §. 5. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq. d. l. 6. §. 2. de precar.* Placuit tamen inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium eumque qui sibi usum defendat, *l. 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 teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum *unde vi*, *l. 3. §. 13. & seq. de vi & de vi arm.* quod argumentum est eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi quamdiu usufructus perseverat. Cujac. 9. obs. 33. Don. d. l. un. C. uti poss. n. 5. Joann. à Sande d. defin. 2. In summa vero, possessionis parum interest utrum quis juste an injuste possideat, *l. 3. §. 5. de adq. 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 adq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. ult. *Inst. sup. de ingen.* Is possidet, cujus nomine possidetur; qui autem in possessione sunt alienæ possessioni præstant ministerium, *l. 18. pr. de adq. poss.*

2. *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 vitæ decedentibus possessio amittitur: inque eo Veteres omnes consentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte è possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem à nobis retineri, *l. 31. de dol. mal.* Sabinus contra spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam securus est Africanus, *l. 40. §. 1. de adq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l. 3. §. 8. eod.* Ceterum si alii possessionem tradiderint possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l. 3. §. 9.* quod & apud Julianum relatum est, *l. 33. §. 4. de usuc.* Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti si alius eam ingressus fuerit, *l. 44. §. ult. de adq. poss.* Hanc autem Veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis ge-

neretur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. par. C. eod. Don. §. comm. 12. Ant. Fab. decis. 4. err. 2. & seq. existimant constitutionem illam non pertinere ad casum quo in possessione relictis alii eam tradit. (quorum sententiam sequuta est, *lex 13. tit. 30. Part. 3. ADDIT*); verius tamen esse quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderint*, 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. Joann. Decker. lib. 1. diss. 3. n. 25. Illud constat, possessionem amitti si in possessione relictis vi dejecti fuerint, *l. 1. §. 22. unde vi.*

3. *Animo solo retineri possessionem*] Etiam solo animo retineri possessio potest, *l. 4. C. de adq. poss.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l. 3. §. 7. & seq. l. 6. in fin. eod.* quamvis neque servum neque colonum &c. in fundo reliquerit, *l. 44. §. ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia *l. 49. eod.* & utilitatis causâ receptum, ne testudinis more perpetuo domi nos continere aut possessionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relictæ sit eam cum velimus iterum corpore apprehendendi; ea autem facultate sublata etiam inviti possidere desinimus, *d. l. 3. §. 13.*

4. Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum qui discessit civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem existimaverint; sed hanc demum iterum ingresso adquiri. Falso, ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur eum qui è fundo egreditur priorem possessionem non retinere, sed eâ amissa novam adquirere; & 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 numquam nova adquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure alius corpore consistens, *l. 10. C. de adq. poss.*

5. Illud à vero abest quam longissime quod quidam asserunt, civilem quam vocant possessionem retineri, ejusque beneficio inter-

dictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covar. *pract. quest.* 17. n. 5. & alii citati apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. n. 4. Nam possessio plane amissa intelligitur quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, l. 6. §. 1. l. 25. §. ult. de *adq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit; quoniam ut maxime velimus eam repetere non possumus, d. l. 3. §. 13. *eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest; sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessionis recuperandæ causâ comparatum est. Ceterum si vetere possessore non dejecto & in possessione adhuc manente possessio ei minuat vel turbetur, seu vis ei fiat quominus uti possidet jure ita plane possideat: tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vid. Joann. Fab. *ad præc.* §. Menoch. *rem ult. retin. poss.* n. 17. Christin. *d. decis.* n. 6. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem; quia si se diceret spoliatus 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. *Inst. per quas pers. cuiq. adq.* ubi docuit, non solum per nosmet ipsos sed etiam per eos quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis adquiri, quam proprietatem; adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis adquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causâ receptum. *ll.* 1. & 8. *C. de adq. poss.*

6. *Animo solo adipisci possessionem nemo possit*) Adquisitio possessionis consistit in apprehensione rei conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, d. l. 1. §. 3. de *adq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore adquiri sine affectione tenendi potest; sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, l. 1. §. 1. & 3. l. 8. §. 23. *eod.* Etsi autem necesse non est ut opera manuum aut pedum semper interveniat (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. *eodem*); semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidenti, qui vice corporalis apprehensionis

fungatur, d. l. 1. §. pen. l. 18. §. 2. l. 51. *eod.* l. 9. §. 6. de *adq. 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 adquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in d. l. 1. §. pen. & d. l. 51. Sed illi cum ita loquuntur non excludunt omnem actum corporis, sed dumtaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum operâ interveniente fit. Cur igitur placet possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsit etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At adquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & aliàs quod semel acquisitum est facilius retinetur quam initio quid adquiritur. Animo possessionem adquirere non possumus, nisi nostro; quippe ut nos velimus in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, d. l. 3. §. 12. d. l. 16. de *adq. possess.* l. 53. de *adq. rer. dom.* quoniam in iis quæ corporis ministerio geruntur nihil interest nostro corpore an alieno utamur.

7. Amittendæ possessionis alla 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. 30. §. 1. & 4. de *adq. poss.* si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, l. 3. §. 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, d. l. 3. §. 17. si prædones prædium invaserint qui nos deiciant, aut redeuntis repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi* l. 3. §. 8. l. 6. in *fin.* l. 25. §. ult. de *adq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, l. 15. si in flumen deciderit ut mergeretur, l. 13. *eod.*

8. Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus ut nolimus possidere; idque etiam procedit quamvis corpore, verbi causâ, in fundo maneamus, ut constanter à Veteribus traditum est, l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. & l. seq. l. 44. §. 2. *eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit possessionem non amitti nisi eo modo quo adquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, l. 8. *eod.* l. 153. de *reg. jur.* 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,

ne, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l. 3. §. 6. Donell. lib. 5. comm. cap. 13.*

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ & affini-
bus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causâ solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. 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, si quidem in bonis ejus est dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis fecerit; sine autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

Vid. ll. 27. & 30. tit. 2. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Interdictum unde vi quibus, quorum rerum nomine datur.
- 2 Dejici quis intelligatur.
- 3 Etiam fructuario & usuuario hoc interdictum dari.
- 4 Quibus, quo casu ex constitutione Constantini datur.
- 5 In hoc interdicto vincere etiam eum qui clam vi vel precario ab adversario possidet. Licet autem deficientem in continenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.
- 6 Quatenus Canones hoc interdictum extendunt; & de remedio Can. redintegrandæ.
- 7 Pœna invasionis ex sacris constitutionibus & legibus Julii.

1. **A**D recuperandam possessionem unde vi interdictum proditum est ei qui vi de possessione dejectus est, quod fusc declaratur ab Ulp. *ll. 1. & 3. de vi & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum qui de fundo & ædibus deiciuntur; ad rerum vero mobilium possessionem recu-

perandam non pertinet, quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. §. 3. & seqq.* Idemque est si quis de nave aut vehiculo deiciatur, *d. l. 1. §. 7. Paul. 5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur; aliàs dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus quas quis eo in loco unde vi dejectus est tunc cum deiceretur habuit, placet etiam hoc interdictum reddi; quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. pr. §. 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probati 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 jusjurandum deferat pro personarum & negotii qualitate modum statuatur, quem jurando non liceat excedere, *l. 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam si tenetur qui rei alienæ vacuum possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de adq. poss. d. l. 1. §. 24. unde vi. Don. ad d. l. ult. n. 8. D. Tulden. ad eumd. tit. C. n. 4. Menoch. recap. poss. rem. 3.*

2. *Dejectus fuerit*] Dejici intelligitur is solus qui possidet; unde & huic soli interdictum unde vi competit, *d. l. 1. §. 45. unde vi* & 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. §. 22. l. ult. eod.*

3. Plane fructuario & usuuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis quam superiores possideant, *l. 3. §. 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis qui possessores non sunt, ut demonstratum §. præced.

4. Constantinus autem dum vult reprimere eorum audaciam qui absentiam dominorum confidentiores facti deiciunt 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

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. §. 40. & seq. l. 15. unde vi, l. 4. C. eod.

§. *Licet is ab eo qui vi deiecit*) In interdicto uti possidetis succumbit qui ab adversario vel vi vel clam vel precario possidet, §. 4. sup. hoc tit. In interdicto autem unde vi etiam ille vincit. 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 deicientem rursus deiecit, is non tenetur hoc interdicto; quia, quod licet, vim vi repulit, l. 3. §. 9. eod. ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa quam ille vi possidere intelligendus est, l. 17. eod. Cujac. Hotom. bic. 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 deicere; idque Paulum lib. 5. sent. 6. significare his verbis: *Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur*. Sed hoc parum convenit menti Justiniani; & hodie sic obtinet auctoritate huius textus, ut indistincte vincat hoc interdicto qui vi quacumque à quocumque deiectus est, teste D. Menoch. recup. poss. rem. 1. n. 7. Jure civili hoc interdicto tantum tenetur qui deiecit, non alius qui rem postea possidere coepit, l. 7. unde vi.

6. Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spoliū possessorem, dummodo sciat vim factam esse; quoniam hoc ipso se socium delicti facit, cap. 18. de rest. spol. Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est non tenetur, Menoch. recup. poss. rem. 15. quest. 13. Iidem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, can. redintegrandæ caus. III. quest. 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque sæculari obtinet: de quo vide Menoch. d. rem. Gail. 2. obs. 75. Myns. 3. obs. 85. Cacheran.

Tom. II.

dec. 93. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. de fin. 1. & passim, Christin. vol. 4. decis. 135. n. 17. & seqq. item decis. 140. n. 4. & seqq. & decis. seq. n. 4. & deinceps. VINN. Remedium Can. redintegrandæ & cap. sæpe de restit. spol. Regia sunt lege sancita, l. 30. tit. 2. Part. 3. Vid. Greg. Lopez gloss. G ad d. l. ADDIT.

7. *Ex sacris constitutionibus*] Qui violentè possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto unde vi, sed alias etiam poenas sustinet: tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc poena invasori imponitur, ut si rei dominus est dominium ejus amittat; si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, ll. 5. & 7. unde vi. Eademque poena postea placuit etiam multandos conductores ceterosque alienæ possessionis detentores qui sine justa causa recusant rem restituere iis à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant donec à iudice condemnentur, l. 10. C. eod. de quo plura dixi sup. ad pr. tit. Inst. de locat.

Ut supra diximus] §. 1. Inst. vi bon. rapt. ubi dicimus eandem quoque poenam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque poenâ coërceatur, tum à prætorum tum legibus & Principum constitutionibus obiter notavimus sub rub. eod.

Leges Juliae de vi] Ne quid per vim admittatur etiam legibus Juliis 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 poena harum legum est in §. 8. Inst. infr. de publ. jud.

Armorum appellatione] Vid. l. 41. de verb. sign. l. 9. de vi publ. l. 3. §. 2. unde vi. Ciceronem in ea. pro Cacinna.

TEXTUS. Divisio tertia.

7. 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.

Kkk

Sim.

Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripam 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.

NOTA.

Cum prætor prohibet in loco sacro &c.] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actusque, d. l. 2. pr. ff. de interd.

COMMENTARIUS.

I An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis.

Tertia hæc divisio sumta 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, eò illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inve eum locum immitas. Quam liberum dolo malo retines exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt in quibus verba interdicti ad utrumque diriguntur, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis &c. Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l. 1. in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum l. 2. pr. hoc tit.

1. *Duplicia sunt, veluti uti possidetis, & utrubi*) Eiusdem generis interdictum est quod de superficiebus proponitur, l. 1. pr. & §. 2. de superfic. Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, l. 37. §. 1. de obl. & act. Paulus lege 2. hoc tit. in fin. scribit etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. 4. 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 transferenda esse in l. seq. vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei qui

jam primum 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. 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 l. 13. Schneid. hic n. 5. & ibid. in not. Wesemb. Christin. vol. 4. decis. 142. n. 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum 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.*

COMMENTARIUS.

I *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta.*

Hic locus à me expositus est sup. pr. hujus tit. Pro exitu, Hotomanno legendum videtur ritum; 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 adq. posses. Theoph. παρὶ τῆς τάξεως καὶ τῆς ἀποτελέσεως (de ordine & effectu).

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 judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad iudices pedaneos qui de re cognoscerent & judicarent.

At-

Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, l. 1. §. 2. *si 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 prætorix & extraordinariæ, tit. de *extraord. cogn.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injectum 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 or-

dinarium esse cœpit ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia quæ à magistratibus exercentur extraordinaria vocari. Repete quæ scripsimus ad *pr. tit. Inst. sup. de action.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen si jam interdixerat prætor & adversarius negabat recte & jure interdictum esse: partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores vel judices dabantur, l. 1. §. 41. ff. de *vi & vi arm.* l. 3. §. ult. ff. *uti poss.* l. 3. §. 3. de *itin. & aff. priv.* Cic. pro *Cæcin.* cap. 2. 8. & 17. Quintilian. *inst. orat. lib. 7. cap. 5. lib. 12. cap. 10.* Frontin. de *limit. agr.* p. 41. & ibi Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIIUM.

Lib. 3. tit. 14. for. legg.

Continuatio.

Cognitio jure tum actoris tum rei, non inconueniens Justiniano visum est aliquid subungere de poena qua coërentur qui eo jure abutentes vel temeritate & inconsiderata audaciâ vel dolo & malitiâ negotium alicui comparant, sive tendendo litem sive excipiendo.

TEXTUS.

De poenis in genere.

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 poenâ, modo jurisjurandi religionē, modo infamix metu coerceatur.

Vid. l. 8. tit. 22. Part. 3.

COMMENTARIUS.

¹ *Causa litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

Legislatorem, auctore Platone, in id iuce incumbere oportet, ut civitatem,

quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est ad concordiam & unanimiorem. 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, & poenarum comminatione tam temere litigantium confidentia quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ quibus litigatores se mutuo provocabant, nî veram bonamque causam haberent, quarum frequens mentio apud Ciceronem; tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora: inter quæ & sponsiones quid intersit ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomanus in *Quintiana*.

Modo pecuniaria poenâ] Temeritas litigandi & multâ pecuniaria & jurisjurandi & infamix metu coërcetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis quæ inficiando crescunt, quales sunt damni injuriæ dati, depositi miserabilis, piorum legatorum. Si actores, poenam plus petitionis, de qua explicatum sub §. 33. *Inst. sup. de action.* Jusjurandum autem, calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamix

metu terret litigatores improbos, διότι τὸ μὲν ἀτιμαίνῃαι τινα καὶ ἐρεθίζῃαι τῷ καλῶς πολιτέ-
νεδῃαι, ἥτοι καθάρεως, μέγα καὶ φοβερόν. (Quo-
niam inhonorare aliquem, eumque privare civili &
bonesta in Rep. conversatione, magnum quidem est
ac terribile.) Theod. Hermop. ad l. 104. de reg. jur.
Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis:
de quibus explicabit inferius §. 2. hoc tit.

TEXTUS.

De jurejurando & poena pecuniaria.

1. Ecce enim jursurandum omnibus qui con-
veniuntur ex constitutione nostra defertur. Nam
reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi
prius juraverit quod putans se bona instantiā
uti ad contradicendum pervenit. At adversus
inficientes ex quibusdam causis dupli actio con-
stituitur, veluti si damni injuriæ aut legatorum
locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Sta-
tim autem ab initio pluri quam simpli est actio,
veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti
dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis,
sive quis neget sive fateatur, pluri quam sim-
pli est actio. Item actoris quoque calumnia coer-
cetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare co-
gitur ex nostra constitutione quod non calum-
nianti animo litem movisset sed existimando
se bonam causam habere. Utriusque etiam partis
advocati jursurandum subeunt, quod alia nostra
constitutione comprehensum est. Hæc autem om-
nia pro veteri calumnie actione introducta sunt,
quæ in desuetudinem abiit, quia in partem de-
cimam litis actores multabat: quod nusquam
factum esse invenimus; sed pro his introductum
est & præfatum jursurandum, & ut improbus
litigator & damnum & impensas litis inferre
adversario suo cogatur.

L. 23. tit. 11. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Jursurandum calumnie à Justiniano revocatum
qui præsent, & quale id sit.
- 2 Jursurandum advocatorum & procuratorum
in singulis causis,
- 3 Victum in lite etiam in impensas & damna
condemnandum, nisi iustam causam litigan-
di habuerit; & damnandum etiam si hæc
nominatim petita non fuerint.
- 4 Mores bodiæni circa superiora omnia.

1. Jursurandum calumniæ, quod apud
Veteres usurpatum, l. 44. §. 4. fam.

erc. in desuetudinem postea abiisse videtur,
Justinianus revocavit, ll. 2. C. de jurejur.
propt. cal. dand. ubi sancit, ut uterque liti-
gantium 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 negotii fa-
cessendi causā actori contradicere, sed quod
putet se bona instantiā uti & juste ad inficias
ire. Nov. 49. cap. ult. §. 1. ubi jubetur reus
jurare se δικαιὰ νομίζειν τὴν ἀντιγερσιν εἶναι τῆς
δίκης (justam putare contradictionem esse litis).
Unde apparet, hoc jursurandum magis esse opi-
nionis quam assertionis, nec perjurum dici
posse qui non obtinuit. Perez ad d. tit. Cod.
n. 3. Ex constitutionibus novellis jurant pari-
ter ambo nihil se prorsus differendi vel cor-
rumpendi judicii causā fecisse facturosve esse,
Nov. 49. auth. hoc sacramentum, & auth. in
isto C. eod. Nov. 124. cap. 1. auth. Principales
C. eod. Pro iis qui in tutela aut curatione sunt
jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive
quorum res geritur; idemque obtinet & in
ceteris rerum alienarum legitimis administra-
toribus, d. l. 2. §. 2. & seq. junct. d. auth.
Principales. Jurandum autem est apud judicem
qui de causa cognoscit. Ceterum si vel per-
sonæ dignitas vel sexus verecundia vel mor-
bus non patiatur litigatorem ad tribunal ve-
nire, mittitur aliquis qui juramentum domi
litigantis excipiat, præsentē adversario ejus-
ve procuratore, d. Nov. 124. cap. 1. d. l. 2.
§. 1. C. eod. Jure Pontificio etiam permissum
est per procuratorem in animam domini jura-
ri; ad quod tamen speciale mandatum exigi-
tur, cap. 6. de jur. calum. cap. 3. §. pen. &
ult. eod. in 6. & hoc modo frequentius nomi-
ne absentium jurari solet. Gudelin. lib. 4. de
jur. noviss. cap. 8. in fin. Gail. 1. obs. 83. 88.
& seq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.
cap. 4.

Adversus inficientes ex quibusdam causis] Ex
damni injuriæ dati, depositi miserabilis &
piorum legatorum causa lis inficiatione dupla-
tur, §. 26. Inst. sup. de act. ubi hac de re sa-
tis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eod.,
ut intelligamus jursurandum calumniæ pœ-
nam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda sunt. Nulla
enim in inficientem tripli actio est. Sed neque
in vetustis codicibus ea reperiri testantur Cu-
jac. Hotom. Pacius.

Pluri quam simpli actio est] Ex furti causa
lis etiam sine inficiatione pœnam affert. Sed
hæc pœna huc non pertinet, quoniam teme-
rita-

ritatem litigantis non coërcet; voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

2. *Utriusque etiam partis advocati*) Etiam à patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocini sibi conscios esse: nullam se operam nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea posteaprehenderint, ejus se patrociniū protinus omissuros, l. 2. pr. C. de jur. propt. cal. l. 14. §. 1. C. de judic. De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit; sed jure Pontificio cautum ut non obstante præcedente reorum juramento procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, cap. cum causam 6. de jur. calumn. cap. 2. eod. in 6.

Pro veteri calumnie actione) Fuit vetus quædam calumnie actio qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis expensarum nomine mulstabantur, l. ult. C. Hermog. de calumniat. quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eandem tamen restituit atque in usum revocare conatus est Novellâ 112. hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione sed satisfactione fieret.

3. *Dammum & impensas*) Appendix sententiæ est condemnatio in sumtus & expensas litis. Constitutum namque est victum in lite in expensas quoque & cetera damna victori condemnandum esse, l. 79. de jud. l. 13. §. 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. cap. 10. & hoc text. Nec victo prodest ejurasse calumniam; ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest quod temere adversarium suum in jus vocavit, d. l. 79. de judic. Plane si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet hunc etsi victus est ab onere expensarum excusari, d. Nov. 82. cap. 10. *auth. post jusjurandum in fin. de jud.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur; neque tam ex jure scripto quam ex usu judiciorum peti debet. Consule DD. in d. l. 79. ff. de judic. & d. l. 13. C. eod. Covar. pr. quest. 27. n. 5. Viv. lib. 1. opin. 425. Menoch. arbitr. lib. 2. cens. 2. cas. 177. & 1. præsumt. 35. Gail. 1. obs. 151. & seqq. Gude-

lin. lib. 4. de iur. noviss. cap. 13. D. Tulden. comm. hic cap. 3. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 4. decis. 97. cum ibi citatis Sichard. in d. l. 13. §. 6. & in l. 15. C. de judic. Porro præter impensas in ipsam litem factas etiam cetera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expresse docet; sed intrinseca tantum non extrinseca ut vulgo distinguunt. Sichard. ad d. l. 15. n. 9. & seq. Thesaur. decis. 67. Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? Vide Myns. 1. obs. 2. Gail. 1. obs. 151. n. 16. Trentac. 2. pr. res. tit. de postul. n. 3. Gudel. d. cap. 13. Christin. vol. 2. decis. 102. n. 1. Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petite non sint, nihilominus tamen victum causâ cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si iudex hanc condemnationem omiserit rem periculi sui faciat, d. l. 13. §. 6. d. Nov. 82. cap. 10. Nic. Valla de reb. dub. tract. 1. n. 18. Gudel. cap. 13. vers. ceterum. Sichard. ad d. §. 6. n. 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. ibid. licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione iudex eas taxare & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. in d. §. 6. n. 16. Gudel. d. cap. 13.

4. Atque hæc quidem jure scripto sic obtineat; ceterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vix jurisjurandi calumnie in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudel. lib. 4. de jur. nov. cap. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 1. Wesenb. par. de jurejur. n. 9. Christin. volum. 2. decis. 147. de quo queritur D. Diod. Tuld. lib. 4. de caus. corrupt. jud. cap. 14. Loquor de juramento calumnie, quo de hic agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est; nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo qui jusjurandum judiciale defert, l. 34. §. 4. de jurejur. id moribus adhuc obtinet. Wesemb. 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 jur. propt. cal. Gudel. d. cap. 8. in fin. Merul. d. tit. 8. cap. 3. & 4. Jure communi ipsi quoque iudices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent se ex vero & legibus judicatuuros, l. 14. in pr. C. de jud. Sed & illi hodie unicum tantum jus-

juran-

jurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, arg. *aurb. Hoc sacramentum C. de iurejur. propt. cal.* Wessemb. ad tit. C. de ord. jud. n. 5. Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse Nov. 112. Gudelin. d. lib. 4. cap. 13. in fin. Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis & cetera damna adversarii, ea fere 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 petita non sint, sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in d. l. 13. §. 6. C. de judic. censent & usus judiciorum recepit, non tenetur. Ceterum impensæ satis petita intelliguntur secundum plerosque si libello ut fieri solet adjecta sit clausula, ut *super omnibus optimo quoquo modo jus & iustitia administretur.* Gail. 3. obs. 151. Myns. 4. obs. 55. Damhoud. *prax. civ. cap. 108.* & ibi in annot. Nic. Tulden. Merul. d. sect. 3. tit. 1. cap. 2. n. 15. Gudelin. d. cap. 13. Victor quas fecit impensas libello completitur, & 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. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 15.* & seq. Gudelin. d. cap. 13. vers. ult. VINN. Retinuimus hæc tum quia moribus nostris conveniunt, tum ut aliarum gentium mores nostrates noscant. De juramento calumniæ & ceteris quæ in iudicio præstari solent est integer tit. in Partt. tit. 11. Part. 3. Paz in *sua prax. tom. 1. part. 1. temp. 4. n. 39.* & seqq. testatur juramentum calumniæ exolevisse, nisi quod de more inserimus libello, *y fuero que no lo bago de malicia*, quæ tamen ommissa processum non vitiant. Paz eod. loc. Iudices Advocati Procuratores in ingressu sui muneris jurare tenentur ex præscripto *legg. 6. tit. 5. 2. tit. 16. 1. tit. 24. lib. 2. Recop.* Quæ de hodierna praxi condemnandi in expensas tradit auctor ea singulari lege apud nos sancita invenimus, nimirum l. un. tit. 14. lib. 3. for. *legg.* Præterea apud nos temerarii litigatores qui ex Regiis Conventibus ad supremum Consilium appellant poenâ mille & quingentarum duplarum puniuntur si causâ cadunt, ex lege 1. tit. 20. lib. 4. *Recop.* quam singulari comm. illustratus est Petr. Avend. qui vero querelam instituunt de injustitia notoria (*manifesta*) poenam subeunt quingentorum ducato-

rum, si injuste querantur. *Aff. 7. tit. 20. lib. 4. Recop.* Indicavimus hæc nam elucubrare nec locus postulat nec instituti ratio sinit. ADDIT.

TEXTUS.

De infamia.

2. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi sunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus; item pro socio, quæ ab utraque parte directæ est; & ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut injuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed & passis; & recte; plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

COMMENTARIUS.

1. *Judicia civilia ex delicto quæ, qua conditione concurrente famosa.*
2. *Famosam non esse actionem quod metus causâ, neque interdicta neque conditiones quamvis ex famosis causis.*
3. *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus, judicia famosa.*
4. *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa.*
5. *In actionibus famosis ex delicto etiam passos infamia notari; in iis quæ ex contractibus non item; & cur tam varie.*

Pœna infamiæ non tam temeritatis poena est quam doli, & certis dumtaxat ex causis iudicio 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 pertinent.

1. *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, ll. 1. & 4. §. ult. eod. Condicio addita propter procuratores tutores & curatores, qui alieno nomine conventi tametsi ipsi condemnentur infamiæ tamen notam non subeunt, d. l. 6. §. 2. Famosa quoque sunt iudicia sepulcri violati, l. 1. de sepulcr. viol. & expilatæ hereditatis, quod est gravius iudicio furti, l. 12. C. ex quib. ca. infam. item actio quæ

quæ est adversus mulierem quæ ut in possessorem bonorum ventris nomine mitteretur prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset aut ex alio concepisset, l. 15. cum 4. seqq. end.

2. Actio autem quod metus causâ famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli poenâ contumaciam coerceri. Don. 15. comm. 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt quamvis sint ex causa delicti, l. 13. unde vi. Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuriâ datum; nimirum quia etsi ponamus consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliâ conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret), non videtur tam atrocem poenam mereri Hotom. hic. Illud constat, in conditionibus cessare ignominiam quamvis ex famosis causis descendant, l. 36. de obl. & aff. veluti in conditione furtiva & actione rerum amotarum, per l. pen. de cond. furt. l. 26. de aff. rer. amot.

3. Tutela, mandati, depositi, pro socio] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio famosa sunt, notanturque his judiciis damnati si tres hæc condiciones concurrant: si quis suo nomine: si de dolo ac perfidia sua: si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, ll. 1. & 4. §. ult. de his qui not. inf. Ex qua intelligimus, notari eos solum qui suo non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores tutores curatores heredes. 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. & interloc. neque tamen noletur procurator, quia condemnatur alieno nomine d. l. 6. §. 2. De herede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etsi heres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata poenales quoque ex delicto contra eum transeunt, ll. 12. 26. & 49. de obl. & aff. l. 157. §. ult. l. 164. cum similibus 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. n. 4. Christin. vol. 4. decis. 91. n. 16. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 1. cap. 1. Neque pri-

vata judicia poenalia habemus quæ dici possint lite contestata in heredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, numquam tamen ita tenentur ut damnatos sequatur infamia. VINN. Et hæc apud nos obtinent. ADDIT. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, l. 6. §. ult. de his qui not. infam. l. 5. depos. §. 6. Inst. de susp. tut. Neque enim convenit infamiæ notam cuiquam injuri qui nihil turpe admisit sed culpâ tantum imperitiæ aut solita negligentia peccavit; quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, l. 42. de verb. sign. Tertia & postrema conditio est si quis condemnatus fuerit judicio directo, d. l. 1. de his qui not. infam. Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus quod contrario judicio agenti abest, d. l. 6. §. ult. eod. d. l. 5. depos. Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio (quippe quæ utrimque 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. legis 6. §. antep. de his qui not. infam.

4. Tutela mandati depositi pro socio] Quid ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta emti-venditi, locati-conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa quæ hic proponuntur nominatim exceperit notaveritque, haud dubie in ceteris integram existimationem servari voluit. Neque vero defuit prætori sua ratio cur quatuor illa à ceteris segregaret. Licet enim in omnibus qui se malitiose gerit fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitia: quod majoris est improbitatis; nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius pro Rosc. Amerin. eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem: id non magis ad mandati judicium quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio pertinet. Add. Coras. 4. misc. 19. Don. 18. comm. 8. Hodiernis moribus nulla judicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa quam ex genere poenæ infamiam irrogari. Vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam. Zypæ not. jur. eod. tit. Groënew. de legg. ab-

abrog. hic. VINN. Nota apud nos hæc. ADDIT.

5. *Sed & pacti*] Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamiã 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 pretio quantocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio; nam inhumanum esset veniã nullum locum dari, l. 6. §. 3. de his qui not. inf. In actionibus vero quæ famosæ sunt ex contractibus paciscens infamiã non notatur; quoniam in his causis non tam turpis est pactio, & potius hic de eo quod adversarii interest interposita præsumitur quam ex conscientia doli, l. 7. eod. Atque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in l. 73. de proc. reum actione famosa conventum infamiam declinare posse si tantam pecuniam quanta petitur actori solverit, aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit; quamquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. ad §. 10. Inst. de injur.

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. Omnia autem actionum instituendarum principium ab ea parte editi proficiscitur qua prætor edicit in jus vocando. Utique 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 postulerint & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum poenam solidorum quinquaginta constituit.

Summ. tit. 7. & l. 4. ejusd. tit. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 Partes processus judiciarii.
- 2 An in jus vocatio pars sit judicii.
- 3 Effecta in jus vocationis.
- 4 Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.
- 5 Quid intersit inter citare & in jus vocare.

Concluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia quæ hætenus 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 Imperatores in l. 1. C. de exec. rei jud. in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine quo ad eam pervenitur secerni potest.

2. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio; ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt; sed hoc alii & plures negant, quoniam judicium non ante coëptum dicitur quam lis est contestata, l. ult. C. de lit. contest. l. 15. ratam rem hab. Gail. 2. obs. 48. & 74. Wesemb. par. de jud. n. 6. Christin. vol. 2. decis. 149. n. 12. & decis. 155. n. 9. Dissidium non difficile compositum. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima, Wesemb. ad rubr. C. de jud. 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. Marant. spec. aur. part. 5. n. 2. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est quam litis contestatio &c. Posteriore proprie judicii pars non est, quamquam 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 basim & fundamentum processus. Gail. d. obs. 48. & d. obs. 74. n. 1.

3. Effecta in jus vocationis hæc fere sunt: (1) ut si quis postea quam in jus vocatus est alterius fori esse coeperit, puta mutatione domicilii aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, l. 7. de jud. (2) quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est ut is, delegante post propositum citationis editum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, cap. gratum 20. de off. deleg. (3) quod post citationem in actionibus in rem res de qua agitur li-

rigiosa esse incipit, *auth. litigiosa C. de litigior.* Vid. Covar. *pract. quest.* 13. n. 6.

4. *In primis adversarius in jus vocandus est*] Qui iudicio 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 iudicio contendere; & si contendendum putet ut veniat instructus, *l. 1. de edend. auth. offeratur C. de lit. cont.* Unde intelligimus hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci nihil statui posse; & si contra factum sit id pro infecto habendum nec rei iudicatæ auctoritatem obtinere: facit *l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito; quoniam sic deficit una ex personis quæ ad constitutionem iudicii necessario requiruntur; neque iudex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione quæ naturalis est. *Clement. pastoralis de re jud. Petr. Greg. 48. syntag. 2. n. 28. Damhoud. prax. civ. cap. 54. n. 3. Gail. 1. obs. 48. & de pac. publ. 5. n. 6. Merul. lib. 4. dis. 4. sect. 1. tom. 4. cap. 1. Christin. vol. 1. decis. 89.*

Qui jus dicturus sit] In jus vocare est, ad eum vocare qui jus dicturus est juris experiundi gratiâ, *l. 1. de in jus voc. & hoc tex.* Iudicem igitur ad quem vocatio fit oportet aut tribunali præesse aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum qui nudam dumtaxat notio-

nem habet, hoc est ad iudicem pedaneum vocatus, impuæ non parebit, *l. 3. §. 1. ne quis eum qui in jus voc.* Additur in *l. 1. juris experiundi causâ*, qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus nisi ea gratiâ ut cum eo liceat jure iudicioque experiri si ve agere de re quæ in iudicium vocatur.

5. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam Veteres, qui verbo *citare* numquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi *citandi* latior etiam nunc usus est quam in jus vocandi; quippe citationi locus est etiam post coeptum iudicium, & in quavis parte iudicii: veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione quæ iudicium præcedit dicatur dumtaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet & quam vim habeat cognosces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. lib. 1. & seqq. Gail. 1. obs. 48. & seqq. & obs. 74. n. 16. & seqq. Myns. 6. obs. 10. Christin. vol. 2. decis. 89. VINN.* Quibus adde integr. *tit. 3. lib. 2. for. legg. tit. 7. Part. 3. tit. 3. lib. 4. Recop. & Interpretes* nostros passim ad *has leges*. ADDIT.

Parentibus & patronis] Hac de re copiosse explicatum est sub §. 12. *Inst. sup. de action.*

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

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 jus vocatus est neget quod intenditur & cum actore paratus sit contendere, negotio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda litis contestatio dicitur: de quo ritu vid. *Pet. Fab. 2. semest. 24. Rævard. pro tribunali. 11. Cujac. 9. obs. 21.* per litis contestationem potestas fit iudici de re cognoscendi & judicandi: antè nihil cognosci aut definiri potest. *Nov. 53. cap. 4. tot. tit. x. ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic recte nunc definitur (nam verus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud iudicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eam rei conven-

ti responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. 14. §. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calumn.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta & quæ statum causæ iudici demonstrat. Cumque lis esse non possit nisi unus affirmet alter neget, apparet litis contestationem non fieri nisi quemadmodum defini, per contradictionem ejus quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, *d. l. 14. §. 1. C. de jud. Vigl. de lit. contest. cap. 1. Obrecht. cap. 2. n. 16. & seqq. D. Perez ad tit. C. eod. n. 3. & 4.* Et male igitur *Gloss. in cap. un. x. 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 iudicium constitutum esse intelligitur, d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. 35. de usur. junct. l. 1. C. de jud. Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima iudicii pars si vocem iudicii proprie & stricte accipimus, & à DD. appellatur iudicii principium formale, cujus effecta congesserunt Gail l. obs. 76. & 2. seqq. Merul. d. tit. 6. cap. 2. Perez in Cod. de lit. cont. n. 8. & D. Tuld. ibid. n. 3. Sunt autem fere hæc: (1) per litis contestationem statim res subijcitur cognitioni iudicis: (2) actiones omnes quæ aliàs tempore aut morte periturae essent, semel iudicio inclusæ salvæ permanent, §. 1. Inst. sup. de perp. & temp. act. ll. 26. & 58. de obl. & act. ll. 87. & 139. de reg. jur. (3) actiones quæ aliàs 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 instric- tis iudiciis quibus agitur ad consequendum quod nostrum non fuit, l. 38. §. 7. de usur. (5) excludit exceptiones dilatorias, ll. pen. & ult. C. de exc. & in universum actoris conditionem meliorem facit, l. 86. cum seq. de reg. jur. (6) litigatores in eodem iudicio retinet, l. 30. de judic. & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, l. 10. C. d. tit. adeoque actorem petitioni mutux (re- conventionem vocant Pragmatici) obnoxium reddit, l. 22. eod. tit. l. 14. & auth. & consequenter C. de senten. & interloc. Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitari; quamquam sunt causæ quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Myns. 1. obs. 1. & 38. & 3. obs. 74. Gail. dd. loc. Merul. d. tit. 6. cap. 2. Christin. vol. 4. decr. 155. n. 2. Constituto sic per litis contestationem iudicio statim res ad cognitionem iudicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio iudicis in genere.

Superest ut de officio iudicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne

aliter iudices quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

Act. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.

COMMENTARIUS.

- 1 Aliud esse officium jus dicentis, aliud iudicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium iudicis nobile; huic, quod mercenarium; & in quibus hæc consistent.
- 2 Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.
- 3 Officium iudicis in iudicando quale.
- 4 Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item licet injustæ valeant nisi provocetur.
- 5 Utrum iudex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata iudicare debeat.
- 6 Omnes iudices etiam supremos secundum leges & mores iudicare debere.

1. **A**liud est Veteribus officium jus dicentis, aliud officium iudicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis, illud Interpretes vulgo officium iudicis 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, iudices litigantibus dare, jubere cavere prætoriam stipulationem, ll. 1. & 4. de jurisd. sententiam iudicum à se datorum exequi, l. 15. de re jud. multam dicere, pignora capere, l. 1. si quis jus dic. non obtemp. l. 4. §. 2. de damn. inf. Sic hodie cum magistratus non servato iudicii ordine reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta casione sylvæ, cultione agri &c. idque sub poena, addita clausulâ, 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 prætorii & officio iudicis nobili. Oldend. in præfat. class. c. de off. jud. D. Tuld. hic cap. 1. Ad officium iudicis pertinet causam cognoscere, l. 9. C. de jud. dare & moderari dilationes, l. 7. de fer. & dilat. jubere cavere stipulatione iudiciali, §. 1. Inst. sup. de div. stip. denique de re cognita pronuntiare; nam &

sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali quam super usuris fructibus sumtibus litis aliisque accessionibus, l. 74. de judic. l. 49. §. ult. de act. emt. dicta autem semel sententiâ cessant partes judicis, & succedunt magistratus, l. 55. de re jud. Igitur ad officium judicis duo hæc maxime expectant, causæ cognitio & judicatio. Causæ cognitio quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. pr. aul. Rom. cap. 2. n. 7. & Grav. ad Vestr. ibid. Consistit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, l. 3. de in int. rest.

2. Cognoscitur autem causa ex iis quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctorie ac summatim, ut interdum fit cum de re aliqua non ex professo agitur sed dumtaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens id quod contra afferatur si altiore quæstionem habeat in aliud tempus rejicere solet, l. 3. §. 4. de Carb. edit. l. 16. §. 4. de re jud. (consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrum præf. aul. Rom. lib. 5. cap. 1. & seq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & seq. Myns. 3. 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 judicii natura non repudiat prætermittit quin audiat cognoscatque, l. 9. C. de judic. & ibi Doctores. Causâ sic disceptata ac cognita superest ut judex qui de re cognovit etiam judicet seu sententiam ferat, l. 74. de judic. in qua ferenda quid pro officio observare debeat docet deinceps Justinianus.

3. Nec aliter judicet quam legibus] Judici permisum non est quo velit modo ita judicare, quippe qui legum minister non arbitretur. Sed cavere debet ne aliter judicet quam legibus aut moribus est proditum; hoc text. l. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus C. de judic. Nov. 126. cap. 1. ubi jubentur iudices νέμειν ἐν τῷ νόμῳ διδόναι ψήφου, legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradide-

runt iudicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini cap. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis sed secundum ipsas judicandum. Potest sane iudex verba legis si duriora videantur æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet; quin immo id facere jubetur, l. 8. 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 Cæcin. cap. 23. calumniatoris est; boni iudicis scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere. At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate quæ communiter in omni lege inesse putatur dissideant (cujus rei exemplum habemus in l. 22. §. 1. 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, ll. 1. & ult. C. de legib. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. cap. 2.

4. Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causâ non cognita, aut non publice & palam ac more majorum, aut non præsentibus iis inter quos res agitur dicta, tit. C. quem. & quand. jud. quæ ex scripto recitata non est, C. de sent. ex brev. 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. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. appell. 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 qui 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, ll. 27. & 32. ff. de re 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 usu-

rarum à se peti posse ex constitutionibus : judex reum in eam quantitatem quæ petita est condemnat, existimans eas constitutiones nihil ad rem facere; quamvis judex id imperite & juste faciat, rei tamen judicata standum esse responsum est, *d. l. 27. junct. d. l. 32. de re jud.* Diversa causa est si pronuntiasset usurarum usurarum peti posse; tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnet: qualis sententia cum non solum *adixos* (*injusta*) sit, sed etiam *παράνομος* de lege ipsa & contra eam directo lata, ipso jure nulla est; & ideo nec provocacionis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. 19. de appell. d. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. 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. & 122. & seqq. Zas. Duar. & DD. in d. l. 27. de re jud.* ubi recte observant verba *condemnavit contra leges & sacras constitutiones*, non esse judicis pronuntiantis sed Jurisconsulti casum referentis. VINN. Apud nos cum agitur de nullitate sententiæ intra sexaginta dies proponi debet actio *de nullitate* coram eodem iudice qui pronuntiavit; cum vera appellatur causa deferitur ad superiorem. Itaque appellatio & querela de nullitate diversa judicia sunt. Id vero intelligendum est cum principaliter de nullitate agitur; secus vero si accessorie; tunc enim simul de injustitia & nullitate sententiæ apud superiorem judicem cognoscitur; frequenter enim ita in libellis concludimus, *se declare la sentence mala, & se revoke como injusta.* Hæc & id genus plura legis in *Cur. Philipp. part. 1. §. 18. n. 11. & seqq. ADDIT.*

5. Et igitur in statu juridicali seu questione 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. suppl. & ibi 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. præ.* Pro in 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. advoc.* ubi Glossa & DD. nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua quæ non fuit

allegata, ex instrumento quo probatur obligatio & actio appareat. Ranchin. *in not. ad Guid. Pap. 221. Christin. vol. 2. decis. 165. n. 1.*

6. Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *d. l. 5. §. 1. de off. præ.* plerique censuerunt, etiam si liquido iudici 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 secundum probata eum quem scit esse innocentem condemnat. Canonistæ in cap. *Pastoralis 28. §. quia vero x. de off. deleg. Cyn. in l. un. C. ut quæ des. adv. Covar. 1. res. 1. Clar. lib. 5. §. fin. pr. crim. quest. 56. n. 2. Cacheran. decis. 79. n. 43. & seqq. Christin. vol. 2. decis. 148. n. 21. & vol. 1. decis. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longe tutius videtur ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundum ea quæ probantur. At qui hoc facit non potest non judicare secundum conscientiam; quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fides faciendâ nisi iudici? Huic enim eorum quæ allegantur examen mandatum est, & ita mandatum ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *l. 3. de testib. & prout religio suggerit sententiam proferre, l. 79. §. 1. de judic.* Jam vero si ea quæ allegantur pugnent cum scientia iudicis, fidem iudici facere non poterunt cum falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia iudicis in publicam aut privatam non habet. Neque obstat, *d. lex 6. §. 1. de off. præ.* nam & ibi jubetur præses non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate quæ ex iis quæ probantur perspicitur moveri. Itaque arbitror & divino & humano juri consentaneum esse ut judex in questione facti & animi sui sententia religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat spreis testimoniis, quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maxime si talis est judex ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est à quo provocari potest, satius est eum à judicando abstinere, & testimonio suo quantum in se est causam ejus cui injuria fit apud judicem superiorem adjuvare; ne temere

publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consentunt fere Coras. 4. *misc.* 20. *Hotom. illustr. quest.* 27. D. Tulden. 3. *de princ. jurispr.* 6. & in *comm. hic. cap.* 3. eoque etiam inclinare videtur Costal. ad d. l. 6. §. 1. *de off. præf.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus; cum difficulter contingere possit ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis quibus nihil obijci queat.

6. *Legibus constitutionibus aut moribus pro-*ditum) Præceptum hoc ad omnes iudices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant sive aliter iudicent; quamquam sunt qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov.* 8. *cap.* 12. nominatim de præsidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Novellâ* 82. *cap.* 13. VINN. Quibus legibus apud Hispanos iudicari oporteat diximus *sup. lib.* 1. *Inst. tit.* 2. §. 9. sed legere juvabit *Aff.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop.* ubi illa vel obsoleta vel oblitterata severius sancuntur. ADDIT.

TEXTUS.

De iudicio noxali.

1. *Ideoque si noxali iudicio aditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publicum Mævium Lucio Titio in decem aureos condemnno, aut noxam dedere.*

L. 16. tit. 22. Part. 3.

COMMENTARIUS.

UT sententia iudicis valeat & res iudicata esse intelligatur necesse est reum aut absolvi aut condemnari, l. 1. ff. *de re jud.* l. 3. *C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet; incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. 32. *Inst. sup. de aff.* nisi natura rei petitiæ obstet quominus certa sententia ferri possit: veluti in iudiciis universalibus, qualia sunt petitio hereditatis & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur; nam eodem modo condemnatio faciendâ, ne per sententiam reo auferatur jus electionis. Vid. Notata *sub d.* §. 32. 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 iudice sed à lege est, l. 6. §. 1. *de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 2. Inst. de nox. aff.*

Aut noxam dedere] Τὸν ἐλάττω, corpus ipsum quod nocuit, §. 1. *Inst. sup. de nox. aff.* Similis locutio est in *lege 1. in fin. pr. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram iudice, si-ve contra petito-rem iudicaverit absolvere debet possessorem; si-ve contra possessorem, jubere ei debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsentem se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causâ petere: indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituerit. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum quos culpâ sua possessor non perceperit, si-ve illorum quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædofuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur qui culpâ possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

L. 5. tit. 27. Part. 3.

COMMENTARIUS.

- 1 *Tempus iudicatis indultum in actionibus in personam.*
- 2 *Qui possessores quos fructus quatenus restituere debeant. Summatim.*

HOC §. agitur de officio iudicis in actione in rem, tum singulari seu rei vindicatione, tum universali sive petitione hereditatis; doceturque 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 habi-

turus foret petitor si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, l. 17. §. 1. l. 20. de rei vind. Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindictio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juravit, l. 46. de rei vind. l. 5. & 8. de in lit. jur. Nonnumquam & possessori ob contumaciam manu militari seu per executores litem rem auferri, puta si id petitor maluerit & sua interesse doceat, l. 68. de rei vind. quomodo apud nos semper proceditur, art. 172. instr. Cur. Holl. add. not. sub §. præterea 31. Inst. sup. de act. Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, l. 13. §. 6. C. de jud. de quo explicatius tit. præc. sub §. 1.

Cum fructibus] Etiam si expresse petiti non sint, l. 35. §. 5. de rei vind. 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 ejus in formula mentionem fecerit, l. 38. de her. pet. l. 73. de procur. l. 9. §. 1. de furt. l. 49. §. 1. de act. emt. Adde Myns. 4. obs. 55. Christin. vol. 2. decis. 105. n. 2. Vant. de nullit. sent. ex defect. proc. n. 97. ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissentiunt D. Tulden. comm. hic cap. 8. & D. Perez ad tit. Cod. de rei vind. n. 16.

1. Sed si possessor] Si possessor causetur si non posse in præsentem rem restituere & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari & moderatum tempus concedere intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, l. ult. C. de usur. rei jud. 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, nonnumquam tantitemporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitiæ æstimationem. VINN. Apud Hispanos in actione personali spatium indulgetur reo decem dierum ad solvendum; in actione vero reali judicis arbitrio permitti-

tur dare inducias victo ad rem petitam tradendam, l. 5. tit. 27. Part. 3. Gregor. Lopez ad ipsam legem. ADDIT.

2. Eadem circa fructus] Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, l. 4. §. 2. fin. reg. in petitione hereditatis etiam consumptorum nomine tenetur in quantum locupletior factus, l. 25. §. 11. de hered. pet. In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cetera corpora hereditaria, l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. quam ob causam forte mox additur *pro* pene. Malæ autem fidei possessor fructus omnes etiam qui consumti sunt una cum re restituere debet, d. l. 40. §. 1. de her. pet. l. 22. C. de rei vind. teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis qui non percepti honeste percipi potuerunt, hoc text. l. 33. de rei vind. Nec refert ab initio quis mala fide possederit an postea possidere cœperit, l. 48. §. 1. de adq. rer. dom. Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tamquam malæ fidei possessores tenentur, l. 23. §. 7. ff. de her. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. expens. Fusius hæc explicui sup. §. 35. Inst. de rer. div. & lib. 1. sel. quest. cap. 25. & seq.

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

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 ut 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 negat reus cum quo ad exhibendum actum est in præsentem se exhibere posse, & tempus exhibendi causâ petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat se restitutum. 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.

L. 16. cum seqq. tit. 2. Part. 3.

COM-

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcurso quædam est & præparatio actionis in rem de re mobili; nam propter vindicationes potissimum introducta est, l. 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, l. 3. §. 1. l. 9. *cum seqq.* & passim *eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrahendæ, 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. §. 5. *eod.*

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeat 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 absolvi debet. Ceterum si dolo aut culpâ ejus deterior facta sit tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, l. 17. *ad exhib.* 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. §. 5. l. 10. *& seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta foetus animalium, partus ancillarum, denique id omne quod habiturus esset actor si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, l. 31. *de reb. cred.* l. 20. *de rei vind.* & *hoc text.* de quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta] L. 9. §. 6. *ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interruptitur, sed pendente etiam lite impleri potest, l. 18. d. l. 20. *de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit; quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis; nam quia præscriptiones temporum facti sunt, placebat eas per litis contestationem plene interrupti, l. 10. *C. de adq. poss.* l. 1. 2. *& 10. C. de long. temp. præsc.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, l. 2. *& 3. C. de annal. exc.* Vid. *sup.* §. 12. *Inst. de usuc.*

Fructuum medii temporis] Commoda quoque rei externa, ut fructus, puta fœtus animalium, item partus ancillarum unâ cum exhibitione in hoc judicio veniunt, d. l. 9. §.

pen. Quod tamen hand dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit, cum Accursio in d. §. *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 unâ cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut iudex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Olden. *clas. 3. act. 1. quest. 7. Sich. in rubr. C. ad exhib. n. 8.*

Tempus exhibendi causâ petat] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à iudice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione & cautionem offerenti de re cum poterit exhibenda. Causæ hujus generis indicantur *lege §. §. 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. *lege 9. §. pen. & ult. l. 10. & seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio: adversus contumacem quanti actor, utique qui jure domini exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus ceteros quanti res vere est, l. 3. §. 2. d. l. 6. §. *ult. eod. l. 5. de in lit. jur.* VINN. Usus hujus actionis hodie rarior est; nisi quod rei vindicatione aliquando conjungi solet. ADDIT.

TEXTUS.

Familiæ erciscundæ.

4. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes obsequuntur.

L. ult. tit. 15. Part. 6.

COMMENTARIUS.

TRitum est sententiam debere respondere petitioni & conformem esse libello: quod à jure non abhorret, si sane accipiat. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet, aut condemnatio in rem alienam fieri quam quæ in judicium deducta est, & cujus judicatio judici permissa, l. 18. ff. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert. Gail. 1. obs. 66. Schneid. in §. 32. Inst. sup. de aff. n. 4. Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligimus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis heredibus] Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hereditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet heres heredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis heredibus adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur; nam si fundi hereditarii commode per regiones dividi possunt, nihil impedit quominus ita dividantur; sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet hunc invicem] 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. ercisc.

Eo quoque nomine] Heres coheredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hereditarii perceperit, vel rem hereditariam corruperit consumseritve, vel quod coheres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, l. 16. §. pen. l. 18. §. 3. l. 25. §. 15. & 18. l. 44. §. 5. fam. ercisc. Atque hæc sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus fusi alibi explicatum est, nimirum §. 3. Inst. sup. de obl. quæ quasi ex contract. & §. 20. de aff.

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt & si communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus

commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecuniâ alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte aut mulus erit de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecuniâ condemnandus est.

L. 10. tit. 25. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Judicium communi dividundo ut fine eodem, ita iisdem rebus constat quibus judicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione & iisdem præstationibus personalibus, l. 3. comm. div. Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua & in præstationibus personalibus idem in hoc quoque judicio observatur, d. l. 3. l. 6. §. 1. & seqq. eod.

Quod de una re] Cum de re una dividenda agitur, si quidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ, & si cujus portio major esse videbitur is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, l. 1. C. comm. div. Quod si res partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur ne servo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecuniâ damnandus, l. 3. C. eod. tit.

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentiis finibus distingui agros commodius sit quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo casu conveniens est ut is alteri certa pecuniâ debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratiâ, 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.

L. 10. tit. 15. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Judicium finium regundorum rarius admit-
tit adjudicationes & condemnationes mu-
tuas quam judicia superiora, quia in judicio
finium regundorum de agris tantum & fundis
agitur, qui facile per regiones dividi possunt.
Deinde quia apud judicem finium regundo-
rum non agitur de re communi ut ea divi-
datur, sed de re quam quisque suam esse con-
tendit, ut finibus ad normam suam redactis
quod quisque intra fines istos habet id totum
retineat; si quid amplius, id vicino restituat-
ur, l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. fin. reg. quo
intuitu actio finium regundorum dicitur pro
vindicatione esse, l. 1. eod. & causæ proprie-
tatis coherere, l. 3. C. eod.

Uno casu necessaria est) Si de finibus constet
per evidentes & manifestos limites judicis of-
ficiū est eos custodiri. Si turbati sunt aut
obscurati, ita tamen ut eorum vetera vesti-
gia appareant, à judice renovandi & eviden-
tius distinguendi sunt, l. 3. de term. mot. cap.
ex literis. 1. x. de probat. Quod si nulla ve-
terum finium vestigia appareant nec probari
possint, novi fines ex consilio agrimensorum
constituendi, l. 2. §. 1. ll. 3. & 8. ff. fin. reg.
l. 3. C. eod. Myns. 6. obs. 27. Uno autem ca-
su permittitur adjudicatio, si videlicet fines
recte dirigi non possunt, vel propter loci in-
æqualitatem, vel propter veterum finium in-
certitudinem, & ideo aliis finibus evidentio-
ribus agrum distingui expedit. Nam cum hic
necesse sit ex unius agro partem aliquam de-
trahi & alterius agri domino adjici, res
transigenda adjudicatione & condemnatione,
d. l. 2. §. 1. ll. 3. & 4. eod. De probatione fi-
nium adeundi Hieron. de Monte tract. fin. reg.
cap. 50. & seqq. Myns. 6. obs. 25. Wesemb.
par. hoc tit. n. 7. Christin. vol. 2. decis. 183.
n. 5. & seq.

Evidentioribus finibus) Quippe publice in-
terest evidenter distinctos esse agrorum termi-
nos. Ovid. 2. Fastor. v. 660. de Deo Terminis:
Omnis erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiose) Duo hic ait
Justinianus: primum, eum quoque hoc judi-
cio condemnandum qui quid malitiose circa
fines admisit, puta lapides finales furatus est,
arbores finales excidit; deinde hoc eodem ju-
dicio etiam contumaciæ nomine condemnatio-
nem fieri, veluti si quis mensorem missum ad
declarandos terminos metiri agrum non patiat-
ur. Solent enim judices in lite finium diri-

Tom. II.

menda uti arte & operâ agrimensorum, l. 8.
ff. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte d.
tract. cap. 31. & seq. Myns. 6. obs. 27. Chri-
stin. vol. 2. decis. 184. & seq. Quod de con-
tumacia hic dicitur idem traditur apud Ulp.
l. 4. §. 3. eod. In quid igitur condemnabitur
contumax? In id scilicet quod adversarii in-
terest. Nam multatam irrogare, quæ poena esse
solet contumaciæ, non pedanei judicis sed
magistratus est. De delictis admissis circa fi-
nes, veluti de terminis dejectis vel exaratis,
lapidibus amotis, arbore terminali excisa ju-
diciū criminale constitutum est *De termino
moto*, tit. ff. de term. mot. Et potest quidem
judex qui de hujusmodi crimine cognoscit
etiam de finibus cognoscere, l. 4. §. 4. fin. reg.
Sed è converso judex qui cognoscere cœpit
de finibus, non poterit cognoscere de crimine
& delinquentem extra ordinem coercere, jux-
ta leges 1. & 3. de term. mot. Neque ea mens
Justiniani est; sed hæc, delinquentem etiam
hujus admissi nomine à judice finium regun-
dorum civiliter adversario suo condemnan-
dum 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 ex-
tra ordinem agi possit de termino moto. Hie-
ron. de Monte d. tract. cap. 34. & seq. D. Tul-
den. comm. hic cap. 6.

Lapides finales) Sive terminales, qui & gru-
mi: οἱ τῶν ἁγῶν λίθοι, οἱ διαπιστώτες τῶν ὁρίων
λίθοι, (lapides terminorum; lapides terminos
definientes) qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudica-
tum fuerit, id statim ejus sit cui adjudicatum est.

L. 52. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

Quod in tribus istis judiciis familiæ creis-
cundæ, communi dividundo, finium re-
gundorum uni ex coheredibus sociis
aut vicinis adjudicatum est, id illi statim ad-
quiritur, ut hic scribit Justinianus, & diser-
te quoque testatur Ulpianus in fragment. tit.
19. §. 15. Quæ res magni erroris causam præ-
buit Interpretibus. Hinc enim inferre & pro-
bare

bare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri: quod à veritate abest quam longissime; neque aliunde apertius hic error vincitur, quam ex hoc ipso & dicto 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 jus esset in omnibus ceteris? Sed neque existimandum est in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri ut dominium in unum transferatur; sed totum hoc pender à potesta-

te adjudicationis, quam lex XII. tabb. unum esse voluit ex modis acquirendi domini jure Quiritium, relatis apud Ulp. in *fragm. 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.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem; quia rem suam extra conditionem furtivam nemo condicit, §. 14. *Inst. de aff. l. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* Atqui personalem eam actionem esse inter omnes constat. HEIN.

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. lib. 48. tit. 1. Et Part. 7. tit. 7.

Ratio hujus tractationis.

Absoluta promodo instituti operis ea parte juris cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privatitatis, textit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare; quamquam 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.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur neque omnino quidquam simile habent cum ceteris judiciis de quibus locuti sumus; magna quoque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

COMMENTARIUS.

Judicia privata quomodo constituentur & exerceantur intelligi potest ex iis quæ dixi

sub *pr.* & §. 1. *Inst. de aff.* Publicorum judiciorum exercendorum longe 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. cap. 3.* Barn. Brisson. *lib. 2. select. Antig. 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 coeperunt, durante tamen poena legum, l. 8. *de publ. jud. l. 15. §. 1. ad senat. Turp. l. 1. §. ult. l. 13. de poen.* Illud etiam mansit, ut is qui accusare paratus est ad eum cui judicii publici exercitio obigit rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat profiteatur; deinde & in crimen subscribat, id est interprete Ulp. *lege 3. §. 2. de accus.* libello subscribat se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstrigit, l. ult. *C. d. rit. l. ult. C. de calumn.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executio eorum plerumque datur.*

COM-

COMMENTARIUS.

- 1 Libertatem accusandi hodie sublatam.
2 Criminalia judicia nunc omnia publica facta.

Civis ex populo) D. Hotomannus contra, ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æque & universæ ad omnes pertineant. Sane si ratio quaeritur cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis ex populo permessa, 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. verisimil. cap. ult. add. Cujac. 8. obs. 33. Bene Chrysost. Homil. ad Antioch. Κοινὸν ἐστὶ τὸ ἐγκλημα, ἀμείνουν τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἐκείνῳ τῶν βλομμένων κατηγορεῖν* (commune est delictum, publica injuria, liberum est cuivis volentium accusare.)

Perumque) Pro fere dixit: illud significans quod Ulp. lege 42. §. 10. de rit. nupt. scribit, publico judicio cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos qui enumerantur legibus 8. 9. & 10. de accus.

1. Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet ē populo ad accusationem admittitur, sed soli Advocati Procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est universo hoc accusandi munere demando publicæ alicui personæ.

2. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur; nam videmus in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum; & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum &c. *Clar. lib. 5. §. 1. n. 6. idem de jure Canonico affirmat ex Glossa in cap. 6. quest. 1. VINN.* Quæ hic auctor de hodiernis moribus cum Hispaniæ praxi consentiunt. ADDIT.

TEXTUS.

Divisio.

1. Publicorum judiciorum quedam capitalia

sunt quedam non capitalia. Capitalia dicimus quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cetera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt sed non capitalia.

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus) Quamvis caput in jure civili aliàs vitam, aliàs libertatem, aliàs civitatem, aliàs familiam, aliàs existimationem significet, l. 103. de verb. sign. in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita civitas & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum poena 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. 21. de poen. Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant cujus non alia poena quam mors est; sed κατ' ἐξοχήν (per excellentiam) l. 4. ff. de pen. l. 18. C. de transact. Qui gradus sint capitalium criminum docet lex 28. de poen.

Infamiam cum damno pecuniario) Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. 8. inf. hoc tit. Interdum & in corpus aliqua coercitio poena est, d. l. 2. inf. hoc tit. Sive autem capitalia sint sive non sint, famosa semper sunt: hoc est, damnatum publico judicio sempersequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla. De læsa Majestate.

3. Publica autem judicia hæc sunt: lex Julia majestatis, quæ in eos qui contra Imperatorem vel Rempublicam aliquid moliti sunt suum vigorem extendit. Cujus poena animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.

Vid. tit. 2. Part. 7.

NOTA.

3. Cujus poena animæ amissionem sustinet) ψυχῆς ἀπώλειαν Anima pro vita. Sallust. Catil. cap. 20. libertas & anima nostra in dubio est.

COMMENTARIUS.

- 1 Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majestatis in specie.

DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ Majestatis; unum perduellionis, quod est crimen immutatæ 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 *lex 1. cum 3. ll. seqq. ad leg. Jul. Majest.*

1. Quadruplicem autem inter Majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est, quod Majestatis crimine tenentur ii qui vel partem aliquam Reip. læserunt: veluti si quis duces hostium accepta pecuniâ liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit vir cl. Ant. Matth. *lib. de crim. de læsa Majest. cap. 2. n. 3.*), aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit qui summam Reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod Majestatis crimen in foro apud suum prætorem pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrii. 3. & 7.* cognoscitur; perduellio vero primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis, post autem à Pop. Rom. Comitibus centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat; & *Livius lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert, Duumviros qui de perduellione inquirerent creatos. Tertia, quod Majestatis crimen non morte sed exilio mulctatur, *l. 24. de poen.* perduellionis vero damnatus in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *ead. orat. Cic. & ex Dione lib. 37.* cognoscitur. Quartam differentiam Ulp. ostendit *lege ult. ad leg. Jul. Majest.* ubi ait, Majestatis imminutæ crimen rei morte obliuari; perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur; sed omnes qui adversus Principem aut statum Reipublicæ quibuscumque modis aliquid moluntur promiscue rei Majestatis dicuntur, & omnium eadem est poena, nimirum capitis. *Mys. hic n. 5. & 6.*

2. Et memoria rei] Multa circa poenam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congerun-

tur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo & nondum postulato crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoriâ bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. 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.* & conscii qua actores ipsi *l. 3. C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamiâ, *d. l. 5. C. eod.* Sane legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *cap. 14. lib. 2. Reg. & cap. 25. lib. 2. Chronic.* nec omnino temere est quod D. Budæus in *annotat. in tit. π. ad leg. Jul. majest.* existimat, auctores d. legis 5. Arcadium & Honorium poenitentiam postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem quæ extat in *l. 22. C. de poen. Add. Petr. Fab. 3. semestr. 8. Covar. 2. resolut. 8. Nai ras (præ aliis) C. Anton. Matth. de criminib. ad tit. ff. ad leg. Jul. Majest. cap. 3. n. 10. VINN.* Immo ad d. legem intelligendam præ ceteris facit singularis Jac. Gothofredi commentatio, cui jungendus luculentus collegæ olim conjunctissimi Nic. Hieronymi Gundlingii commentarius de crimine Majestatis: ubi & de usu dirissimæ legis multa haud proleteria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.

De adulteriis.

4. Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam boneste viventem stupraverit. Poenam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si bonesti sunt publicationem partis dimidiæ bonorum; si bumiles, corporis coercionem cum relegatione.

Vid. tit. 17. Part. 7.

COMMENTARIUS.

1 Inter stuprum & adulterium quid intersit.

Adulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adul-

adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, l. 6. §. 1. l. 34. §. 1. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. 101. de verb. sign. & hoc textu adulteri περιφρασίως (per circumlocutionem) dicuntur alienarum nuptiarum temeratores; nec hoc à sacra Scriptura veteris testamenti abhorrire quidam existimant, per text. Lev. 20. v. 10. Deut. 22. v. 22. Gen. 23. Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, can. 34. quest. 4. can. 15. can. 19. cum seqq. quest. 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. Matth. 19. v. 9. Marc. 10. Lucæ 6. v. 18.

Gladio punit] Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex lege 30. C. hoc tit. quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito lib. 1. 2. & 3. annal. & non obscure probat lex 5. de quest. Certe capitalem non fuisse arguunt lex 16. de divor. l. 11. ad leg. Jul. de adult. l. 14. de testib. l. 13. de his que ut indign. & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit Novellâ 134. cap. 10. Divus Augustin. lib. 3. de civ. Dei diserte scribit, Romanos adulteras fœminas quamvis aliqua damnatione nullas tamen morte mulctasse. Ut dubitandum non sit quin lex l. 18. C. de transact. & l. 9. C. ad leg. Jul. de adul. interpolatæ sint à Triboniano. Ceterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plene caverat. Legibus Mosâicis adulterium item capitale est, & tam mœchus quam adultera morte puniuntur, Levit. 20. v. 10. Deut. 22. v. 22. VINN. Apud Hispanos qua pœna adulteri afficiantur discas ex lege 1. tit. 20. lib. 8. Recop. Adde Pichard. hic. ADDIT.

Cum masculis nefandam libidinem] L. 31. C. ad leg. Jul. de adult. quæ est Constantii & Constantis. Præpostere Veneris seu παιδεγασίας & sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concrematio est. Damhoud. prax. crim. cap. 96. Clar. §. Sodomia n. 4. Gudelin. de jur. nov. lib. 5. cap. 18.

1. Stupri flagitium] Lege Julia non modo de adulteriis sed etiam de stupris cavetur, l. 6. §. 1. ad leg. Jul. de adult. ubi Papinianus ait legem stuprum & adulterium promiscue appellare; sed proprie adulterium in nuptam committi, stuprum vero in viduam virginemve, quod Græci φθῆγῶν (virium) appellant; & ita quoque fere Modestin. in lege 101. de verb. sign. Idem Modestinus in l. 34. §. 1. ad leg. Jul.

de adult. adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua vel virgine vel puero. Quod autem Papinianus d. l. 6. §. 1. & Modestinus d. l. 101. ajunt, legem Juliam promiscue & 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 proprie dictum est.

Honeste viventem] Σεμνόν. 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. ad leg. Jul. de adult. Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinarum jure Romano permissus erat. Et hoc est quod Modestinus scribit, stuprum committere qui liberam mulierem consuetudinis causâ non matrimonii secum habet, excepta concubinâ, l. 34. pr. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 3. pr. de concub.

Stupratoribus si honesti sunt] Stupri damnavit si honestæ existimationis fuit dimidia parte bonorum mulctatur; sin turpis verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter l. 7. C. de incest. nupt. Lex Attica stupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam vel dotaret; Lex Mosâica ut & duceret & dotaret. Deut. 22. v. 19.

TEXTUS.

De sicariis.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui hominis occidendi causâ cum telo ambulant. Telum autem, ut Gajus noster ex interpretatione legum XII. tabb. 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 Græca voce τὰ τεῦ (procul) figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine; nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τῆ βάλισσας (jácere). Admonet nos Xenophont;

nam

nam ita scribitur: καὶ τὰ βίβη ὁμοῦς ἐφέετο, λόγχαι, τοξόματα, σφενδόαι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι (Tela etiam simul ferebantur, lanceæ, sagittæ, fundæ; plurimum vero lapides). *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 publice vendiderint.*

Vid. tit. 23. lib. 8. Recop.

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 judiciorum temporibus Marciani & Modestini honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant capite puniebantur, id est morte: humiliores etiam bestiis subijciebantur, l. 3. §. pen. in fin. l. pen. ad leg. Corn. de sicar. Paul. 6. sent. 23.

Ultore ferro) Scriptum hoc à Triboniano accommodate ad sui temporis rationem; nam pœnâ capitis jam tum indistincte homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex Divina. Exod. 21. v. 12. Lev. 24. v. 17.

Qui hominis occidendi causâ) Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ sed etiam qui hominis occidendi causâ cum telo fuerint 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 detertere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœnâ legis ordinaria plectitur, teste Claro lib. 5. §. ult. quest. 91. Ant. Math. de crim. cap. 3. n. 10. & seq. ff. d. tit. Sand. lib. 5. tit. 9. defin. 11.

Telum autem) Hic locus descriptus est ex Gajo l. 233. §. 2. de verb. sign. & est satis planus. Ceterum non dubito quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maxime intellexerit; quamvis propria teli significatio quæ hic indicatur gladio non conveniat.

A sica quod significat ferreum) Romani, teste Suida, τὰ ἐκίχαινα ἑφθα, incurvos gladios sicas vocant. Erat autem sica genus gla-

dii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho lib. 1. Antiq. discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt qui eadem telo quocumque commisissent, auctore Fab. lib. 10. cap. 1.

Venefici) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est quam occidere gladio, l. 1. C. de malef. & qui artibus sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis XII. tabb. *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit: Neve alienam seg-tem pellegeris.* Item illud Virgilii 4. eclog. 8. v. 99.

Atque satas alio vidi traducere menses.

& id genus alia, quæ supersticio mortalium vi magici carminis effici posse credit. Vid. leges 4. & 6. C. de malef. Plin. lib. 28. cap. 2. Augustin. lib. 8. de civ. Dei cap. 19. Sed verissime Seneca lib. 4. nat. quest. 7. Ruais, inquit, adhuc antiquitas credebat & attrahi imbres cantibus & repellere: quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius Philosophi schola intranda sit. Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi & veneficis sagisve falso affingi: multa per tormenta exprimi quorum nihil umquam 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 die 20. Maji 1491. quo amplissimus Ordo testatur nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem masculine in Germania oppugnavit vir celeberrimus Christianus Thomasius in variis scriptis de crimine magie, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis ubi antea frequenter rogi accendebantur hodie vix sagarum nomen in foris audiat. HEIN.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex asperissimum crimen nova pœnâ persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: quæ cavetur, ut si quis parentis aut filii aut omnino affectionis ejus quæ nuncupatione parentum continetur fata preparaverit* (si-

(sive clam sive palam id ausus fuerit) necnon is cujus dolo malo id factum est, vel conscius eriminis existit, licet extraneus sit, poenâ parricidii puniatur; & neque gladio neque ignibus neque ulli solemnî poenæ subiciatur, sed insutus culeo 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, & eicælum superstiti & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, poenam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

L. 12. tit. 8. Part. 7.

NOTA.

Asperissimum crimen) Nefas ultimum vocat Seneca 1. de Clem. cap. 23.

COMMENTARIUS.

Hic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut poena culei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus Majorum instituta est, l. 9. pr. de leg. Pomp. de parric. adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. pro Rosc. Amerin. constat, atque in eum tantum qui patrem matrem avum aviam occidit; si quis alios occiderit poenâ legis Corneliæ de sicariis plectitur, l. 1. d. 1. pen. §. 1. de leg. Pomp. Constantinus & filios adjecit, l. un. C. de his qui par. vel lib. occid. quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem poena quæ legis Corneliæ fuit; nec alia inter personas quæ utraque lege continentur differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coërceret; & quod hæc etiam conscios sceleris quamvis nihil fecerint puniret, l. 6. eod. & hoc text.

De parricidiis] Parricida proprie dicitur teste Charisio lib. 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis ἀνδραφονία (hominis cæde) Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observavit. Sic quaestores parricidii appellati quaestores rerum capitalium; & clausula Parricida esto, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. de legibus cap. 9. Sacrum sacrove commendatum qui cleperit rapitve parricida esto, id est capitale esto. Sed fortassis hic consuetudo scribendi R geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo

ita Festus in verbo Parici quaestores. Parricida 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, parricida esto.

Aut affectionis) Ita omnino legendum, non ut vulgo affinitatis, per l. un. C. de leg. Pomp. & l. un. C. Theod. eod. Nam qui socerum socrum vitricum novercam generum &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima culei poenâ afficitur, l. pen. eod. & hoc text. in fin.

Sed insutus culeo cum cane &c.) Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus ac mox culeo insutus cum cane gallo gallinaceo vipera & simia in mare aut profluentem projiciatur. Cic. in ea pro Sext. Rosc. cap. 11. de culeo solo loquitur; sed Sen. lib. 1. de Clem. cap. 15. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, satyr. 8. Verisimile est Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus mori Majorum, d. 12. pen. pr. de leg. Pomp. Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. lib. 5. sent. 25. ut parricida vel vivus combureretur vel bestiis objiceretur. Poena culei hodie in usu esse desiit. Ant. Matth. ad hunc tit. cap. 2. n. ult. Groënew. de legg. abrog. hic. Sande lib. 5. tit. 9. defin. 1. Gudel. de jur. nov. lib. 5. cap. 17. ubi & de vario genere supplicii quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum vivu) Quid mysterii sit in poena culei ostendit Cic. in d. orat. pro Sext. Rosc. & Theophil. hic. Leucipp. 3. ἢ αὐτὴν ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὴν ταφὴν (ut non solum vitam perdat, verum etiam sepulturam). Eodem pertinet illud Quintilianæ declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulcrum negat. Et Ovid. lib. 8. Metamorph. v. 97.

Dii te summoveant, ò nostri infamia sæclis. Orbe suo, tellusque tibi pontusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria appellatur, poenam irrogat ei qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit signaverit recitaverit subjecerit, vel signum adulterinum fecerit sculpsit expresserit sciens

sciens dolo malo. Ejusque legis poena in servos ultimum supplicium est: quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.

Vid. tit. 7. Part. 7.

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur § L. 30. ad leg. Corn. de fals. Paul. §. sent. 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commissio caveatur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte qua de nummis cavebatur. Cicer. Verrin. 3. Cornelia testamentaria nummaria cetera complures &c.

Vel aliud instrumentum) Hoc ex senatusconsulto Livoniano adjectum legi Corneliae Cujacius existimat; legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripterit signaverit &c.) Apud Paulum d. loc. additur, amoverit resignaverit deleverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit laverit conflaverit raserit corruperit vitiaverit, cultuve Principis signatam monetam, præter adulterinam, reprobaverit, ll. 1. 2. 8. 9. & passim ad leg. Corn. de fals.

In servos ultimum supplicium] Poena falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio; servi ultimo supplicio afficiuntur, l. 1. §. ult. ad leg. Corn. de fals. 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 fals. VINN. De crimine falsi & ejus poena vid. Aceved. ad tit. 17. lib. 8. Recop. ADDIT.

TEXTUS.

De vi.

8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur qui vim vel armatam vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis vel vidue vel sanctimonialis vel alterius fuerit perpetra-

us, tunc & raptores & ii qui opem huic flagitio dederunt capite puniuntur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.

NOTA.

8. Sanctimonialis] Ascetrix, virginis vel viduæ Deo dicatæ, l. un. C. de rapt. virg.

COMMENTARIUS.

Vim armatam vel sine armis] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habitasit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius Reipublicæ est; unde lex XII. tabb. cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia) De vi publica damnati deportantur. Ulp. l. 10. §. ult. ad leg. Jul. de vi publ. ait aqua & igni his interdicti; sed notum est huic poenæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, ll. 1. §. ult. de vi priv.

Raptores &c. capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, l. un. §. 2. ibi: siue volentibus siue nolentibus C. de rapt. virg. Movere non debet quod volenti non fiat injuria, cap. 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. 5. de injur. Neque enim d. lex 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. §. 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr. Unde Solon severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plut. Add. Liban. declam. 2. VINN. Quibus poenis hodie hæc crimina plectantur vide apud Richard. ibi. ADDIT.

TEXTUS.

De peculatu.

9. Item lex Julia peculatus eos punit qui publicam pecuniam vel rem sacram vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur; & non solum hi sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui substractas ab his suscep-

runt.

runt. Alii vero qui in hanc legem inciderint pœnæ deportationis subjugentur.

Vid. leg. 14. tit. 14. Part. 7.

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur qui pecuniam publicam remve sacram aut religiosam furatur, *ll. 1. & 4. ad leg. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie *peculatus*; & rei sacræ, quod *sacrilegium* proprie vocatur; unde à Labeone definitur pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l. 9. §. 2. eod.* addit Labeo, non ab eo factum cujus periculo est; nam aditum in his quæ ei tradita sunt peculatum non committere.

Si quidem ipsi judices] Qui pecuniam publicam quam ipse administrat averterit capite punitur, uti & is qui operam ei aut ministerium præbet, *l. un. in fin. C. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis] Ob simplicem peculatum poena deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod.* Clar. §. *sacrilegium.* Anton. Matth. *de crim. cap. 2. & 3. de leg. Jul. pecul.* Damohud. *prax. crim. cap. III.*

TEXTUS.

De plagariis.

10. Est & inter publica judicia lex Fabia de plagariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviozem.

COMMENTARIUS.

PLAGIUM nihil aliud est quam liberi hominis vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *ll. 3. 5. & 6. de leg. Fab. ll. 2. 5. 9. & 14. C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo donando permutando, *ll. 1. 2. & 4. eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat; postea gravius puniri coepit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. ll. 7. & ult. C. eod.* Jure autem Divino & Canonico omnis plagarius qui sciens dolo malo liberum hominem vendit morte mulctatur. *Deut. cap. 24. v. 7. Exod. 21. v. 16.* quod transcriptum in decretalibus Gregorii *cap. 1. de furt. & adhuc hodie obtinet*
Tom. II.

si celandi animo crimen commissum; alias fere virgis & relegatione, Clar. §. *fin. quæst. 68. n. 31.* Perez in *C. ad leg. Fab. de plag. n. 6.*

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur; & animæ quidem amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos subijciunt qui præcepta earum neglexerint.

Excusatio.

12. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito & quasi per indicem ea attingere; alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

NOTÆ.

11. *De annona*] Apud Athenienses poena capitis statuta erat in eos qui frumentum alio comportabant annonamve suppressiebant. Lys. *orat. 21.*

12. *Et quasi per indicem*] Id est leviter summatim, *ὑποπρωτῶς*, digito ad fontes unde hauriatur intento. Ascon. in *Verr. 3.* Antequam causam agerent, quasi per indicem res exponebant &c.

COMMENTARIUS.

DE ambitu] Ubi singuli regunt ambitus nullus usus est; sed frequens ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges Petilia, Pinnaria, Fabia, Calphurnia, Tullia, Julia & similes de ambitu, id est affectatis largitione honoribus latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe ex quo magistratum creatio ad curam Principis pertinere coepit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *lege un. pr. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo Groënew. *de legg. abrog. ff. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia à Simone Mago, cui Petrus maledixit, quod ab Apo-
Nnn
sto-

stolis Spiritus Sancti gratiam pecuniâ emere voluit. *Affor. cap. 8. can. quidam xxiv. quest. 3.* Est enim Simonia cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia.* VINN. Poena centum aureorum tantum ad municipia & eos accusatores & reos qui domum judicis ingrediuntur, *l. un. §. 1. §. 4. ff. de leg. Jul. amb.* Alioquin poena legis Juliae fuit deportatio. *Paul. recept. sent. 5. 30. l. un. C. de leg. Jul. amb.* HEIN.

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, *ll. 3. & 4. de leg. Jul. repet.* Poena 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 poena reo imponitur, *ll. 1. & ult. in fin. C. eod.*

De annona) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia quæ ad victum humanum pertinent) poena viginti aureorum statuitur adversus eum qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo ma-

lo factum est ut annona carior fieret, *ll. 1. & 2. de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. 37. de poen. 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 proprie 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. §§. seq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie poena hujus criminis ut & præcedentium fere arbitraria est, *Groënew. tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de poen.* Hæc παπέππος & tralatitæ, ut in appendice. VINN. Qui persequendorum apud Hispanos criminum modus: quæ judiciorum ratio: quæ poenâ singula afficiantur crimina discas ex D. Laur. Matheu *de re crim.* Anton. Gomez in 3. var. & Gundizalvo Suarez de Paz in *sua prax. part. 5. tom. 1.*

FINIS.

INDEX

RERUM ET VERBORUM

ADDITIONUM JURIS HISPANI

Num. Rom. volumen, Arabigus pag. lit. *a* priorem, *b* posteriorem columnam designant.

A

Absens Reipublic. causâ à tutela liberatur. I. 141. *a*.
 Actio in rem exerceri potest non solum ubi res sita est, sed in loco domicilii detentoris. II. 312. *a*.
 Actionum divisio in realem, personalem & mixtam. II. 318. *a*.
 Actionis nomen inserere libello necesse non est; ubi quædam notanda. II. 319. *b*.
 Actionis in confessoriam & negatoriam divisio. Remissive. II. 330. *b*.
 Actionum divisio in civiles & prætorias; & num Civitatum & Correctorum statuta actiones civiles pariant vel prætorias. II. 332. *a*.
 Actio de peculio. II. 348. *a*.
 Actio de albo corrupto. II. 350. *b*.
 Actiones præjudiciales. II. 354. *a*. & 355. *b*.
 Actiones rei simul & pænæ persecutoriæ non sunt in usu. II. 362. *b*.
 Actiones mixtæ. Remissive. II. 364. *a*.
 Actiones in duplum triplum quadruplum ab usu recessere. II. 264. *b*.
 Actiones bonæ fidei & stricti juris. II. 371. *b*.
 Actiones universales. Remissive. II. 381. *a*.
 Actio pro dote. II. 388. *a*.
 Actio de pastu pecoris. II. 404. *b*.
 Actio legis Aquiliæ. II. 287. *a*.
 Actiones omnes sunt perpetuæ. II. 412. *b*.
 Actio ad exhibendum raro locum habet. II. 455. *b*.
 Acceptilatio non est in usu. II. 253. *b*.
 Adoptiones incognitæ Hispanis. I. 18. *a*. & II. 76. *a*.
 Advocati honoraria petere possunt. II. 234. *b*.
 Adquisitio patris per filium. II. 246. *b*.

Ædificia quantum invicem distare debeant.

I. 250. *a*.

Adulterii pœna. Remissive. II. 461. *a*.
 Agnatorum cognatorumque successio decimo gradu terminatur. II. 47. *a*.
 Alienationes mulierum jurejurando firmatæ utiles sunt. I. 314. *a*.
 Appellatio à tutoribus ante repulsam excusationem non debet proponi. I. 148. *b*.
 Arra in pretium imputata rem constituit non integram. II. 186. *a*.
 Arrâ præstita in argumentum contractus res integra manet. *ibid*.
 Arrarum nova cautio priorem obligationem revocat. II. 188. *a*.
 Arbitri & arbitratoris officia. Remissive. II. 316. *a*.
 Asyli jus, & de recentioribus constitutionibus. I. 51. *b*.
 Asyla antiquitus fuere Regiæ domus. I. 52. *a*.

B

Bonæ fidei possessor fructus naturales etiam consumptos restituere tenetur. I. 212. *b*. Praxis autem hodierna fructus consumptos ante litem contestatam restituere non decernit. 214. *a*.
 Bonorum possessio qualis apud Romanos, in usu non est apud Hispanos. II. 77. *b*.

C

Capti ab hostibus statum non mutant. I. 91. *a*.
 Capitis deminutio exolevit. I. 110. *b*.
 Capite damnati testamentum facere possunt de bonis Fisco non adscriptis. I. 375. *b*.
 Citatio ad litem quomodo fiat. II. 359. *b*. & 449. *b*.

Consuetudo introducit formâ jure præscripta, & quot modis introducatur. I. 27. *b.* & 28. *a.*

Commixtio & confusio quoad effecta non differunt. I. 137. *a.*

Cognati qui quarto gradu sunt, computatione facta in linea transversa jure Canonico conjungi prohibentur. I. 66. *a.* Repete ea quæ pag. 68. Ipsamet prohibito est inter affines. 70. *a.*

Cognitio de suspectis tutoribus judicibus minoribus ordinariis bene accommodatur. I. 153. *a.* Immo & ante Regios Conventus instaurari valet vi privilegii quod nos *Caso de Corte* appellamus. *ibid.*

Cognitio de suspectis tutoribus summarie procedit. I. 158. *a.*

Conjugum mutue institutiones atque pacta de reciproca successione frequentantur. I. 418. *a.*

Conditio turpis & naturâ impossibilis pro non scripta habetur: impossibilis de facto dubia & incerta institutionem vitiant. I. 421. *b.*

Codicilli directam institutionem continentes, dum testamentum non extat, deferunt heredi scripto fideicommissariam hereditatem à manu heredis ab intestato, non obstanti quod deficiat clausula codicillaris. I. 611. *a.*

Codicilli nuncupativi easdem solemnitates requirunt quas testamentum nuncupativum: scripti manent sub dispositione juris communis. I. 612. *a.*

Constitutum à fidejussione vix discernitur. II. 346. *a.*

Condemnatio fit in rem petitam. II. 378. *a.*

Criminum apud Hispanos persequendorum modus: judiciorum ratio: singulorum malefactorum pœna. Remissive. II. 466. *a.*

D

Debitores pupillorum tutores esse non possunt, nisi fuerint testamento dati. I. 222. *b.*

Decima fructuum rerum pupilli tutoribus pro labore debita exponitur; atque ejus occasione alia bonæ frugis plena. I. 158. *b.*

Debitor certum domicilium non habēs quo-

vis loco judicio sistere cogitur. II. 311. *b.*
Donatio mortis causâ facta non intelligitur, nisi cum donator verbis declarat se ob metum propinquæ mortis donasse. I. 299. *a.*

Donationis inter vivos revocandæ causæ jure Romano stabilitæ firmantur jure Hispano. I. 305. *a.*

Donatio revocatur susceptione liberorum. *ibid. b.*

Donationis matrimonii causâ species. I. 308. *b.*

Dominium rerum adquirere possumus per liberos homines etiamsi nostræ potestati non subsint. I. 331. *b.* Immo & obligationes alteri per alterum etiam absenti quærantur. *ibid.*

E

Electio rei legatæ in genere cui tribuatur: & inde consecutaria. I. 452. *b.*

Emancipandorum filiorum causæ. I. 94. *b.*

Emancipatio nunc recepta recensetur. *ibid.*

Emphiteusis natura & usus. II. 206. *a.* Ad ejus substantiam requiritur scriptura. 207. *a.*

Exheredationis causas numerant legg. Part. accedit tamen & nova ex Pragmatica sanct. anni 1776. I. 433. *a.*

Exhereditatio sine elogio nullum reddit testamentum. I. 474. *b.*

Exercitores navis aut tabernæ singuli in solidum conveniri possunt. II. 393. *b.*

Exercitor solvere tenetur mutuas pecunias acceptas à magistro navis cum hæc oportebat refici. II. 394. *b.*

Exceptio non numeratæ pecuniæ intra quod tempus opponatur. II. 180. *b.*

Exceptiones dilatoriæ & peremptoriæ quando proponendæ sint. II. 427. *b.*

F

Falcidiæ detractio exolevit. I. 482. *a.*

Falcidia quarta vi juris ac potestate eadem est ac Trebellianica. I. 595. *a.*

Falsi crimen ejusque pœna. Remissive. II. 464. *a.*

Factum promittens eum adimplere tenetur. II. 127. *b.*

Feræ captæ prohibente domino fundi non ca-

cipientis sed domini fiunt. I. 174. a.
 Fera dum excitata persequitur ab alio capi
 nequit; secus si non persequatur. I. 175. a.
 Feudi successionem ambiunt filii legitimi
 & legitimated per subsequens matrimo-
 nium. II. 5. a.
 Filiifam. tacentes cōsentire videntur. I. 93. a.
 Fiscus sibi adscribit res pro derelicto ha-
 bitas. Remissive. I. 233. b.
 Fiscus vel dominus oppidorum ad littora
 maris res sibi vindicabant naufragio ja-
 ctas, in littore inventas, aut è mari ex-
 tractas; ceterum hæc in melius sunt im-
 mutata. I. 235. a.
 Filii adoptivi ad successionem parentum
 non vocantur cum adsunt filii legitimi;
 verumtamen legari eis potest quinta
 bonorum pars utpote extraneo cuius.
 I. 397. a.
 Filiifam. restituere gravati præter legiti-
 mam non deducere quartam Trebel-
 lianicam etiamsi in usu foret. *ibid.*
 Fideicommissarii rectâ adire valent here-
 ditatem. I. 610. b.
 Filiorum naturalium successio. II. 42. a.
 Filii extra nuptias suscepti non succedunt;
 & an nati ex concubina. Remissive.
 II. 45. b.
 Filiis naturalibus consanguinei matris suc-
 cedunt, non vero consanguinei patris.
 II. 46. a. De successione parentum natu-
 ralium. Remissive. *ibid.*
 Fiscus adscribit sibi bona cujusque defuncti
 sine cognatis in decimo gradu. II. 47. b.
 Fidejussores mutui beneficio divisionis gau-
 dent. II. 131. a.
 Fidejussor quibusvis verbis citra stipulatio-
 nem obligatur. II. 175. a.
 Fori communis jus non habent Regiæ ur-
 bes seu Metropoles. II. 311. b.
 Forus competens quis sit. Remiss. II. 316. a.
 Furti divisio. II. 263. a.
 Furtorum coërcitiones. Remissive. II. 266. b.

H

Hereditas unus est jure Hispano per uni-
 versitatem acquirendi titulus. I. 334. b.
 Heredes instituere licet Respublicas, Civi-
 tates, Ecclesias aliaque corpora politica.
 I. 403. a.

Heres in re certa institutus eâ contentus es-
 se debet. Remissive. I. 461. b.
 Heredes omnes sunt voluntarii. Hispanum
 jus suos heredes non cognoscit, neque
 suos & necessarios. I. 490. b. & II. 6. a.
 Hereditas delata etiam non adita in quos-
 cumque heredes transmittitur, deceden-
 te intra annum herede. I. 501. a.
 Heredis institutio verbis directis an obli-
 quis scripta sit nihil refert. I. 587. a.
 Heres ex die vel in diem recte datur. *ibid.*
 Heres ex delicto defuncti tenetur damnum
 sarcire, etiamsi lis non fuerit à defuncto
 contestata. II. 416. b.
 Hereditatis portione judicio testatoris præ-
 cepta, restitutaque reliqua hereditate, ac-
 tionibus in fideicommissarium transeunt:
 verum consumpta substantiâ fideicommis-
 si heres restituens creditoribus testamen-
 tariis hereditariisque tenetur pro por-
 tione retenta. I. 598. a.
 Hypotheca pro dote præfertur aliis anti-
 quioribus à lege ortum ducentibus, non
 vero antea expresse constitutis. II. 374. a.

I

Imperitia literarum à tutela non semper
 excusat. I. 144. a.
 Injurie vulnerisque corporis compensatio
 quomodo fiat. II. 289. a.
 Institores nequeunt conveniri ex contracti-
 bus initis iustitorio nomine. II. 393. b.
 Interdictum recuperandę possess. competit
 etiam pro re mobili. II. 441. b.
 Infamia non sequitur successores damnatos
 ob dolum defuncti in contractibus. II.
 447. b.
 Judicia civilia famosa non sunt. II. 448. a.
 Judicia criminalia nunc publica videntur.
 II. 459. a.
 Jurisdictio non suprema possessione 40. an-
 norum cum titulo præscribitur; imme-
 moriali etiam sine titulo. I. 296. b.
 Jurisdictio patrimonialis, ceteraque jura
 incorporalia tuentur actionibus confes-
 soriâ & negatoriâ. II. 315. a.
 Jus accrescendi in hereditatibus sublatum
 esse verius reputatur. I. 413. a.
 Judicio sistere qui sine venia nequeant. II.
 352. b. Ju-

Judex imperitus quatenus teneatur. II. 303. *b.*

Judicium possessorium & petitorium, & utriusque explicatio. II. 437. *a.*

Jurisjurandi calumniæ usus. Remissive. II. 446. *a.*

Juramentum deferri solitum Judicibus, Advocatis, Tabellionibus, & Procuratoribus ad officii ingressum. Remissive. *ibid.*

L

Legum Hispanicarum varii codices, atque eorum auctoritas. I. 28. *a.*

Legitimationis species est nominare filios in testamento aliove instrumento à tribus testibus subscripto: immo potius est modus agnoscendi filios legitimos. I. 75. *b.*

Legitimitatem integram ingressus in Religionem non tribuit. I. 76. *b.*

Legitimatio per rescriptum Principis in usu nunc est, certis adhibitis cautionibus circa successionem. I. 78. *a.*

Legata ceteraque capita testamenti sortiuntur effectum quamvis nullus sit heres. I. 460. *b.*

Legitima liberorum comprehendit omnia bona parentum, demta quinta parte: parentibus autem portio jure debita sunt omnia bona filiorum excepta tertia parte. I. 483. *b.*

Legitima non præcise relinquenda est titulo institutionis: ubi de prælegatis tertiæ & quintæ partis, quæ nos *mejoras de tercio i quinto* nuncupamus. I. 489. *b.*

Legata abintestato relicta tenent. I. 599. *b.*

Legatum à legatario relictum ad quantitatem usque acceptam utile est. I. 602. *b.*

Leges pœnales privantes aliquem jure suo exolvere. II. 281. *a.*

Leges quibus judicandum est. Remissive. II. 453. *a.*

Liberi homines nullatenus conditione differunt; gente in Nobiles & Plebejos partiuntur. I. 38. *a.*

Liberalium artium publici professores à tutela excusantur. I. 147. *a.* Non vero juris Doctores nisi Regio Senatui adscripti. *ibid.*

Lites inficiendo crescere nequeunt. II. 244. *b.*

Lis quando instituenda. Remissive. II. 356. *a.*

Libellorum formulæ. Remissive. II. 356. *a.*

Libellum emendare licet quovis litis tempore; mutare vero tantum ante litis contestationem. II. 387. *a.*

Libellus nullus admittitur post duplicationem. II. 429. *a.*

M

Magistratus majores à tutela & cura imunes sunt, non vero minores. I. 41. *b.*

Magistratus ceterique munere publico donati in jus vocari possunt: parentes vero præcedente veniæ petitione. II. 351. *b.*

Mater quando capiat intestatam filii successionem. II. 39. *a.*

Macedonianum senatusconsultum nedum confirmatur jure Hispano verum & ampliatur. II. 398. *b.*

Macedoniani senatusc. beneficium à filiofamilias renunciari non potest: & num renunciatio juramento firmata utilis sit. II. 399. *a.*

Minor uxoratus qui 18. annum adimplevit liberam rerum suarum & uxoris habet administrationem. I. 127. *b.*

Minoribus invitis num hodie curator detur. I. 131. *a.*

Moratorias exceptiones impartiri supremo Consilio Regio tributum est. I. 24. *a.* & II. 423. *b.*

Monetæ singulis temporibus in Hispania usitatæ exponuntur. I. 303. *b.*

Muros transgressi extraordinaria pœnâ puniuntur. I. 171. *a.*

Mutuarius impeditus rem reddere, æstimationem præstando liberatur. II. 98. *a.*

Mutus surdusque stipulari possunt & promittere. Remissive. II. 153. *a.*

N

Naturales filii habentur procreati ab iis inter quos aut conceptionis aut partus tempore nuptiæ consistere poterant. I. 76. *b.*

Nepos conceptus post mortem avi quomodo capiat ea quæ avi fuere. Remissive. II. 12. *a.*

Negotiorum gestor culpam levissimam præ-

præstare cogitur. II.238.b.
 Novatio quando locum habeat. II.257.b.
 Notariorum mos scribendi legata & fidei-
 commissa ante heredis institutionem.
 I.568.b.
 Nuptiæ rite contrahuntur coram Parocho
 & duobus aut tribus testibus. I.53.b.

O

Obligations quovis modo contractæ sor-
 tiuntur effectum dummodo de volun-
 tate mutua seriatque constet. II.116.a.
 Obligationem pro dimidia inuunt qui ean-
 dem rem simul promittunt. II.130.b.
 Obligatio inter absentes utiliter contrahi-
 tur. II.158.b.
 Obligatio alteri per alterum acquiritur.
 II.163.a.
 Obligatio acquiritur per eos qui extra po-
 testatem nostram degunt. II.246.b.
 Occidentis pars bonorum adjudicatur uxori
 liberis agnatisve occissi in quantita-
 tem lucri amissi. II.283.a.

P

Patriæ potestatis vetera jura ut pluri-
 mum ab usu recessere. I.57.b.
 Pacta nuda etiam inter absentes inita actio-
 nes pariunt. II.94.b.
 Pactum inter & stipulationem nulla est
 differentia. II.151.a.
 Pater auctor fieri potest ut filius adquirat
 & promittat ex bonis advēitiis. II.156.b.
 Palinodiæ pœna cui convictio imponatur.
 II.300.b.
 Pignus persequi potest creditor omnia
 personali actione, si debitor possidet.
 II.341.b.
 Pignori obligata sunt illata & invec̃ta in
 prædium rusticum sciente domino. II.
 342.b.
 Pignus conventionale in acta publica refer-
 ri debet. II.343.a.
 Plebei (pecheros) ex rescripto à tutela
 non excusantur. I.148.a.
 Possessio bonorum tutoris pupillis jure Ro-
 mano certis casibus tradita nunc non fre-
 quentatur. I.158.a.
 Possessio armenti usuario traditur. I.277.b.

Possessio retinetur etiamsi qui rem nostro
 nomine tenebat dereliquerit vel alii tra-
 diderit. II.438.b.
 Possessio ante omnia restituitur ei qui vi
 dejectus est. II.441.b.
 Posthumus exheredari non potest. I.391.b.
 Immo nec impubes, nisi pubertati pro-
 ximus. *ibid.*
 Pœna conventionalis in quantum interest
 æstimatur. II.128.b.
 Pœna conventionalis statui potest in du-
 plum quantitatis rei conventæ. II.169.a.
 Pœna plus re pefentis. II.385.a. & 424.b.
 Pœna temere provocantium à Regiis Con-
 ventibus ad supremum Consilium. Re-
 missive. II.446.a.
 Pœna recurrentium per viam injustitiæ ma-
 nifestæ. *ibid.*
 Prodigus sententiâ declaratoria est resti-
 tuendus. I.132.a.
 Promissor facti alieni tenetur etsi pœna
 non jungatur. II.164.a.
 Promittens alium daturum facturumve ob-
 strictus est ut adimpleatur promissio.
 II.144.b.
 Procuratores forenses salaria petere pos-
 sunt. II.234.b.
 Procuratoris forensis officium quale sit.
 II.406.b. & 425.a.

Q

Querelâ inofficiosi utentibus parentibus
 liberisve sibi locum faciunt non fra-
 tribus defuncti. I.479.a.

R

Ratihabitio mariti omnes actus uxoris
 confirmat quantumvis initio sine ejus
 consensu celebrati. I.122.a.
 Rapinæ pœna antiqum usitata non frequen-
 tatur. II.281.a.
 Rei promittendi quatenus obligentur. Re-
 missive. II.172.a.
 Retractus legitimus quibus personis com-
 petat. II.198.a.
 Recursus notoriæ injustitiæ ubi institua-
 tur. II.423.a.
 Sa-

S

Satisfactio adversus quos locum habeat.

II. 411. b.

Scriptura trahit ad se chartam in qua exarata est.

I. 205. a.

Servitutis personarum usus apud Europeos.

I. 33. a. De servitute precaria. *ibid.*

Servitutis jura Europæ Gentes ad invicem non exercent, quod inter Christianismi beneficia referendum est.

I. 36. a.

Servus uxorem ducens mulierem liberam liber fit, & vicissim.

I. 36. a.

Servum manumittere licet procuratores ad omnia negotia constituendi causâ.

I. 47. a.

Sepulturæ jus.

I. 168. b.

Servitutis rusticæ tres species.

I. 241. b.

Servitus ductus aquæ nondum inventæ constitui potest.

I. 244. a.

Servitutis modos jure civili constituendæ licet in legg. Partt. numeratos inveniamus, & licet placita Recopil. præcipiant quamplurima circa obæratos creditores, tamen sæculi nostri humanitas hoc jure non utitur.

I. 37. a.

Sententiæ nullitates intra quod tempus & apud quem proponantur.

II. 442. a.

Societas omnium bonorum inter conjuges contrahitur.

II. 212. b.

Sponsalia in matrimonium abeunt Parocho adstante & testibus presentibus.

I. 56. a.

Sponsalia filiusfamilias sine assensu parentum contrahens pœnis civilibus mulctatur; quid antiquitus, quid vero hodie statutum sit præcipue Pragmaticâ anni 1776. traditur.

I. 61. b.

Schema de gradibus cognationum. Remissive.

II. 56. a.

Stipulatio patrem inter & filium tenet, nec minus promissio domini in favorem servi.

II. 152. b.

Stipulari potest res futura.

II. 164. b.

Statuta condere Correctorum Judicumque est: juris tamen potestatem non habet nisi confirmata fuerint.

I. 15. a.

Substitutio pupillaris expressa excludit matrem à legitima; secus tacita.

I. 141. a.

Substitutio verbis directis concepta in secundum casum, Si heres erit & intra cer-

tum tempus decesserit, jure fideicommissi sustinetur.

I. 445. b.

Successionem non infringit capitis deminutio.

II. 41. a.

Successionum ordines.

II. 48. b.

Successio ascendentium.

II. 49. b.

Successio lateralium.

II. 52. a.

T

Testamentorum solemnia.

I. 363. a.

Testamentum condere possunt damnati ad mortem.

I. 88. b.

Testamentum coram judice celebratum, vulgo publicum. Remissive.

I. 335. a.

Testamenti duo genera, eorum species & solemnitates externæ.

I. 363. a.

Testandi facultas filiisfam. competit de omnibus bonis.

I. 380. b.

Testamentum cœci ejusque solemnitates.

I. 384. a.

Testamentum in quo filius præteritus est quo pacto rumpatur.

I. 389. b.

Testamentum matris & avi materni in quo filius neposve præteritus est nullum est.

II. 402. b.

Testatus & intestatus pro parte decedere quis valet: pars vacans cognatis ab intestato defertur.

I. 416. a.

Testamentum sine herede subsistit.

I. 423. b.

Testamentum continens substitutionem pupillarem num antecedit an sequatur tabulas paternas non queritur.

I. 461. a.

Testamentum adoptione non rumpitur.

I. 457. b.

Testamenti scripti vis laceratione aut cancellatione extinguitur, etsi protocolum extet. Remissive.

I. 458. b.

Testamentum primum continens clausulam derogatoriam prævalet posteriori: secus si posterius expressam & singularem contineat derogationem derogationis.

I. 460. a.

Testamentorum internæ solemnitates.

I. 612. a.

Testamenta militum.

I. 375. b.

Testamenti sine vitio conspicuo vi ac potestate defertur bonorum possessio ei qui eum coram magistratum profert.

II. 434. a.

Te-

- Tenuta seu iudicium de possessione majoratus. Remissive. II. 431. a.
- Tempus ad solvendum in utraque actione reali & personali. II. 454. a.
- Thesaurus ceteraque dominum non habentia ad Principem spectant. I. 222. b.
- Tignum jungens bona fide duplum præstare tenetur : qui mala fide quantum domino interest , summâ jurejurando in litem firmata. I. 199. b.
- Tit. Inst. Imper. de adquisit. per adrogat. & de eo cui libert. causâ bona addicunt. nullius usus. II. 83. b.
- Tit. Inst. Imp. de stipul. serv. in desuetudinem abiit. II. 135. b.
- Traditio dominium rei absentis transfert. I. 332. a.
- Traditionis fictæ species. Remissive. *ibid.*
- Tutelæ vel curæ usus invaluit modo quo frequentabatur Romæ. I. 102. a.
- Tutor & curator legitimus quis sit. I. 105. b.
- Tutela parentum. I. 113. b.
- Tutorem assignare quibus magistratibus competat. I. 114. a.
- Tutorem à magistratu dari cum testamentarius impeditur vel renunciat hodiernus unus non patitur. I. 115. b.
- Tutore ab hostibus capto locus non est dativo tutori. *ibid.*
- Tutorem assignare valent iudices pedanei. I. 118. b.
- Tutores inter & curatores non est discrimen. I. 124. b.
- Tutor & curator non differunt: frustra ergo exquiritur num absentix vel morbo tutoris curator an tutor sit constituendus. I. 133. a.
- Tutoris & curatoris bona tacite sunt pignori obligata. I. 134. a.
- Tutor quæ bona alienare possit. *ibid.*
- Tutor à pupillo nihil emet nisi auctore contutore , & cum magna pupilli utilitate. *ibid. b.*
- Tutor fidejussorem præstare tenetur. I. 135. b.
- Tutelæ munus obire non coguntur qui duodecim equas ventris causâ alunt. I. 148. a.
- Tutor qui tutelam gessit non recte se excusabit ea de causa ad suscipiendam curam. I. 150. a.
- Tutor remotus ob imperitiam vel segnitiam non fit famosus ; aliud plane est si in dolo fuerit deprehensus. I. 156. a.
- Tutori suspecto non adimitur bonorum administratio nisi lite contestata. I. 156. b.

V U

- Venia ætatis conceditur à Regia Curia Camera. I. 197. b. Olim à Regio Consilio. *ibid.*
- Vectigalium redemptores à tutela & cura excusantur. I. 140. b.
- Venatio & piscatio omnibus permittitur extra quædam tempora ; nonnulla vero instrumenta prohibentur. I. 175. a.
- Vis armatæ crimen quibus poenis plectatur. Remissive. II. 464. b.
- Vulgo quæsi matri succedunt. II. 39. b.
- Ususfructus extraneo cesus transfertur. I. 269. a.
- Usuarius fruitur lacte , caseo , lana & ædibus armenti, I. 277. b.
- Ususfructus dimidiæ bonorum adventitiorum partis tarde retinere potest pater filium è potestate dimittens. I. 235. a.
- Usucapionis & præscriptionis jus tempus & effecta. I. 283. b.
- Usucapionis rescisio & rei restitutio uno libello petitur. II. 316. b.
- Uxor in potestatem & tutelam mariti transit totius ferme Europæ usu. I. 151. b.



INDEX

RERUM ET VERBORUM

IN ARNOLDI VINNI COMMENTARIUM.

Ubi numerus Romanus volumen, Arabigus paginam, litera vero
a priorem consignat, & b posteriorem columnam.

A

- A** Cceptilationis definitio à Modestino tradita. II. 250. *b.* alia plenior & plenior. II. 251. *a.*
- Acceptilatio an species sit stipulationis. *ibid. b.*
- Acceptilationis & solutionis communia & propria. *ibid.* In forma acceptilationis quæ consideranda. 252. *a.* Materia seu objectum. *ibid. b.*
- Accessionum genera. I. 191. *b.*
- Accessionis vice quid cui & quando cedat. I. 192. *a.*
- Accessionis & specificationis differentia. *ibid.* Domino partis quæ cessit quomodo consulatur. I. 186. *b.*
- Accrescendi jus quid sit. I. 309. *a.* 522. *b.* In hereditatibus id jus valere ex necessitate. 523. *b.* Deficientium heredum portiones quibus accrescant, & pro qua parte. *ibid. b.* Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. 523. *b.* Vetus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. 524. *a.*
- Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. I. 525. *a.* Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat. *ibid.* An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncto accrescat. I. 627. *a.*
- Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis, *ibid.* An in contractibus. II. 148. *a.*
- Actio quomodo consideranda quatenus tertium juris objectum constituit. II. 307. *b.* Ex quo jure actiones proficiantur. 308. *a.* Actionis nomen quam late pateat. *ibid. b.* Quot modis usurpetur à nostris. 308. *b.* Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur novissime possidens. II. 319. *a.*
- Actiones in personam nec ex contractu nec ex maleficio. *ibid. b.*
- Actio rescissoria quibus ex causis à prætore detur; ejusque introducendæ occasio. II. 335. *a.*
- Actio ex stipulatu de dote cur plenior quam rei uxoriæ. II. 373. *b.* Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta. 374. *a.*
- Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. II. 320. *b.* Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem, 321. *a.* Petitio hujus actionis propria. 323. *b.*
- An possessor contra vindicare teneatur. II. 322. *b.*
- Actio poenalis nulla in heredem datur, licet ex contractu. II. 415. *a.*
- Actio de peculio & actio de in rem verso an duæ diversæ actiones. II. 396. *a.*
- Actio in personam quid cui adversus quem detur. II. 318. *b.* Quid petat, ubi & de formularum diversitate. 319. *a.*
- Actio præscriptis verbis unde dicta. II. 202. *a.*
- Actio ex jurejurando qualis. II. 348. *a.* In personam esse quacumque ex causa juratum sit. *ibid. b.* Quod genus jurejurandi eo pertineat. 348. *a.* Quam ob causam actio ex jurejurando à prætore introducta: cui adversus quem quo effectu detur. *ibid. b.*
- Actio de partu agnoscendo cui adversus quem quo effectu detur. II. 354. *a.*
- Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hac ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid. b.*
- Actio Pauliana in personam est. II. 338. *a.* Cui quando detur. *ibid. b.* Quæ concurrere debeant ut huic actioni sit locus, 339. *a.*

- a.* Intentio creditorum in actione Pauliana. 340. *a.* Quandiu ex quo tempore competat. *ibid.*
- Actio directa quot modis dicatur. II. 290. *a.*
- Actio utilis quid & qua ratione quando à quibus introducatur. *ibid.* Directa actio tam ex sententia legis quam quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex sententia in factum cui nec oratio, nec sententia convenit. *ibid. b.* Appellatione actionis in factum interdum & utilem significari. 291. *a.*
- Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum qui junxit bona fide. I. 198. *b.*
- An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio. I. 199. *a.*
- Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. II. 312. *a.* Non potest institui nisi certus sit possessor. 69. *b.*
- Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ poenales. II. 360. *a.* Rei persecutoriæ omnes quæ in rem. 412. *b.* Ex contractu una mixta. *ibid.* Pro poenalibus quæ habeantur, cum à parte actoris poenales non sint. 362. *b.* An ulla actio plus quam quadruplum persequatur. 364. *b.* Hodie actiones omnes esse rei persecutorias. II. 367. *b.*
- Actiones rei persecutoriæ omnes & heredibus & in heredes dantur. II. 414. *a.*
- Actio quibus casibus ex contractu non competat in heredem ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit. II. 416. *a.*
- Actiones omnes iudicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie. *ibid. b.*
- Actiones populares. II. 313. *a.*
- Actiones confessoria & negatoria non ex figura verborum sed ex sententia & re petita estimandæ. II. 325. *a.* An hæ actiones pro alio jure quam pro servitutibus etiam dentur. 324. *b.*
- Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. II. 327. *b.* Cur prodita in rebus incorporalibus. 328. *a.* Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur. 329. *b.*
- Actiones prætoriarum quæ. II. 330. *b.* Prudentum non fuit actionem dare. 331. *b.*
- Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant. II. 317. *a.* An actiones in rem scriptæ. 318. *a.*
- Actiones poenales, quibus nihil amplius persequimur quam quod abest. II. 415. *b.* Cur actiones poenales in heredes non dentur, cum dentur heredibus. *ibid. b.*
- Actiones bonæ fidei quæ & unde sic dictæ. II. 368. *b.*
- Actiones stricti juris quæ et unde sic appella-
- tx. 369. *b.* Harum actionum insignes differentiarum; & an quæ adhuc maneant. *ibid.*
- Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas quæ à Justiniano recensentur. II. 371. *b.*
- Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. II. 342. *b.* Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem quando alius, quam debitor pignus possidet. 351. *b.*
- Actionis de peculio introducendæ causa. II. 346. *b.* esse in personam, *ibid.* ex delictis non dari. 347. *b.*
- Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid. a.* Causæ ex quibus servus dominum filius patrem de peculio non obligant. *ibid. b.*
- Actionis de pecunia constituta introducendæ causa. II. 345. *a.* Qui quibus ex causis hac actione teneantur. 345. *b.*
- Actionis hypothecariæ introducendæ causa. II. 341. *a.* Qualis sit hæ actio, quibus adversus quos quo exitu detur. *ibid.*
- Actionis definitio competit etiam actioni in rem: item actionibus popularibus &c. II. 313. *a.*
- Actionum divisio in rem & in personam undesumpta. II. 314. *a.*
- Actus quid sit. I. 242. *a.*
- Actum qui habet etiam armenta trajicere potest, *ibid.* & vehiculum agere, *ibid.* & ire sine jumento. *ibid.*
- Ademptio legatorum quot modis fiat. I. 572. *a.* A quibus ex rebus conjiciatur res adimendi legati causa alienata sit, necne, I. 535. *a.* Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. *ibid. b.*
- Adeundo aut pro herede gerendo ut quis heres fiat quarum rerum eum ignarum esse oporteat. I. 505. *a.* Quibus ex rebus in eo, quod geritur animus pro herede gerendi deprehendatur. I. 504. *b.*
- Aditam post hereditatem derelinqui non posse. I. 501. *b.*
- Additionem & pro herede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hereditatis, nec esse plura. I. 503. *b.*
- Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant. I. 179. *a.*
- Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. I. 397. *a.* Emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant. I. 396. *b.*
- Adoptio quid, apud quos olim ejus usus. I. 78. *a.*
- Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum apud quos quomodo fiat. I. 80. *a.* Quid circa eam novi constituerit Justinianus. *ibid.*
- Adoptio naturæ imago, & quid inde. I. 83. *a.*

- Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor duci potest. I. 64. a.
- Adoptivorum successio exsolera. II. 17. b.
- Adrogatio quid sit, & quorum apud quos quomodo fieri soleat. I. 79. b. In adrogatione impuberum quæ excutienda. I. 81. a.
- Adrogationis effectus. I. 85. b.
- Adrogator quid, cui caveat. I. 82. a.
- Adrogatori non tantum proprietas sed etiam possessio acquiritur. II. 78. b.
- Adscriptitii qua conditione sint. I. 32. b.
- Adsectari cur injuriosum. II. 294. b.
- Assignare libertum quid sit. II. 65. a.
- Ædificia etiam non habitandi causâ parata, urbana prædia censei in materia servitutum. I. 244. b.
- Ædiles Curules: nomen & procuratio. I. 25. b.
- Æquitas quid & quod simplex. I. 28. b.
- Ærarium quid & quid fiscus. I. 295. b.
- Æstimationis auctæ commodum & diminutæ incommodum ad creditorem pertinet. II. 58. a. cuius temporis in æstimatione ineunda hic ratio habeatur. *ibid.*
- Ætas annor. 25. cur finem afferat curationi. I. 127. b.
- Ætas legitima in matrimonio. I. 59. a.
- Affines qui, & an etiam gradus affinitatis. I. 69. a.
- Affinitatis genera. *ibid.*
- Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit. I. 70. a.
- Affinitas proprie sponsalibus non contrahitur. I. 72. b. Nascitur etiam ex illegitima conjunctione. *ibid.*
- Agnatorum nomen quot modis usurpetur. II. 23. b.
- Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit quam cognatorum, II. 46. a. Hoc discrimen sublatum. *ibid. b.*
- Agnatorum successio et novo jure cognatorum an certo gradu terminetur. II. 47. a.
- Agnatos inter et gentiles, item inter gentem et familiam quid intersit. I. 103. b.
- Album prætoris: et quale iudicium in eum, qui album corrupti. II. 350. a.
- Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ. I. 319. a.
- Alluvio quid. I. 181. b. Quibus in agris locum habet. 182. a.
- Alveus desertus primi occupantis fit, si vicini agri limitati. I. 187. a.
- Alveus an aliquando priori domino restituatur flumine recedente. *ibid.*
- Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, et quid inde. I. 186. b.
- Ancilla si cum natis legata sit duo intelligi legata separata, et æque principalia. I. 542. b. Item si servus cum vicariis suis. 543. a.
- Secus si servus cum peculio, aut penu cum vasis, *ibid.* aut fundus cum instrumento. *ibid.*
- Apes omnes naturâ feræ. I. 176. a.
- Aqua profluens non idem quod flumen. I. 163. b.
- Aquæductus quid, quomodo aqua ducatur, et unde ducere liceat. I. 243. b.
- Aquæ et ignis interdictionis origo et causa. I. 107. a. In locum hujus poenæ successit deportatio. *ibid. b.*
- Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituent. II. 317. a. Ex quo sit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria. *ibid. b.* Ceterarum arbitrariorum natura et ratio nominis. *ibid.* In ea quod certo loco una sententiâ rem transigi. 322. a. In illis duplicem intervenire sententiam. *ibid.*
- Arbitrariarum et bonæ fidei discrimen. II. 380. a.
- Arbitratores quos vocant Judices non esse. II. 316. a.
- Arbitri et Judicis nomina quam diversimode accipiantur. II. 315. a.
- Arboris transplantatæ proprietatem post coalitionem ita immutatur ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. I. 203. b.
- Priori domino quomodo consulatur de pretio plantatæ. *ibid.*
- Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. I. 545. a.
- Arrha datur vel ut symbolum vel ut sit pars pretii: et effecta utriusque. II. 185. b.
- Assis ejusque partium usus quam frequens, et quibus in rebus fuerit. I. 409. b.
- Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus cet. I. 51. b.
- Attentatio pudicitie cur injuriosa. II. 295. a.
- Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, et quid eo in XII. tabb. significetur. I. 281. a.
- Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare. II. 310. a.

B

Beneficium competentie quibus quas ob causas datur. I. 387. b. Quale sit hoc beneficium, personæ an rei coherens. I. 390. b.

Beneficium ordinis, vide Ordinis.

Beneficium divisionis quale sit et quibus competat. II. 170. a. Conditiones sub quibus conceditur. 171. a.

Bonorum possessio contra tabulas etiam suis heredibus proposita. II. 14. b. Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilius quem

- quem admitti quam ab intestato: 15. a.
- Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicitur esse ex testamento. II. 70. a. Cur ea primo loco edicti proposita. *ibid. b.*
- Bonorum possessio *unde liberi* quo colore emancipatis deferatur. II. 12. a. Ad bonorum possessionem *unde liberi* non vocantur qui a patre emancipati se adrogandos derunt. 13. a.
- Bonorum posses. edictalis decretalis. II. 74. b.
- Bonorum possessio *unde vir & uxor* sola hodie necessaria. II. 73. a.
- Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratiâ introductæ. II. 67. b.
- Bonorum possessores vi ipsa heredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi. II. 68. b.
- Bonorum possessores an heredes efficiantur, qui jure civili succedere possint, si malint honorario. *ibid. a.*
- Bonorum possessio quid, II. 66. Ex bonis quæ dicantur. 66. a.
- C
- C**anones observandi circa materiam stipulationum. II. 139. b.
- Capacitas heredis instituti quibus temporibus inspicienda. I. 497. b. Non satis subtiliter tempus adeundæ hereditatis in consideranda capacitate constitui terminum disjunctum à tempore mortis. I. 498. a.
- Capitoria institutio quæ veteribus dicta. I. 418. a.
- Casus fortuitus quid. II. 102. b. In nullo contractû præstat. *ibid.* Periculi appellatione non semper casus venit. *ibid.* Inter casus fortuitos non numerantur qui cum culpa conjuncti esse solent. II. 104. a. Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesset. *ibid. b.*
- Casus fortuiti exclusio non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ. II. 210. a.
- Causa legandi, etsi falsa sit, legato non nocet, nisi in futurum collata; & quare. I. 565. a. Insigne hujus regulæ temperamentum. *ibid. b.*
- Causarum duarum lucratarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis. Et quò ea pertineat. I. 520. b.
- Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat. II. 451. a.
- Cautio fructuaria à testatore remitti non potest, ab herede potest. Et quid si fructuarius propter inopiam fidejussores invenire non possit. I. 258. b.
- Cautio quasi fructuaria an sit de substantia usus-fructus. I. 264. a. Partes hujus cautionis. *ibid. b.*
- Cautiones & confessiones debiti inutiles. II. 176. a. Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. *ibid. b.*
- Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ibid.* A quo tempore biennium currat. 180. a.
- Cenotaphium an religiosum. I. 169. a.
- Ceram quod pro tabulis Vereres dixerint unde sit. I. 360. b.
- Civilis disciplina, *vide Justitia.*
- Codicilli quid & unde dicti. I. 606. a. Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit, nisi adjuncta sit clausula codicillaris. I. 608. b.
- Codicilli quicumque & quocumque tempore à testatore facti jus testamenti sequuntur. I. 609. a. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: quæ hodie sublata. *ibid.* Quatenus ex his quæ testamento cauta codicillis mutare quid liceat. *ibid. b.* Codicilli ante testamentum facti non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat testatorem à priore illa voluntate recessisse. *ibid.*
- Codicillis hereditas nec dari nec adimi potest, nec si testamento confirmatis. I. 610. a. Neque conditio heredi instigato adjici neque detrahi. 611. a. Per fideicommissum hereditatem codicillis recte dari & adimi. 610. b.
- Codicillos in captivitate factos ab eo qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. I. 384. b.
- Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. I. 611. a.
- Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinationis. *ibid. b.* An mulier in codicillis recte testis adhibeatur. *ibid.*
- Cognatio servitute amissa manumissione non recipitur. I. 109. b.
- Cognitionis genera. I. 63. a.
- Cognitiones prætoriarum & extraordinariarum. II. 311. a.
- Colonus, *vide Fructuarius.*
- Comitorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita. I. 338. b.
- Commixtio quid proprie, ejus effectus. 196. a. Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid. b.*
- Commodare quid sit, & quid commodatum differat à precario. II. 102. a.
- Commodatum proprie nullum nisi gratuitum. II. 108. a.
- Commodatum & mutuum in quo differant. II. 103. a.

- Communi dividundo inter quos qua de re agatur. II. 363. b.
- Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat. II. 239. b. In iudicio communi dividundo quæ culpa veniat. 240. a.
- Compensatio quid sit. II. 375. b. & 389. a. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio & quid causa liquida. 375. a.
- Compensatione ipso iure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas &c. *ibid.* Rerum tantum consumptibilium esse compensationem. 376. a.
- Condicere quid sit Veteribus, & cur inde actio in personam dicta conditio. II. 358. b. Pro veteri condictione quid postea institutum. 359. b.
- Conditio certi una ne sit & generalis, an duplex. II. 100. b.
- Conditio furtiva non tantum in odium furis sed etiam in commodum domini introducta. II. 356. b. Difficile expeditu quomodo furti res condici possit. *ibid.*
- Conditio furtiva & actio rerum amotarum contra heredes etiam in solidum dantur. II. 414. a.
- Conditio & modus qua in re convenient & discrepent. I. 566. a.
- Conditio impossibilis non vitiat voluntates. I. 421. a. Conventiones contra. *ibid.* Impossibili conditioni similis est turpis. *ibid.* b.
- Conditio hæc, *Si heres non erit*, continet & casum impotentia & noluntatis. I. 426. a. Diversimode accipitur pro conditione instituti. *ibid.*
- Conditio quid sit & quotuplex, tunc quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant. II. 122. a. Etiam promissiones quibus tacite conditio inest pro conditionalibus esse. *ibid.* In conditionibus arbitrariis quid juris. *ibid.*
- Conditio pendente nihil dum deberi, & quid inde. II. 123. b. Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia. *ibid.* a. An idem & conditionibus arbitrariis. 124. b.
- Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare. II. 125. b.
- Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præstat. II. 209. b.
- Confusio & commixtio quomodo differant cum signate loquimur. I. 194. a.
- Confusionis effectum, & quarum rerum, quomodo confusio facta communionem pariat. *ibid.* In confusione fortuita quid juris. I. 195. a. Quid si unus è dominis confuderit altero ignorante. *ibid.*
- Coniuncti & disiuncti singuli recte & totum habere dicuntur & partem diversa consideratione. I. 525. b. Partem ab initio facere quid sit. 526. a. An partem faciat qui testamenti tempore mortuus aut incapax. 527. a.
- Coniunctorum genera exposita. I. 524. a. Disiuncti qui passim dicuntur eos & ipsos vere coniunctos esse. *ibid.*
- Consanguinei qui nostris; & unde sic appellantur. II. 14. a.
- Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam coepta. II. 26. a.
- Consanguinitatis prerogativa sublata. II. 24. a.
- Consensus quibus modis declaratur. II. 181. b. Obligatio ex consensu pinguior quam verborum. *ibid.* b.
- Consensus in matrimonio liber esse debet. 60. a.
- Consensus parentum, & quorum, quibus liberis necessarius. *ibid.* Præcedere debet nec rati habitioni hic locus. 61. a.
- Constituti & fideiussionis convenientia & dissimilitudo. II. 173. b. & 345. b.
- Constitutionum genera. I. 22. b.
- Constitutiones personales quotuplices, & quæ singularum vis. I. 23. a. & 24. a.
- Consuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. I. 27. b. An hic opus scientia superioris. *ibid.*
- Contractus quid & quotuplex. II. 91. b.
- Contractus *μοτοπλευροι, διπλευροι*, & medii generis. II. 102. b.
- Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant. I. 345. b.
- Conventio, pactio sive pactum, in genere quid & quotuplex. II. 91. b.
- Convitium quid. II. 293. a. An veritas convitiis excuset. *ibid.* An præfatio honoris. *ibid.* b.
- Correus qui totum solvit an eo nomine adversus alios actionem habeat. II. 138. a.
- Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt. *ibid.* b.
- Cretio nihil aliud olim fuit quam sollemnis aditio hereditatis. I. 504. a.
- Crimen pro criminatione. I. 152. a.
- Culpa quid & quotuplex. Plenius quam vulgo. II. 104. b.
- Culpa levissima. II. 105. b. Lata culpa in omnibus contractibus præstat & dolo comparatur. 104. b. Qui contractus dolum tantum recipiant, qui item culpam & diligentiam. 106. b.

Culpæ genera obiter distincta.

I. 155. a.

rendi modi.

ibid. b.

D

Damnum injuria datum. II. 282. a. Actio-
ne legis Aquiliæ de damno dato qui te-
neatur, aut non teneatur. 284. a. Ca-
put tertium legis Aquiliæ declaratur variis
exemplis. 288. b.

Deducti quo jure fuerint. I. 42. b.

Defensio sui adversus vim illatam à natura
est. I. 14. a.

Delegatio quid & quomodo fiat. II. 255. a.
Ad delegationem non pertinet *lex ult. C. de novat.* 257. a.

Deliberandi jus quorum causâ & cuius rei gra-
tiâ comparatum, quis ejus effectus, & quid
hic de suo contulerit Justinianus. I. 500.
b. Etiam suos heredes jure prætorio delibe-
randi facultatem habere. I. 501. a.

Delictum quid & quodplex. II. 259. a. an
species *συνάλλαγματες*. II. 20. b.

Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi
præterea quid aliud obstat legato. I. 563. b.

Deportationis & relegationis differentia. I.
87. b.

Depositum quid sit, & an etiam consistat in
re immobili. II. 108. a.

Depositarius ad quid teneatur. II. 109. a.

Dies utiles & continui. II. 76. b.

Dies incertus quando conditionem faciat in
contractibus, & quid hic intersit inter le-
gata & stipulationem. II. 117. b. Quid si
dies apponatur finiendæ obligationis causâ.
118. a. Effectus obligationis in diem. *ibid.*

Efficientia diei adjecti in modum termini ad
quem. 120. a. Quibus rebus differat stipu-
latio in singulos annos à simili legato. 121. a.

Dies certus institutioni appositus pro superva-
cuo habetur. 419. a.

Dies omnis incertus conditionem in testamento
facit. *ibid. b.*

Dies coeptus pro completo quando habetur,
& contra. I. 127. b.

Directæ actiones an salvæ maneant adversus
adrogatum. II. 79. b.

Dispositioni §. ult. *Inst. de fideic. hered.* quan-
do locus. I. 600. b. Glossema in fine text. d.
§. observatum. 601. b.

Divisionis beneficium non habere plures unius
tutoris fideiussores: at ex persona plurium
tutorum actionem dividi. I. 135. a.

Dolus quid. II. 103. a. Præstatur in omnibus
contractibus. *ibid.*

Dominium quid, & quam large ea vox sumat-
ur. I. 172. a. Domini jure gentium acqui-

Domini jure gentium acqui-
rendi modi. I. 226. b.

Donaria. I. 167. a.

Donatio inter vivos absoluta est juris gen-
tium. I. 296. a. Sitne donatio modus acqui-
rendi an titulus. I. 297. a.

Donatio propria quid sit, & quid impropria.
ibid. Unde æstimandum an donatio facta
sit mortis causâ. I. 298. b. Convenientia
mortis causâ donationis cum legatis. I. 299.
b. Discrepantia. I. 300. a.

Donatio inter vivos quomodo perficiatur. I.
301. b. An ex quovis pacto donationis cau-
sâ interposito actio nascatur. 302. b. An
simplex factum donationis pariat actionem
in rem. *ibid.* Quæ donationes insinuationem
non desiderant. 304. a. Revocandi dona-
tionem qui, quibus ex causis jus habeant:
& an inter causas etiam liberorum superve-
nientia. *ibid. b.*

Donationes inter sponsum & sponsam quo sen-
su dicantur Veteribus incognitæ. I. 306. a.
Quid circa has constitutum. *ibid. b.*

Dotalis rei maritus verus justusque dominus
est. I. 311. b. Potest res mobiles, omnes-
que res æstimato in dotem datas alienare.
310. b. Cur dotalis prædii oppigneratione ar-
ctius prohibita quam alienatio. 313. b.

Dotis repetitio olim cui, & qua ratione, &
quid jam. 613. a.

Dupondio expleto quantum sine parte scriptus
habere debeat, uti Hotomanni error nota-
bilis. I. 414. b.

De dotis æqualitate constitutio Justiniani re-
pudiata. I. 308. a.

E

Edictum perpetuum quid, & quid tempo-
rale. II. 350. b.

Edictum successorium. II. 8. a.

Emancipandi ratio vetus. I. 91. b.

Emancipare idem quod mancipare. I. 341.
a. Cur in omni mancipatione quinque tes-
tes adhibiti. Quæstio curiosa. I. 342. b.

Emancipati cur capite minui dicantur, & an
capite minui desierint. I. 108. a.

Emancipati ab adrogatione vivo patre natu-
rali jus liberorum recuperant; secus si post
mortem ejus: & quid hic respectu patris
adoptivi. II. 13. b.

Emancipati ab adrogatione post mortem patris
naturalis admittuntur ut cognati, non ut
liberi. *ibid.*

Emancipati sub colore quodam suitatis ad bo-
norum possessionem à prætore vocantur. I.

395. *a.* Absurdum non esse quod filix emancipata jure prætorio meliore conditione fuerint quam filii non emancipati jure civili. *ibid. b.*
- Emendare actionem quid sit, & quid mutare. II. 386. *a.* Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat. *ibid. b.*
- Emphyteuticus contractus. II. 204. *b.* Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo quod actum est. 205. *a.* Solo consensu jus emphyteuticum non transferri. *ibid. b.* Præstatio canonis hujus contractus pars essentialis. Quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit: & alia in foro agitata. *ibid.* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere aut aliter alienare possit. 206. *a.* Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone accepit. *ibid.*
- Emphyteuticus contractus & censualis quomodo differant. II. 207. *a.* An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria. 206. *b.* An emphyteuta in casu insolite sterilitatis remissio canonis præstanda. 207. *b.*
- Emtio. II. 181. *b.* Quando emtio perfecta intelligatur. II. 183. *a.* et 194. *a.*
- Emtione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licet arrhe intervenerint. II. 187. *a.* Quando res in hoc contractu designat esse integra. 186. *a.* Quando inter contrahentes actum intelligatur ut contractus in scriptis fiat. *ibid. b.* Quando negotium quod scriptura fieri placuit pro perfecto habeatur. 187. *a.*
- Emtio et permutatio, ac pretium. II. 191. *a.*
- Emtionis substantia ex pretio consistit; & quid inde. II. 188. *b.* Quid si pretium alieno arbitrio permissum. 189. *b.* Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis. 190. *a.*
- Error consensui quando obstat aut non obstat. II. 164. *b.* Quid si non in ipso corpore sed in materia erratum. 165. *a.*
- Error matrimonium vitians aut non vitians. I. 59. *b.*
- Exceptio quid; & unde dicta. II. 417. *a.* Exceptio in factum qualis; & unde. 419. *b.*
- Exceptiones perpetuæ & temporales. 422. *b.* Exceptio excussionis an dilatoria. 424. *a.* Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. *ibid.* Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis. 423. *a.* Exceptio divisionis. 171. *a.* & ordinis. *ibid.*
- Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit pecuniam sibi numeratam non esse. II. 178. *b.*
- Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis. II. 430. *a.*
- Exceptio procuratoria quotuplex. II. 425. *a.* solutionis. 247. *a.*
- Exceptiones in strictis judiciis quæ contestandæ. II. 425. *b.*
- Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. II. 426. *b.*
- Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. II. 429. *a.*
- Exceptioni cedendarum actionum quando locus. II. 171. *b.*
- Exceptionis dilatorię genera ratione objecti. II. 424. *b.*
- Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. II. 425. *b.*
- Exceptionum dilatariorum usus. II. 426. *b.* Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ. *ibid.*
- Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda. I. 149. *a.*
- Exercitoria actio & institoria cui adversus quem qua de re detur. II. 392. *b.* Si plures exercent singulos in solidum teneri, 393. *b.* Cum magistro & institore etiam directo agi posse. *ibid. a.*
- Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. II. 394. *a.* In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis. *ibid.*
- Exheredare proprie quid sit. I. 386. *a.*
- Exheredationis forma alia atque apud Veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. I. 398. *a.* Novo jure in omnibus forma exheredationis eadem. I. 399. *b.* &c. jura autem suorum & emancipatorum minime confusa. *ibid. a.*
- Exhereditio an extinguat jus suicitatis. I. 448. *a.*
- Exheredationem recte fieri etiam ob causas non expressas *Novellæ* 115. modo æque graves, aut graviores. 472. *b.* An si exhereditio facta sit sine clogio testamentum hodie sit ipso jure nullum. I. 473. *b.*
- Exheredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. 474. *a.* Ubi contraria repelluntur. *ibid. b.*
- Expromissor quid à fidejussore differat. II. 228. *b.*
- Extranei heredes quotuplici sensu dicantur. I. 486. *a.*
- Extraneus manumissor quis dicatur. II. 70. *b.*

FAcere posse quid sit, & quid illud reo tribuat. II. 390. a. Quibus rebus deductis id aestimetur. *ibid.*
 Faciendi obligatio cur incerta. II. 126. b.
 Quid quando ex ea peti possit. 127. a.
 Facta nuda & simplicia separanda ab iis quæ in rei alicujus præstatione consistunt. *ibid.*
 Factum alienum qui promittit cur nec se nec alium obliget. II. 144. a.
 Falcidiæ legis ferendæ occasio. I. 575. a.
 Falcidiæ appellations Veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. I. 461. a.
 Falcidiæ legis virtus ad quæ vel statim vel sensim producta. I. 577. a. Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur. 578. b. Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari. 579. b. Quæ in bonis defuncti numerentur cum de Falcidia questio est. 581. a. An heres quod sibi à defuncto debetur deducat. *ibid.* Quibus casibus Falcidia cesset. *ibid.* b.
 Familiæ eriscundæ judicium inter quos reddatur & quid contineat. II. 363. b.
 Familiæ emtor fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, heres admissus. I. 356. b.
 Famosa judicia civilia ex delicto aliquo conditione concurrente. II. 446. b. Ex contractu judicia famosa. 447. a. Cur non omnia judicia bonæ fid. famosa. *ibid.* a.
 Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta neque conditiones. *ibid.*
 Famosi libelli quam varia poena. II. 294. a. Si inventor auctorem indicaverit. *ibid.* Poenæ legis un. C. de famos. libell. quando locus. *ibid.*
 Fera non vulnerantis sed occupantis fit. I. 174. b.
 Ferum animal sit an mansuetum unde aestimandum. I. 173. b. Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. *ibid.*
 Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. I. 461. b.
 Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti. I. 583. b. De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum. I. 586. b. & quorum ea jurisdictio. *ibid.*
 Fideicommissaria hereditatis petitio an recte numeretur inter actiones prætorias. II. 434.
 Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. I. 587. a. Recte relinqui etiam ab heredibus legitimis & honorariis. 599. a. An fideicommissum à legitimo herede relictum suc-

cessionem propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta debeat. *ibid.*
 Fideicommissum hereditatis quis cui à quo recte relinquat. I. 186. b.
 Fideicommissorum natura laxior quam legatorum, & quibus in rebus. I. 513. a.
 Fidejussor idem qui & adpromissor. II. 166. b.
 Fidejussoris obligatio est accessio principalis. *ibid.* a.
 Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit, excepta causâ dotis. II. 167. b. etiam pro obligatione ex delicto quando civiliter agitur. 168. a. Quatenus in criminalibus recipiatur. *ibid.* Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. *ibid.* Quid si obligatio sit mere civilis. *ibid.* b. Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure *Novellæ* 99. II. 170. a. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. 171. a.
 Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest. II. 172. b. Acceptus in majorem quantitatem quam debetur ne in debitam quidem obligatur. 173. a.
 Fiducia Veteribus pignus, & proprie hypotheca. II. 343. b.
 Filiosfam. herede instituto repudiante utrum pater an substitutus admittendus. I. 431. a. Pleræque aliæ ejusdem generis questiones obiter excussæ. I. 432. a.
 Filiorum appellatione an contineantur postumi, nepotes, filiæ. I. 102. a.
 Filiusfam. Quando heredem ab intestato habere coepit. II. 32. a.
 Filiusfam. in publicis causis non sequitur jus patris. I. 99. a.
 Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur. I. 379. a. An his codicillos facere, aut mortis causâ hæc donare sine consensu patris. I. 380. a.
 Finium regundorum inter quos cuius rei gratiā agatur. II. 364. a.
 Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore. II. 26. b.
 Formulæ in actionibus in personam usitatæ; & quali locus cum agitur ex obligatione faciendi. II. 320. a.
 Forum commune esse locum domicilii. II. 311. b.
 Forum proprium quæ tribuant. II. 312. a.
 Fratres germani & uterini. II. 28. b. & 29. a.
 Fratrum filii quando soli existunt utrum hereditatem in capita an in stirpes dividant. II. 50. a.

Fructuaria re locata quid juris circa pensiones.

I. 215. *b.*

Fructuari onera.

I. 218. *a.*

Fructuario quid tribuat tum jus utendi tum fruendi.

I. 256. *b.*

Fructuarius an possideat.

I. 329. *b.*

Fructuarius potest jus quod habet alteri locare vendere &c.

I. 274. *b.*

Fructuarius & colonus in quo discrepent aut conveniant.

I. 216. *a.*

Fructus quid & quotuplex. I. 208. *b.* Quando fructus percepti intelligantur. I. 209. *a.*

Fructus non fiunt fructuarii nisi ipse eos perceperit.

I. 215. *a.*

Fructus percipiendi jus non transire ad heredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit.

ibid. b.

Frumentum ex spicis alienis excussum manet ejus cujus spicæ sunt I. 190. *b.* Quid de vino & oleo &c. expresso.

ibid.

Furem non esse nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. II. 260. *b.* Non item qui non lucrandi animo. 261. *a.* Quid si urgente fame esculenta ablata.

ibid.

Furiosus à mente capto quid distet. I. 132. *b.* Furta quam varie apud varios multata. II. 265. *a.* Non pugnare cum justitia attributrice quod interdum morte puniantur. 266. *a.*

Furti actio quibus competat. II. 272. *b.* civilis an concurrat cum criminali. 277. *a.* etymon. 262. *a.* Inquirendi ratio vetus. 264. *b.*

Furtiva conditione an heres furis teneatur in solidum.

II. 278. *a.*

Furtorum domesticorum coërcitio vetus & hodierna. II. 272. *a.* Genera. 263. *a.*

Furtum manifestum. *ibid. a.* nec manifestum. *ibid. b.*

Furtum non fieri sine contrectatione : & quid inde : tum quis contrectare dicatur. II. 260. *b.* Fieri non intelligi nisi sit qui possideat.

261. *a.* per se & naturâ turpe esse. *ibid. b.*

Furtum aliquo casu facere non videri qui sciens rem alienam vendit.

I. 268. *b.*

Furti actio datur ob gallinam surreptam. I. 178. *b.*

G

Genus quid sit prudentibus, quid species.

Generis legatum quando valeat. I. 550. *a.*

Ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. 551. *a.* Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. *ibid.* An istius differentie adhuc ratio habenda. *ibid. b.* Quibus casibus electio sit heredis ubi testator id non expressit. *ibid.* Electionem non usquequaque es-

se liberam.

I. 552. *a.*

Generationis vis foeminis citius incipit, quam in maribus.

I. 124. *a.*

Gradus heredum ex serie successionis testatore factæ æstimandos.

I. 425. *b.*

Gradium cognationis distinctionem cur nosse oporteat, & cur seriem cognationum Jurisconsulti gradus vocitent.

II. 52. *b.*

Gradium diminutionis discrimen inter jus civile & canonicum. I. 67. *b.* Qua serie Gradus numerentur.

II. 53. *a.*

Grege legato, etiamsi unica ovis tantum supersit eam legato cedere : & cur non idem in legato usufructu gregis.

I. 544. *a.*

H

Habitatio quid. I. 277. *b.* Habitatio tam vendi, quam locari potest.

I. 278. *b.*

Heres unde dictus.

I. 505. *b.*

Heredes omnes apud nos voluntarii. I. 470. *b.*

Hereditas proprie quid sit I. 333. *a.* & 238. *b.* quibus modis deferatur.

I. 333. *b.*

Hereditas jacens diversa consideratione recte dicitur repræsentare personam defuncti, & personam heredis.

I. 407. *b.*

Hereditas in quibus personæ vice fungi non potest.

333. *a.*

Heres quasi obligatur legatariis fideicommissariis creditoribus non item.

II. 240. *b.*

Heres à legatariis cogi non potest ut adeat. I. 580. *a.*

Hereditas in tot partes distribui potest quot testator voluerit.

I. 410. *a.*

Hereditatem olim qui & in quantum capere non poterint. I. 403. *a.* Qui & in quantum hodie heredes institui non possint. *ibid. b.*

Hostem occidere an liceat postquam captus est.

I. 34. *b.*

Hostium res Veteribus eodem loco fuerunt quo res nullius. I. 179. *a.* Ager ex hostibus captus cur publicus fiat. *ibid. b.* & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie.

ibid.

Hypotheca, vide Fiducia.

Hypothecaria nomen commune, vide Pignoratitia.

Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data : item qua de re adversus quos ea competat.

I. 511. *a.*

I

IN impensas condemnandas victus victori & si non petitas.

II. 445. *a.*

Imperativa verba interdum vim habere preciorum.

I. 606. *a.*

De impuberis delicto.

II. 276. *a.*

Impuber pubertati proximus an obligetur naturaliter sine tutoris auctoritate contrahens.

II.

- II. 155. a. Cur non obligetur auctore patre.
156. b.
- In iure, & in iudicio fieri diversa Veteribus. II. 310. a.
- Incertæ personæ cur olim non recte legaretur. I. 556. b. Cur tale legatum solutum per errorem repeti non potuerit. I. 558. a.
- Indebiti soluti conditio ut competat quæ requirantur. II. 241. a. An error juris repetitione semper obstet. 242. a. Obligatio indebiti per errorem soluti siue ex vero an quasi ex contractu. 243. a. Causæ ex quibus indebitum errore solutum non repetitur, & cur id placeat. 244. a.
- Individuum quot modis dicatur. I. 55. a.
- Individuæ vitæ consuetudo. *ibid.* b.
- Infans quamdiu quis habeatur; & gradus ætatis pupillaris. II. 154. a. Infantiæ proximus. *ibid.*
- Proximæ pubertati, & an hi naturaliter siue tutore obligentur. II. 155. a.
- Ingenui quinam Veteribus & postea dicti; & quid proprie vox Ingenuus. I. 38. a.
- Ingenuitatis inter quos vertatur quæstio. II. 354. a.
- Injuria re quot modis fiat. II. 252. b. Injuriam factam an verbis liceat repellere. II. 293. b.
- Injuriā remissa adhuc peti posse impensas &c. II. 302. a. Cur dissimulatione injuria aboleatur, *ibid.* An idem obrineat in reali injuria, *ibid.* plures species tacitæ remissionis, *ibid.* In actione injuriarum annus utilis an continuus, & ex quo tempore currat, *ibid.* b. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua, *ibid.* b. Levis & atrox injuria unde æstimetur. 299. b.
- Injuriam quæ poena ex lege XII. tabb. II. 297. b. Quæ ex edicto prætoris, 298. b. Ex lege Cornelia, 299. a. Actionem injuriæ ad pælinodiam civilem esse, non criminalem, 300. b. In actione criminali poenam extra ordinem constitui civili electa hanc consumi, & contra, *ibid.* Civiliter conventus actione injuriarum qua ratione infamiam effugiat. 301. a.
- Injuriarum actio cur nec in heredem nec heredi detur. II. 415. b.
- In jus vocatio an pars iudicii: effecta in jus vocationis. II. 448. b.
- In jus vocare quid sit, & quid citare. II. 449. b.
- Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis testamento non facto inæqualiter successuri fuissent. I. 413. b.
- Instituti ex imparibus partibus, atque invicem substituti. I. 428. a.
- Institutio servi alieni sustinetur ex persona domini proprii ex consequentia libertatis, I. 404. a. Quid juris in servo communi ab uno è dominis herede instituto, *ibid.* b. Quid si servus heres institutus sit à fructuario. I. 405. b.
- Institutionem heredis multorum moribus ad subs tantiam testamenti non desiderari. I. 423. a.
- Institutus ex certa parte hereditatis vel ex certa re, quod bonorum omnium heres fiat id esse ex subtilitate juris. I. 410. a.
- Insula in mari cur raro nascatur. I. 183. b. Cur frequenter in flumine, 184. b. In flumine nata est vicinorum possessorum, *ibid.* b. non proprietate tantum sed etiam usu. 185. a. Pro qua parte cuique vicinorum adquiratur, *ibid.* quo jure. *ibid.* b.
- Interdicta cur potissimum de possessione proposita. II. 431. a. Quæ interdicta causam proprietatis ac quasi contineant. *ibid.*
- Interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis etiam fructuario dari. II. 437. b.
- Interdicta adipiscendæ possessionis. II. 433. a.
- Interdictorum divisio à forma. II. 431. b. *Uti possidetis* & *Utrubi* vetus differentia ejusque sublatio: tum quid hic jus Canon. & mores hodierni. II. 436. a.
- Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie. II. 430. b.
- Interdictum quorum bonorum cui adversus quem competat: cui bono comparatum. II. 433. a.
- Interdictum Salvianum adversus quos datur. II. 434. a. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. *ibid.* b.
- Interdictum *Unde vi* quatenus Canonibus extensum: & de remedio Can. *Redintegrandæ*; II. 441. a.
- Interdictum *Unde vi* quibus quarum rerum nomine datur. II. 440. a.
- Interesse qua ratione incertum. II. 128. a.
- Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda. II. 149. b. Quid juris si diversitas versetur circa rem aut quantitatem, *ibid.* Quid si circa qualitatem. 150. a.
- Intestabiles qui dicantur: & an aliquam habeant testamenti factionem. I. 351. a.
- Intestato filio mortuo peculium castrense quando & quo jure ad patrem pertineat. I. 378. a.
- Intestatus quis dicatur; & an ea appellatio etiam ad pupillum furiosum &c. pertineat.

- II. 2. a. Successioni ab intestato quando locus testamento irrito factio. *ibid. b.*
- Inventarii beneficium. I. 502. a. Ejus neglecti poena. *ibid.*
- Inventario non confecto an heres amittat quartam Trebelliani; & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit. I. 594. b.
- Inventio species occupationis. I. 180. a.
- Inundatio quid proprie, & quæ ejus vis. I. 187. b.
- Irrita fieri quando dicantur testamenta. I. 463. a.
- Iter quid sit, quid eo contineatur. I. 241. b.
- Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata judicare debeat. II. 452. a.
- Judex per imperitiam male judicans cur non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans; & circa hoc mores hodierni. II. 303. b. De dolo. 304. a.
- Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri, & quibus ex causis. II. 312. b.
- Judicis & arbitri nomina quam varie accipiantur. II. 315. a.
- Judices omnes secundum leges & mores judicare debere. II. 453. a.
- Judicis officium in judicando. II. 451. a.
- Judicio constituendo personæ necessaria. II. 325. a.
- Judicia ordinaria olim & extraordinaria quæ. II. 442. b.
- Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos. I. 35. b.
- Jura prædiorum quo aspectu servitutes dicantur. I. 239. b.
- Jure magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa. I. 116. b. Illa mandata jurisdictione transire, hæc non item. I. 117. a.
- Juris variae significationes I. 7. a. Propria quæ huc quadrat, *ibid.* Præcepta tria. I. 9. b. & 10. a. Divisio. 12. b. Publici nomen. 10. b. Animalia bruta juris non sunt capacia. I. 13. a.
- Juris accrescendi inter plures in eundem usum fructum conjunctos propria. I. 270. b.
- Jurisconsultorum auctoritas non fuit proprie *νομοθετικη*. I. 25. a.
- Jurisdictionis verbum latius sumtum etiam ad specialiter concessa referri posse. I. 117. a.
- Juris non scripti quantæ & unde auctoritas. I. 26. a.
- Jurisprudentia mediæ quæ. II. 26. b.
- Jurisprudentiæ subjectum ejusque considerandi modus. I. 8. b.
- Jurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio. II. 27. b.
- Jus accrescendi an testator prohibere possit. I. 411. b. vide 522. b.
- Jus civile in genere. I. 15. b.
- Jus gentium quid & unde æstimandum. I. 16. a.
- Ejus distinctio in primævum & secundarium. *ibid. b.*
- Jus in definitione actionis quæ significet. II. 309. b.
- Jus naturale seu gentium primævum & immutabile. I. 30. a. Eam immutabilitatem præcipue apparere in communibus notionibus. *ibid. b.*
- Jus personæ & status sive conditio quomodo differant. I. 32. a.
- Jus sanguinis quot modis dicatur. I. 113. a.
- Jus vitæ & necis in servos non omnes gentes usurparunt. I. 50. a.
- Jusjurandum calumniæ quid sit. II. 444. a.
- Jusjurandum Advocatorum & procuratorum in singulis causis. II. 445. a.
- Justitia non est potentia naturalis, sed habitus. I. 7. b.
- Justitiæ distributio in universalem & particularem. I. 6. b. An ea necessaria, 7. a.
- Justitia particularis ejusque species, 7. b.
- Justitia commutativa non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam, *ibid.* Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem, *ibid.*

L

- L**apis pro milliario, & unde ea appellatio, I. 149. b.
- Latini liberti quo jure fuerint. I. 42. a.
- Legati à legatario cur olim non potuerint, & an hodie possint. I. 602. a.
- Legari quæ res possint aut non possint. I. 514. b.
- Rem alienam legari nihil vetat, 519. a.
- Quid juris si res communis legata, *ibidem.*
- Effectus legati rei alienæ. 516. a.
- Legatum rei commercio simpliciter exemptæ inutile; item ejus quæ ædibus juncta. *ibid.* Quid si res legata exempta commercio certæ personæ. *ibid. b.* Quid si feudum legatum, 517. b.
- Legatum rei alienæ nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat si testator sciverit alienam esse. *ibid. b.*
- An legati mandata Principis vel populi præcise debeant sequi. II. 228. b.
- Legata ante heredes institutionem relicta cur olim inutilia. I. 567. b.
- Legata & fideicommissa à Justiniano primum

- exæquata. I. 512. *b.* Eis communia iure veteri. 603. *a.*
- Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. I. 557. *a.*
- Legatarii & fideicommissarii particulares cur ad testimonia testamentaria admissi. I. 358. *b.*
- Divinatio quorundam circa hoc improbat. *ibid.*
- Legatarii & creditores quatenus cum herede agere possint consumpta portione restituta. I. 598. *a.*
- Legati vindicationis & damnationis differentia & sublatio. I. 510. *b.*
- Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet. I. 595. *b.* Natura stricta & cancellis circumscripta, 512. *b.* Genera. 509. *a.*
- Legatum nominis; & quid eo contineatur. I. 548. *a.* Legatum nominis extinguatur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultero solutum, *ibid. b.* Admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis. *ibid.*
- Legatum omnium bonorum ususfructus an valeat alio herede post mortem legatarii instituto. I. 420. *b.*
- Legatum post mortem heredis aut legatarii relictum olim non valebat: in tempus mortis relictum contra; & cur tam varie. I. 569. *a.*
- 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. I. 537. *a.*
- Legatum rei pignori obligatæ legato rei alienæ simile. I. 518. *b.*
- Legatum rei quæ in rerum natura nondum est an purum sit, an conditionale. I. 521. *b.*
- Legatum rei quæ legatarii propria sit inutile, nec convalescere eâ postea alienata. I. 533. *a.*
- Legatum unde dictum. I. 507. *b.*
- Lege regia jus omne populi privative in Principem translatus. I. 22. *b.*
- Lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse. I. 58. *b.* Accurata in hoc legis caput inquisitio. *ibid.*
- Legem condere non potest populus alterius imperio subiectus. I. 15. *a.*
- Leges quibus comitiis à quibus magistratibus latæ. I. 20. *a.*
- Leges Furia, Voconia, Falcidia quo sensu dicantur testatorum gratiæ latæ. I. 575. *b.*
- Heredum potissimum causâ. 576. *a.* Quid à quo cautum singulis. *ibid. b.*
- Legis XII. tabb. verba, *Uti quisque legasset sue rei*, exposita. I. 575. *b.*
- Legis varia significatio. I. 12. *b.*
- Legitima portio quid. I. 483. *b.* Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. *ibid.* An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli, *ibid.* Si minus legitimâ relictam, qua actione quæ deest petatur: novique & veteris juris differentia. 484. *b.* actio ad supplementum in quibus differat à querela. *ibid.* Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. 488. *b.*
- Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. *Rainutius*. I. 594. *b.*
- Legitimati an ad feudum admittantur, II. 5. *a.*
- Legitimatio & ejus subiectum. I. 75. *b.*
- Legitimatio per subsequens matrimonium sine dotalibus instrumentis non procedit; secus jure Canonico & moribus. I. 77. *a.* Legitimatio per rescriptum Principis. *ibid. b.*
- Lex Aquilia. II. 282. *a.*
- Lex quando obligare incipit. I. 19. *a.*
- Lex Voconia. II. 26. *b.*
- Liberationis legatæ quis effectus. I. 536. *a.*
- Liberorum appellatione omnes veniunt qui ex nobis descendunt. I. 102. *a.*
- Libertatis directæ & per fideicommissum datæ differentia an sublata. I. 505. *a.*
- Libertatis quæstio inter quos verratur. II. 354. *a.*
- Libertini ingenuis exæquati & à quo. I. 43. *a.*
- Libertinus & libertus quid differant. I. 40. *a.*
- Libertinus centenarius. II. 61. *a.*
- Limitati agri jus alluvionis non habent. I. 182. *a.*
- Literæ olim chartæ, hodie charta literis cedit. I. 205. *a.* & *b.*
- Literarum obligatio. II. 176. *a.* An recte sic appelletur. 177. *b.*
- Litis contestatio quid sit. II. 449. *b.* An aliquando à parte rei per affirmationem inducatur, *ibid.* Ejus effectus. 450. *a.*
- Literas scire aut nescire quid. I. 143. *a.*
- Locatio & emptio unde quibusdam in casibus dignoscantur. II. 208. *a.*
- Locatio quid & quod duplex: tum quæ res aut facta locationem recipiant. II. 199. *a.* Locationis & emptionis communia. 200. *b.* In locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur. 201. *a.*
- Locationi factæ à venditore emptor stare non tenetur. II. 211. *a.*

M

- M**acedonianum senatusconsultum. II. 398. *a.*
- Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re nasci. II. 260. *a.*
- Mandatum quid. II. 222. *a.* Mandati variarum divisiones, *ibid.* Quid differat à consilio. 225. *b.* Consilium tale instat mandati esse, si

si quis alicui suaserit ut pecuniam credat certæ personæ. 226. *b.*
 Mandatum incertæ rei an & quando valeat. II. 223. *a.*
 Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, II. 227. *a.* De excedente fines mandati quædam non trita. 228. *a.* Mandatum cur solvatur revocatione mandantis. 230. *b.* Cur morte utriusque. 231. *a.* An morte mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri post mortem. *ibid.* Casus quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur. 232. *a.* Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii, *ibid.* *b.* Quid si intempestive renunciet. 233. *a.* Qualis culpa in mandati judicio veniat. *ibid.* Mandatum non vitiat constitutione honorarii, nec datur tamen de ipso honoraria mandati actio. 234. *b.*
 Manumissione servi alieni legati heres ira liberatur, ut nec æstimationem debeat: & quid si res legata evicta. I. 541. *a.* Quid si heres proprium servorum à se legatum ignorans manumissit. *ibid.* *b.*
 Manumissionis species. I. 40. *b.* Manumissio vindictæ. 41. *a.*
 Materix dominium non amitti, cujus ex materia in alieno solo ædificatur. I. 200. *b.* Materix dominus ædificans in alieno quando proprietatem materix amittat, *ibid.* Materix pretium à possessore qua ratione servari queat. 201. *a.*
 Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. I. 63. *b.*
 Matris & avi materni præteritio vim exheredationis habet. I. 401. *a.* Etiam jure novissimo. *ibid.*
 Merces locationis an consistere possit in alia re quam pecunia numerata. II. 202. *b.*
 Miles etiam pro parte testatus decedere potest. I. 412. *a.*
 Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint. I. 371. *a.*
 Militis testamentum an subjaceat querelæ inofficiosi. I. 400. *b.*
 Militibus testamentibus in expeditione remissa omnia quæ subtilitatem magis quam naturalem rationem habent. I. 365. *b.* Causa hujus privilegii. *ibid.* In hybernis &c. tale privilegium non habere. 366. *b.*
 Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem. I. 455. *b.*
 Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. I. 47. *a.*
 Modi acquirendi jure civili singulares. I. 279. *b.*

Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus. II. 132. *a.*
 Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus & expressam iniquum videtur, & quid. II. 37. *a.* & si liberi &c. *ibid.* *b.*
 Mulieres cur arceantur à testimoniis testamentariis. I. 350. *a.*
 Mutui etymon. I. 99. *b.*
 Mutuum an sit species alienationis. I. 316. *b.* Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. 317. *b.* Nummi quando consumti intelligantur. *ibid.* *a.* Si mala fide consumti quæ tunc actio. 317. *b.*
 Mutuum quid. II. 96. *b.* Materia mutui. *ibid.* Cur mutui datio tantum consistat in rebus consumptibilibus. 97. *a.* Forma mutui propria. *ibid.* Singularia in mutuo recepta. *ibid.* Finis & effectus. *ibid.* *b.* Debitorem posse eam rem quam mutuo accepit in specie reddere. *ibid.*

N

Nati ex concubina non magis quam vulgo quæsiit jus agnationis habent. II. 45. *a.*
 Nati ex damnato coitu omnis successionis sunt expertes. *ibid.* *b.*
 Naturales liberi quot modis dicantur. *ibid.*
 Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu tollitur. II. 257. *b.* Item re integra & civilis nudi consensus & honoraria pignoris. 258. *a.*
 Navis levandæ causâ quæ ejiciuntur pro derelicto non haberi. I. 234. *a.*
 Negotiorum gestio quale factum. II. 237. *a.* Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat. *ibid.* Cujus culpæ nomine negotiorum gestor teneatur. *ibid.* *b.*
 Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. I. 76. *b.*
 Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus heres existere. II. 11. *a.* Nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere. *ibid.* *b.*
 Nepotis ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, in stirpes familiam eriscere. II. 4. *a.*
 Nomen quo effectû à creditore alienetur. II. 318. *b.*
 Nominum propriorum differentia subtilius quam vulgo explicata. I. 561. *a.* Error in nomine legatarii non vitiat legitimum. 562. *a.* Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. *ibid.* Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit, 563. *a.*
 No-

Notarii publici an stipulando alteri adquirant:
& quid juris hodie. II. 145. b.

Novatio quid, quæ in ea necessaria. II. 254. b.

Novationis effectus. II. 255. a. Quot modis novatio fiat. *ibid.* Novatio quæ fit per litis contestationem, & quid differat à voluntaria. *ibid.* b. Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur. 256. b. Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. 257. a.

Noxales actiones an recte inter arbitrarías numerentur. II. 378. b.

Noxa, noxia, noxæ dedere. II. 400. a.

Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt. II. 98. a. Aucto aut deminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione quæ est cum solventur. *ibid.* b.

Nummos recte numerari inter res corporales. I. 236. b.

Nuptiæ comprivignorum licitæ. I. 71. b.

Nuptiæ fratrum & sororum interdictæ, etiam jure Divino & moraliter. I. 64. b.

Nuptiæ quatenus prohibentur in linea transversa inæquali: & an huic prohibitioni consentanea lex Divina. I. 66. a. Nuptiæ consobrinorum civili & divino jure licitæ: secus jure Canonico. 67. a. Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. 69. a. lineæ transversæ. *ibid.* b. Inter affines transversæ lineæ interdicta *Levit.* 18. an moralia. 70. a.

Nuptiarum perfectio nihil præter legitimum consensum desiderat. I. 53. b.

O

Obligatio naturalis nudo consensu tollitur. II. 257. a.

Obligationes quæ re contrahi dicuntur. II. 95. a.

Obligationum summa divisio. II. 87. a. Obligatio naturalis. *ibid.* Obligationes naturales non omnes eundem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant. *ibid.* b. Obligatio mere civilis. 88. b. Obligatio mixta. *ibid.*

Officium jus dicentis aliud quam officium judicis, & in quibus utrumque consistat. II. 450. b.

Oleum *vide* Frumentum.

Operæ servorum vix est ut servitutibus personalibus annumerentur. I. 255. b.

Optionis & electionis legatum idem esse. I. 553. b. differre à legato generis & alteri pativo. *ibid.*

Optionis legatum habuisse olim conditionem coherentem personæ legatarii. I. 554. a.

Orcini liberti, & numquid juris in eos familiaris. I. 605. a.

Orficiano senatusconsulto filius & filia ad matris successionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem aviæ. II. 40. a. quod postea mutatum. *ibid.* b. Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurii. 41. b.

Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat. II. 170. b. Non pertinet ad fidejussores judiciales. *ibid.*

P

Pacta hodie etiam actionem parere juxta scita juris Canonici II. 49. b. Pactum de quota litis jure improbatum. II. 234. b.

Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio. II. 92. a. Pacta legitima & in continenti adjecta. *ibid.* Ex continenti adjecta an insint ex parte actoris in contractibus stricti juris. *ibid.* I.

Pœna constituta in eos qui plus quovis modo petunt. II. 384. b.

Pœnæ nomine legare quid sit. I. 57. b. Cur tale legatum Veteribus improbatum. 571. a. Cur probatum Justiniano. 571. a.

Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurrit. II. 128. a. An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur. *ibid.* b.

Pœnalem stipulationem valere quamvis inutili subjecta sit. II. 168. a. Pœnam committi etiam ei cujus nihil interest. *ibid.* b. Pœna debetur quantacumque promissa. *ibid.* Quoties stipulantis interest alteri dare stipulatio alteri facta valet. 163. b.

Partum ancillæ cur placeat in fructum non esse. I. 217. b.

Parentibus quo jure alimenta debeantur. I. 14. a. Pater quo jure olim ut pater successerit filio. II. 32. a.

Patria potestas quo sensu proprium civium Romanorum. I. 56. b. qualis ea olim postea & hodie. 57. a.

Patricii genere semper à plebeicis distincti, non ordine. II. 20. b.

Patricii qui olim, qui postea dicti. I. 89. b.

Patroni & parentis manumissoris comparatio. I. 92. b.

Patroni parentes &c. sine venia in jus vocari non possunt: item hujus juris ratio. II. 351. a.

Patronos lex XII. tabb. non alio jure censuit, quam agnatorum. II. 59. b.

Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum quam patrem fratrem &c. II. 60. a.

Pavonis & columbæ omnes generis feri. I. 177. b. De peculio quando actio in patrem non datur. II. 305. b.

Peculio legato quod vivo testatore accedit aut decedit cujus lucro vel damno sit. I. 545. b.

Quid si post mortem testatoris. I. 546. a.

Peculio pagano adventitio cum castrensi communia. I. 378. b.

Peculium filiosam. quid sit : quot ejus species : & quid singulæ. I. 322. b. Adventitii peculii proprietas primum quibusdam in bonis, postremo generaliter filiosam. concessa, usufructu patri relicto. 323. a.

Pecuniæ appellatione res omnes continentur. II. 191. b.

Pecuniæ signatæ usus perantiquus. II. 192. a.

Permutationis incommoda. II. 191. a.

Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertinent emptione perfecta. II. 194. a.

Petitoris in actione rescissoria intentio. II. 336. b.

Picturæ cur tabulam cedere placeat. I. 206. a. Domino tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur. 207. a. In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus. *ibid.*

Pignoratitia actio quando nascatur. II. 110. a. Quid differat ab hypothecaria. *ibid.* Ad quid creditor pignoratitius teneatur. *ibid.* b.

Pignora in vicem satisfactionis quando admittantur. I. 135. a.

Pignoris variâ significata. II. 109. b. Pignus contrahi etiam sola conventionē. II. 110. a.

Pignoris vendendi formam à Justiniano præscriptam hodie non observari. I. 315. b. Etiam cum convenit ut pignus distrahere liceat unam saltem denuntiationem requiri. 314. b. Et quid juris si solutio sua die non facta. *ibid.*

Pignus inter & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam. II. 343. a. Inter pignus & hypothecam quid proprie intersit secundum usum juris. *ibid.* b.

Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. II. 341. a.

Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune. I. 163. b.

Pisces in alieno stagno capti cujus sint. I. 173. b.

Polygamia numquam in foro conscientiæ licita fuit. I. 71. a.

Portus *vide* Flumina.

Postumi alieni servus cur recte institui heres potuerit, ipse non potuerit. I. 407. b.

Postumi qui proprie dicantur ; & qui improprie seu quasi postumi. I. 392. a. Qui ex his agnascendo, qui succedendo testamentum rumpant. *ibid.* Cur nepti quasi postumæ plus tributum olim quam filiæ. 303. a.

Jus antiquum circa institutionem & exheredationem postumorum. *ibid.* Quid Gallus Aquilius circa nepotis postumi institutionem introduxerit. 392. a. Quid lex Velleja. *ibid.* b.

Postumi similes incertis personis. I. 558. a.

Postumi sui & alieni. *ibid.* b. Postumus alienus quo sensu dicatur olim heres institui potuisse. 560. a.

Postumorum appellatione venire omnes liberos nascituros. I. 102. b.

Postliminio reversus quando quis intelligatur. I. 90. a. Quæ res postliminio recipiantur. *ibid.* b. Origo vocis postliminii. 61. a.

Possidere quid sit in argumento usucapionis. I. 292. a. Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri. *ibid.* Possessionis interruptio ejusque effectus. *ibid.* Etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad implendam usucapionem. *ibid.* b.

Possessionem justam defuncti prodesse heredi etiam scienti rem alienam esse, injustam nocere etiam ignorantī. 293. a.

Possessionis accessione auctoris sui quando successor particularis utatur. I. 294. b.

Possessio cur per extraneam personam adquiri possit, jus aliquod non possit. I. 330. b.

Per consequentiam adeptæ possessionis etiam dominium nobis adquiri. 331. b. vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit. *ibid.*

Possessio rerum hereditariarum nec suis heredibus continuatur. II. 6. a.

Possidere quid proprie sit. II. 437. b. Vetis controversia circa retentionem & omissionem possessionis, quæ à Justiniano sublata. 438. a. Etiam solo animo possessionem retineri. *ibid.* b. Ad acquirendam possessionem & animo opus esse & simul aliquando actu corporali. 439. a. Quibus modis possessio amittatur. *ibid.* b.

Possidere pro herede prove possessore quis dicatur in interdicto *Quorum bonorum*, & alia nonnulla scitu digna. II. 433. b.

Possessor bonæ fidei qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impensas consequatur. I. 201. a. Quid juris in male fidei possessore. 202. a.

- Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit. I. 212. *b.* Consumtos lucratur, extantes omnes restituit. 213. *b.* Praxis. 214. *a.* Ratio hujus juris. 210. *b.*
- Possessor bonæ fidei quis sit. I. 209. *a.* Quid si postea cognoverit rem alienam esse. 210. *a.*
- Possessores bonæ fidei an domino servum vindicanti restituere debeat quod ex operis servi paratum extat. I. 329. *a.*
- Possessorii cum petitorio cum latio. II. 436. *a.* Qui possessores quos fructus restituere debeant. 454. *b.* Non possidenti nullam eo nomine actionem dari. I. 201. *a.*
- Possessor malæ fidei nullus fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur. I. 214. *a.*
- Possessores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint. I. 227. *a.*
- Potestatis vocabulum in magistratu. I. 141. *a.*
- Prædia eorumque jura cum effectu juris considerata numquam loco distinguuntur. I. 245. *a.*
- Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde sic appellatur. II. 253. *b.* Cur actionibus in rem annumeretur. *ibid.*
- Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit quam dotis obligatio. I. 539. *b.* Ac idem adhuc jure novo. *ibid.*
- Præscriptio non currit adversus agere non valentem. II. 336. *a.*
- Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoria. I. 24. *a.*
- Præscriptio quadriennii fiscalis nec olim cognita, nec Canonibus aut moribus præcepta. I. 290. *b.* & 296. *b.*
- Præsumptio duplex pro instrumento. II. 160. *b.*
- Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus quid olim juris. I. 398. *a.* Quid præteritis postumis. 399. *a.* Quid præteritis emancipatis. *ibid.* Quid præteritis adoptatis. *ibid.* Quid novi circa hæc introduxerit Justinianus. *ibid. b.*
- Præteritis à patre liberis an legata beneficio novæ legis conserventur. I. 476. *a.*
- Præterito filio qui in potestate est testamentum jure civili nullum esse: unde quatuor consecraria. I. 386. *b.* An tale testamentum prorsus inuile etiam jure prætorio. 388. *b.*
- Prætextatus sermo. II. 294. *b.*
- Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus vetus emendarit. II. 67. *a.*
- Prætor heredem facere cur non possit. II. 68. *b.*
- Prætori unde & qualis condendi juris potestas. I. 24. *b.*
- Processus judiciarii partes. II. 448. *b.*
- Princeps quatenus de bonis subditorum disponere potest. I. 52. *b.*
- Principes an & quatenus legibus soluti. I. 470. *a.*
- Privilegiorum usus rarus in statu democratico. I. 23. *b.*
- Probatio negativæ arctatæ loco & tempore. II. 158. *a.*
- Procurator, & officium ac potestas &c. II. 406. *a.* Procuratorem de cujus mandato constat non cavere de rato. 408. *a.*
- Procuratorum distinctio vulgata in simplices & cum libera late improbat. I. 230. *a.*
- Prodigus qui factio ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio. I. 351. *b.* Non potest testamentum facere. 382. *b.*
- Promittens metu licet coactus obligatur, & quare. II. 418. *b.*
- Profanum quid & unde dictum. I. 168. *a.*
- Provincialium qui vectigales qui stipendiarii. I. 228. *a.*
- Pubertatis in masculis ex annis etiam olim æstimatio. I. 123. *b.*
- Puberum minorum 25. annis obligatio. II. 156. *a.*
- Publicianæ actionis introducendæ causa. II. 333. *b.* Cur ut competat Publiciana necesse sit rem traditam esse & an aliquando competat re nondum tradita. 332. *b.* An & de rebus incorporalibus: ubi & de bona fide &c. 333. *a.* An etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari queat. *ibid.* Cur requiratur ut possessio amissa sit, & amissa casu. 333. *a.* Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio. 334. *a.* Adversus quem detur: quid ei obstat: tum quis ejus exitus. *ibid.*
- Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater liberis emancipatis. I. 435. *a.* Nec nepoti in potestate constituto quem pater antecedit. *ibid. b.* An ut valeat substitutio pupillaris sufficiat liberos in potestate esse tempore mortis. *ibid.* Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri. 436. *b.* An & ex converso. 437. *a.*
- Pupillo in quem solutio collata recte solvi. I. 119. *a.* Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium transferat. *ibid.*
- Pupillus aut minor non restituitur beneficio ætatis adversus solutionem factam secundum constitut. Justiniani. I. 320. *a.* Quid si nummos ita solutos salvos habeat. *ibid.*

si pecunia quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit perierit, utrius futura sit jactura. 321. a.

Q

Quarta D. Pii totorum bonorum an portionis ab intestato debita quarta pars sit, & num etiam hæc aucta. I. 82. b.

Querela cur etiam parentibus detur & quibus, quando. I. 478. a. Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes contra rationem juris videri. *ibid.* b. An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. 479. a. An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere. *ibi.* b.

Querela inofficiosi testamenti quando liberis exheredaris aut prateritis necessaria. I. 472. a. quando postumis. 481. b.

Querela inofficiosi utrum sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione separatum. I. 475. a.

Querela non detur iis qui alio jure venire possunt. I. 480. b. Parenti manumissori cur detur cum contra tabulas petere possit. 481. a.

Querela inofficiosi cur colorem dementiae veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie. I. 477. a.

Querela inofficiosi renunciare videri qui iudicium defuncti agnoscat: & in universum de effectus agnitionis & oppugnationis iudicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi. I. 485. b.

Quasi contractus quid sit. II. 235. b. Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventionem. *ibid.* Tacitum cum ficto expressum cum vero perperam confundi. 236. a.

Quasi ex contractu heres legatariis proprie obligatur, non creditoribus hereditariis. II. 240. b.

Quasi maleficio quid. II. 303. a.

R

Rapinae poena. II. 280. b. Poena rapinae quæ privatis applicatur, &c. exolevit. 281. a.

Recipere quid. II. 344. b. Actionis recepticiae & constitutoriae discrimen. *ibid.*

Regula: Quod semel utiliter constitutum est, durat licet ille casus extiterit unde incipere non potuit, quando locum habet & quando contraria. I. 382. b.

Regulae, Neminem posse rogari ut plus restituat quam ipse cepit declaratio. I. 603. b.

Reipub. causâ qui abesse dicantur, & quæ ho-

rum pecuniaria. I. 144. b.
Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria. I. 168. a.

Remedium legis ult. C. de edict. D. Hadriani tollendo. II. 434. a.

Reorum duorum debendi & promittendi &c. II. 129. a. & seq.

Rerum communium usus omnibus competit. I. 161. b. Quatenus harum rerum quid occupari, quod effectu possit. 162. a. Quatenus differant ab his quæ nullius sunt communi usui non attributa. *ibid.*

Res omnes aut in bonis nostris sunt aut extra bona: tertium genus non datur. I. 160. a.

Res sacrae & persona consecrantis. I. 167. a.

Rescindentis & rescissorii iudicii commentum. II. 336. a.

Rescripta contra jus elicitæ, & preces obrepticiae & subrepticiae. I. 24. a.

Restitutio adversus eum qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia. II. 335. b. Adversus eum qui præsens rem absentis usucepit. 337. a. Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorantia. *ibid.* Restitutio & rescissio ex edito *Quæ in fraud. cred.* II. 340. a.

Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa, & quid postea hic novi. II. 388. a.

Retentio extra causam dotis. *ibid.*

Reus quid & unde dictus. II. 129. a. Duo rei stipulandi. *ibid.* b. Duo rei promittendi. 130. a. Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quam si id specialiter actum. *ibid.* Jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. 131. a. Solutione aliove modo qui vice solutionis sit promissore ab uno è reis credendi liberato totam tolli obligationem. *ibid.* b. Uno è duobus reis promittendi solvente &c. omnes liberari. *ibid.*

Ripa quid sit. I. 164. b.

Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut littora maris. I. 164. b.

Roma olim commune forum. II. 311. b.

S

Sabiniano Senatusconsulto quid cautum. II. 17. b.

Sacra privata. I. 167. b.

Sancti appellatio quam late pateat. I. 170. a.

Inter sancta an recte portæ numerentur. *ibi.* b.

Satisfactionum modus & usus hodiernus. II. 411. b.

Satisfacere & solvere, item fidejubere & expro-

- promittere quomodo differant. I. 228. b.
 Scriptura non pertinet ad essentiam legis. I. 18. b.
 Senatusconsulti Macedoniani scopus. II. 398. b.
 Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint. I. 588. b. Quæ senatusconsulto Pegasiano. 589. b. Hoc senatusconsulto vim legis Falcidæ productam ad fideicommissa hereditatis. *ibid.* Discrimen legis & Senatusconsulti circa res quæ imputantur. 590. a. Heres qui ultro totum quod rogatus est restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano. 592. a. Caput Senatusconsulti de cogendo nolentem adire. 593. a.
 Senatus juris condendi potestatem quando & unde acceperit. I. 21. b.
 Senatusconsulto Tertilliano matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hereditas. II. 38. b. Qui matri prælati ex eo Senatusconsulto. *ibid.* Jus novum circa matris legitimam successionem liberorum vulgo quæsitorum. *ibid.*
 Sententia sine certa quantitate prolata cur non valeat. II. 380. b.
 Sententiæ certitudo unde metienda. *ibid.* etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam. 381. a. Quibus casibus certa sententia ferri nequeat. *ibid.*
 Sententiæ nullius momenti quæ, licet injustæ valeant. II. 451. b.
 Sepulchra privata Antiquorum & hodierna. I. 168. b.
 Servi quomodo à dominis tractandi. I. 51. a.
 Servi poenæ qui. I. 88. a. Servitus poenæ subblata. *ibid.* b.
 Servi in his regionibus nulli. I. 36. a.
 Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis adquirant. I. 325. b. Cur hic excipiatur hereditas. 326. a. An possessio per servum domino ignoranti adquiratur ex quacumque causa. *ibid.* b.
 Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse. I. 34. a. Voluntaria in servitutem datio. 37. a.
 Servitus prædii quid sit, quid ea requirat. 240. a.
 Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent. *ibid.* b.
 Servitutes altius non tollendi, luminum & ne luminibus officiantur an differant. I. 249.
 Aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus an inter servitutes prædiorum recte numerentur. 250. a.
 Servitus communi prædio an uno neque constitui neque adquiri potest. I. 252. a. Ad constituendam servitutem non sufficit sola pactio. *ibid.* Ultima voluntate constituitur ipso jure. *ibid.* b. Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur. *ibid.* Quibus modis amittatur. 254. b.
 Servitutes scilicidiorum & fluminum. I. 246. b. Jus altius tollendi sine servitus. 247. a.
 Servitus tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ; item prohibendi & protegendæ. 245. b.
 Servitutum personalium species. I. 255. a.
 Servo proprio herede instituto quis circa adquirendam hereditatem effectus. I. 406. a.
 Quid circa idem instituto servo alieno. *ibid.* b.
 Servo heredis cur pure inutiliter legetur. I. 166. a. Cur domino heredis utiliter. 567. a.
 Servo alieno qui paterfam. credebatur instituto hereditas ex æquo dividitur inter substitutum servi & dominum. I. 433. a.
 Servus fructuarius cui adquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. I. 327. b.
 Servus fructuarius contemplatione fructuarii heres institutus jussu fructuarii hereditatem adire debet. I. 328. a.
 Servus proprius simpliciter tutor datus directo liber fit. I. 99. b.
 Sestertius & sestertiū an idem valeant. II. 61. b.
 Societas quid, quarum rerum quando & quomodo. II. 211. a. Species societatis subjectis distinctæ. 212. a. Universorum bonorum societas & ejus effectus. *ibid.* b. Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit. *ibid.* Si de partibus societatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales esse. 211. b. Si partes expressæ, hæ servandæ, qualiscumque collatio sit. 214. a. Notabilia quædam circa casum quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 215. b. Quid si convenerit ut unus lucri sit particeps, damni immunis. 216. a. Si in una tantum causa, puta in lucro, pars expressa in altera eadem servari debet. 216. a.
 Societas unius è sociis renuntiatione solvitur. 217. a. Quibus ex factis renuntiatio tace arguitur. *ibid.* b. Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat. *ibid.* a. Solvi societatem etiam morte unius è pluribus, & quo id pertineat. 218. a. Ad quem gradum diligentia culpa in judicio societatis exigatur. 221. a.
 Solemnitates quatenus quibus in testamentis paganorum remissæ. II. 347. a. Quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.* b.
 Solutio quid proprie. II. 247. a. Aliud pro

- alio invito creditori solvi non posse. *ibid. b.*
 exceptiones hujus regulæ. *ibid.* Ad justam
 solutionem requiri ut solvatur simul & se-
 mel totum quod debetur. 248. *a.* Licere uni-
 cuique pro debitore solvere, etiam ignorante
 & invito. 249. *a.* Quid si creditor solutio-
 nem an alio oblatam recuset accipere; &
 quid si alius pro emphyteuta canonis solu-
 tionem offerat. 249. *b.* Fidejussore pro reo
 simpliciter solvente, utrum ipso jure reus
 liberetur, an per exceptionem. 250. *a.*
 Sortis judicium apud Veteres frequens. I. 555. *b.*
 Species *vide* Genus.
 Species nova non acquiritur facienti, nisi eam
 fecerit suo nomine & bona fide. I. 189. *a.*
 Specificatio pertinet ad modum acquirendi per
 occupationem. I. 188. *a.* Circa specificationem
 Proculi & Sabini dissensus. 189. *b.*
 Media sententia qua ratione nitatur. 190. *a.*
 Sponsalia, eorum genera & effectus. I. 56. *a.*
 Sponsores vades prædes. II. 166. *b.*
 Spurii an pro turpibus personis habendi. I.
 479. *b.*
 Status controversiam quis pati dicatur. I. 145. *a.*
 Statuta qui qua conditione condere possunt. I.
 15. *a.*
 Stipendium & tributum an differant. I. 227. *b.*
 Stipulatio quid sit. II. 112. *b.* Stipulationum
 usus quam varius. 112. *a.*
 Stipulatio non habet certam & determinatam
 naturam. II. 113. *a.* Stipulationis vera origina-
 tio. 114. *b.* Ad substantiam stipulationis
 quæ adhuc requiratur. 115. *a.* Moribus ho-
 diernis stipulationum & pactorum jura fere
 confundi. 116. *a.* Ex pura stipulatione sta-
 tim agi potest. 117. *a.*
 Stipulatio non valet, in quam res deducta est
 quæ non est nec unquam fuit: ubi de hip-
 pocentauris. II. 140. *a.* Quid si deducta res
 quæ esse desiit. *ibid.* Quid si quæ non sit in
 commercio. 141. *a.* Quid si stipulator sciat
 non esse in commercio. *ibid. b.* Quid si ille
 ignoret, promissor sciat. *ibid.* Quando sti-
 pulatio utilis earum rerum quæ secundum
 quid extra commercium. 141. *a.* De sti-
 pulatione rei suæ. *ibid.* Stipulatio extinguatur
 in casum deducta unde incipere non po-
 tuit. *ibid. b.* An ex contrario iterum resti-
 tuatur. 143. *a.* Res commercio exempta nec
 sub conditione in stipulatum recte deduci-
 tur. *ibid.*
 Stipulatio in alium collata quid tribuat sti-
 pulatori. II. 146. *b.* Quid adjecto solutionis
 causâ. *ibid.* Quid permittat promissori *ibid.*
 Quid si adjectus statum mutaverit. 147. *b.*
 Quid juris si conjunctim sibi & alteri stipu-
 letur. *ibid.*
 Stipulatio post mortem stipulatoris aut promi-
 soris, aut in ante diem mortis concepta, cur
 olim inutilis. II. 158. *b.* Qua ratione jus ve-
 tus mutatum. 159. *a.* Stipulatio præpostera.
ibid. b. Post mortem alterius concepta, aut
 in tempus mortis eorum. 160. *a.* Quid inter-
 sit utrum plures res conjunctim an disjun-
 ctim in stipulationem deductæ. 161. *b.*
 Stipulationes & obligationes ad hoc compara-
 tæ ut unusquisque adquirat sibi: qui alii sti-
 pulatur nihil agit. II. 145. *a.* Quæ hic cau-
 tiones adhibendæ. *ibid. b.* Quibus in causis
 admissum ut alteri ex conventionem alterius
 utilis actio detur. 146. *a.*
 Stipulationes emtæ & venditæ hereditatis. 592.
b. Partis & pro parte. *ibid.* Cur hæc sti-
 pulationes captiosæ. 594. *a.*
 Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ra-
 tam haberi, & duplæ an recte dicantur com-
 munes. II. 138. *a.* & *ibid. b.*
 Stipulationum judicialium usus. II. 136. *b.*
 Exempla harum stipulationum. 136. *a.* Sti-
 pulationes prætoris unde cognoscantur: ea-
 rum usus & exempla. *ibid.* Quibus in causis
 locus ædilitis. *ibid. b.* Distinctio stipulatio-
 num judicialium & prætoriarum ad usum fo-
 ri accommodata. 137. *a.*
 Subsidiaria actio quando pupillis detur adver-
 sus magistratus. I. 137. *a.* Qui magistratus
 ea actione teneantur. 138. *b.*
 Substitutio vulgaris in suo herede non operatur
 in causam impotentis sed voluntatis. I.
 427. *a.*
 Substitutio pupillaris unde dicta, & quo as-
 pectu substitutio. I. 434. *a.*
 Substitutio pupillaris extinguatur anno quar-
 todecimo aut duodecimo completo. I. 454.
a. Si longius tempus comprehensum, an
 substitutio valeat jure fideicommissi *ibid.*
 An ad causam fideicommissi trahatur sub-
 stitutio à pubertate incipiens. *ibid.*
 Substitutio exemplaris quo consilio introducta;
 I. 472. *a.* Quid juris si uterque parens exem-
 plariter substituatur. *ibid. b.* Substitutio exem-
 plaris an ad mutos quoque & surdos porri-
 genda. 443. *a.* Etiam impuberibus, mente-
 captis qui in potestate sunt recte exemplari-
 ter substitui. *ibid. b.* Si plures sint mente-
 capti liberi vel fratres posse vel unum ex
 his substitui. 444. *a.* An & exheredatis
 exemplariter recte substituatur. *ibid.* An
 substitutio exemplaris per resipiscentiam in-
 firmata vires recipiat redeunte morbo. *ibid. b.*
 Subs-

Substitutionis verbum quam varie usurpetur. I. 423. *a.* Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam. *ibid. b.* Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. 424. *a.* Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. 425. *b.*

Substitutionis pupillaris exheredato factæ formula. I. 447. *a.* A substituto filii exheredatipatrem legari non posse, sicut nec ab ipso exheredato. *ibid. b.*

Substitutionis pupillaris formulâ generali soli vocati intelliguntur qui heredes nominatim scripti. I. 452. *b.* Ex eadem formulâ soli veniunt qui patri heredes extiterunt. 453. *b.* Alius ejusdem formulæ effectus. *ibid.*

Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. I. 429. *a.*

Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. I. 438. *a.* Quando vi formulæ pupillaris. *ibid. b.*

Substitutus pupillaris excludit heredes omnes legitimos, etiam matrem. I. 433. *b.* Etiam quoad legitimam. 440. *a.* Idem in pupillari tacita. *ibid.*

Succedere in capita quid sit, quid in stirpes, II. 8. *a.*

Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo. Successio liberorum. II. 48. *b.* Successio parentum. 49. *a.* Successio collateralium. 50. *a.*

Successioni in legitimis hereditatibus cur olim non esset locus. II. 31. *a.* Cur Justinianus admitteret. 32. *a.* Quid sit quod dicitur successionem non esse in suis heredibus, & num id mutatum. 31. *a.*

Successiones in stirpes usus initio tantum inter suos heredes fuit: tum hujus successionis ratio. II. 8. *a.* Quatenus procedente tempore extensa. *ibid. b.* Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad successionem intestati qui descendendum lege XII. tabb. & à prætoribus vocentur. 18. *b.* Juris veteris derogatio qua ratione & an sufficienti nitatur. 19. *a.* Quatenus primum lege C. Theod. deinde lege ult. C. de suis & leg. liber. juri veteri derogatum & alia non trita. *ibid. b.* & seqq.

Sui heredes qui dicantur. I. 492. *a.* Ratio hujus nominis & quædam alia non passim obvia. 493. *b.* Altera horum heredum qualitas scilicet necessitas & quid ea operetur. 494. *a.* Prætor jus suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. *ibid. b.*

Surdi & muti pro herede gerere possunt. I.

506. *a.* Quid si hereditas delata infanti aut furioso. *ibid. b.*

Surdos & mutos naturâ in militiam legi non posse. I. 369. *b.*

Suspectum recte postulari etiam apud eum cui mandata jurisdictio. I. 152. *b.*

Suos heredes sub alia conditione institui non posse quam quæ sit in eorum potestate. I. 418. *b.*

Suus heres an quis existere possit quo tempore inspiciendum. II. 9. *a.* & seqq.

Suus heres accepto vulgari substituto ex necessario fit voluntarius, salva qualitate heredis. I. 426. *b.*

T

Testamentum an annulo dumtaxat signare licuerit, an & alio instrumento. I. 348. *b.*

Testamenti factio quotuplex. I. 349. *b.*

Testamenta non notis sed literis scribenda. I. 360. *b.*

Testamenti scripti. I. 344. *b.* Mixti ex prætorio & civili forma. 345. *a.* In testamento scripto non exigi ut testis intelligat sermonem testatoris. 345. *b.* Singularia in testamento cæci. 383. *b.*

Testamenti factionem cur filiisfam. non habuerint. I. 376. *b.* Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari, & quid hic de codicillis & mortis causa donatione. *ibid.* & 380. *a.*

Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. I. 450. *a.* Ideo patrem prius sibi debere testamentum facere. 449. *b.* Testamenta patris per querelam rescisso pupillarem substitutionem concidere, cur non item bonorum possessione contra tabb. 450. *b.* Quid juris hic jure novissimo. 451. *a.*

Testamento scripto cum nuncupativo communia. I. 345. *a.* 347. *a.* 362. *a.* Discrepancia. *ibid. q.*

Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum. I. 363. *b.*

Testamentum unius in plures codices referri potest: an testamenta plurium in codicem unum. I. 361. *a.*

Testamentum à pagano non rite factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata. I. 372. *a.*

Testamentum in procinctu. I. 339. *b.* Calatis comitiis. 338. *b.* Per æs & libram. 340. *a.* Quando hæc in usu esse desierint. 341. *b.*

Testamenti prætorii forma. 344. *b.*

Testamentum antea factum cur furor postea in-

- incidens &c. non viciet, capitis diminutio vitiet. I. 382. a.
- Testamentum ut consistat quænam in persona testantis requiratur. I. 375. a.
- Testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescere. I. 384. b. Quid juris hodie. 385. b.
- Testamentum in genere quid sit. I. 334. a. Aliæ testamenti descriptiones examinatæ. I. 336. a. Allusiva & vera testamenti notatio. 335. a. Genera testamentorum. 334. a.
- Testamenti facti sitne juris gentium, an juris civilis. I. 336. a. Liberam testandi potestatem apud multos non esse. 337. b.
- Testamentum ruptum nativitate postumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. I. 464. a. Testamenti posterioris cancellatione restitui prius cujus tabulæ integræ. *ibid.* b. Differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis diminutione & arrogatione. 465. a.
- Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata. 466. a. Quid juris sit causa adjecta, *Quia volo decedere intestatus* 467. a. Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. *ibid.* b. Temperamenta hujus doctrinæ. 568. a.
- Testamentum quot modis rumpatur. I. 456. a. Testamento deleta, inciso &c. utrum fisco deferatur hereditas an venientibus ab intestato. 458. 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. *ibid.* b. Etiam si non revocetur. 459. a. Quid juris si prius testamentum contineat clausulam derogantem, *ibid.* b. Quid si ex posteriore nemo heres extiterit. 460. a.
- Testamentum destitutum. *ibid.* & II. 3. a.
- Testandi facultatem naturâ non habet quem natura voce & auditu privavit. I. 369. b. Quid de his qui casu mutui aut surdi facti; notata simul oscitantia Compositorum. 470. a.
- Testandi facultatem capite damnati olim amittebant. An postea ab eo jure recessum. I. 375.
- Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere. I. 374. a.
- Testato pro parte & intestato nemo decedere potest: & quam rationem id habeat. I. 410. b. Circa idem mores hodierni. 412. b.
- Testatoris voluntas declarata testamento minus solenni an obliget in foro conscientiæ. I. 346. a.
- Testes ad testamentum adhiberi non possunt muti surdi cæci. I. 450. b.
- Testis in testamento esse non potest qui est in potestate testatoris, & quid de filio emancipato. I. 354. a. An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi peculio recte testis adhibeatur. *ibid.* b. Testes domestici cur reprobenentur: quid hic testimonium domesticum. 355. a.
- Testis an recte adhibeatur heredis pater in cujus potestate non est, aut filius heredis emancipatus. I. 357. b.
- Testibus in testamento militis scripto opus non esse. I. 368. b. Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi. *ibid.* An rogatio testium militi necessaria. *ibid.*
- Testium conditio tempore testamenti spectanda. I. 351. b. Idem juris & in habilitate putativa. 352. a. Quid si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur. *ibid.* b.
- Thesauri varia significata. I. 219. b. Inventus in loco proprio adquiritur inventori. *ibid.* a. Quamvis locus sacer aut religiosus. 220. b. In alieno inventus pro dimidia inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino. 221. b. Ratio hujus juris. *ibid.* Quid juris hodie. 222. a.
- Tigni appellatio quam late pateat. I. 197. a.
- Traditio vera & ficta. I. 223. b. Citra traditionem dominia jure gentium non transferri. *ibid.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio. 224. b.
- Traditione non transferri dominium nisi iusta causa præcesserit, saltem opinione tradentis. 225. b. Dissensio in causis translationem. 226. a.
- Triboniani collectiones minime necessariae. II. 17. b.
- Triboniani duplex error animadversus. I. 146. a.
- Triboniani testimonium de nudorum corporum inspectione suspectum. I. 123. b.
- Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in concreto juris civilis. I. 118. b.
- Tutelæ affectatæ. I. 142. a.
- Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur. I. 105. a.
- Tutelæ legitimæ species. I. 103. a. Agnatorum. *ibid.* Patronorum. *ibid.* Parentum. 111. b.
- Fiduciaria. 112. b.
- Tutelæ definitio explicata. I. 95. a. Species tutelæ. 96. Tutela an munus publicum. 139. b.

Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. I. 124. b.

Tutor an jure datus sit quibus ex rebus astimandum. I. 97. b. Qui quibus testamento tutores dare possunt. 99. a. Tutoris à patre dari confirmatio quid differat à dato à matre vel extraneo. 98. a. Tutores confirmati pro testamentariis habendi *ibid.* b.

Tutor à magistratu dari non potest minor 25. annis I. 101. a. Non potest dari ad certam rem. I. 101. b.

Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem dumtaxat. II. 239. a.

Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis. I. 155. b.

Tutor interdum à magistratu datur impuberi ad adeundam hereditatem. I. 115. a. Ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam. 116. a. Tutores dati qui excusari volunt non debent appellare. 148. b.

Tutoris gubernatio quibus in rebus consistat. I. 119. a. Quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas. *ibid.* b. Auctoritatis interponendæ modus. 121. a.

Tutoris unius ex pluribus satisfactioni non obnoxii provocazione ceteros satisfactioni subijci, & quis ordo in gesta uni committendo. I. 136. a.

V

VEdigal navigantibus qui jure imponant. I. 163. a.

Venditor an præcise teneatur rem tradere. II. 183. b.

Venditor levem dumtaxat non etiam levissimam culpam præstat, nisi custodiam in se suscepit. II. 96. b. Quarum rerum venditio recte fiat. 199. a. Quin juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nesciverit. *ibid.*

Venditor an præsumatur fidem emptoris securus ex eo quod simpliciter rem tradiderit. I. 229. a.

Venia ætatis quando qua conditione & à quo concedatur, & cur citius foeminis quam masculis. I. 127. a.

Veritas plus valet quam opinio, interdum contra, & quando. I. 534. a.

Victus victori in expensas &c. dampnandus. II. 445. a.

Via quid sit, quid contineat & quibus rebus differat ab actu. I. 243. a.

Vindicare qui reum instituit eum adhuc interdicto agere posse: & de judicii petitori, cum possessorio cumulatione. II. 436. a.

Vindicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ & alia. II. 358. a.

Vinum, *vide* frumentum.

Violentiæ varia genera. II. 278. a.

Vitium ætoris successoris neque prodest neque nocet. I. 294. b.

Vitium possessionis quomodo purgetur. I. 289. a.

Universitas non titulum acquirendi sed rem quæ acquiritur significat. I. 332. b. Modi acquirendi per universitatem. 333. a.

Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis. I. 166. a.

Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere potest, & qua conditione. I. 273. a. Modus utendi, & quam large aliquando cum usuario agitur. *ibid.* b. Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium. 274. a. Non potest utendam alii locare aut vendere. *ibid.*

Usuarius non prohibetur dum ipse inhabitet, partem ædium quam non occupat alteri locare. I. 275. b.

Usucapionis & præscriptionis verus differentia. I. 280. a. In persona usucapientis quæ necessaria, & de bona fide. 281. b. De justo titulo. 282. a. Cur prædia provincialia usucapi non potuerint. *ibid.* b. Quæ res usucapionem non recipiunt. *ibid.* Error falsæ causæ obstat usucapioni. 284. b. Juris de usucapione constituti ratio. 283. a.

Usus quid sit, quid uti, quæ onera usuarii. I. 271. a. Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo. 272. a.

Usus servorum. I. 276. b. Jumentorum. *ibid.* Pecorum. 277. a.

Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest. I. 261. b. In hoc rerum numero non sunt vestimenta. 262. a.

Ususfructus amittitur non utendo per modum constitutum. I. 267. a. Quanto tempore non utendo amittitur. *ibid.* An olim sicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit, 266. a. Extraneo cessus ad proprietatem revertitur. 268. a. Cur mutatione rei extinguatur. 270. a. Quando res mutata aut non mutata intelligatur. 269. b.

Ususfructus quibus modis constituatur. I. 260. a. Testamento constitui ipso jure, inter vivos pactionibus, sed si sequatur traditio. *ibid.* b. Quid in definitione ususfructus verbo *juris* significetur. 255. a. Quid si velint verba *sublato corpore*. 258. b.

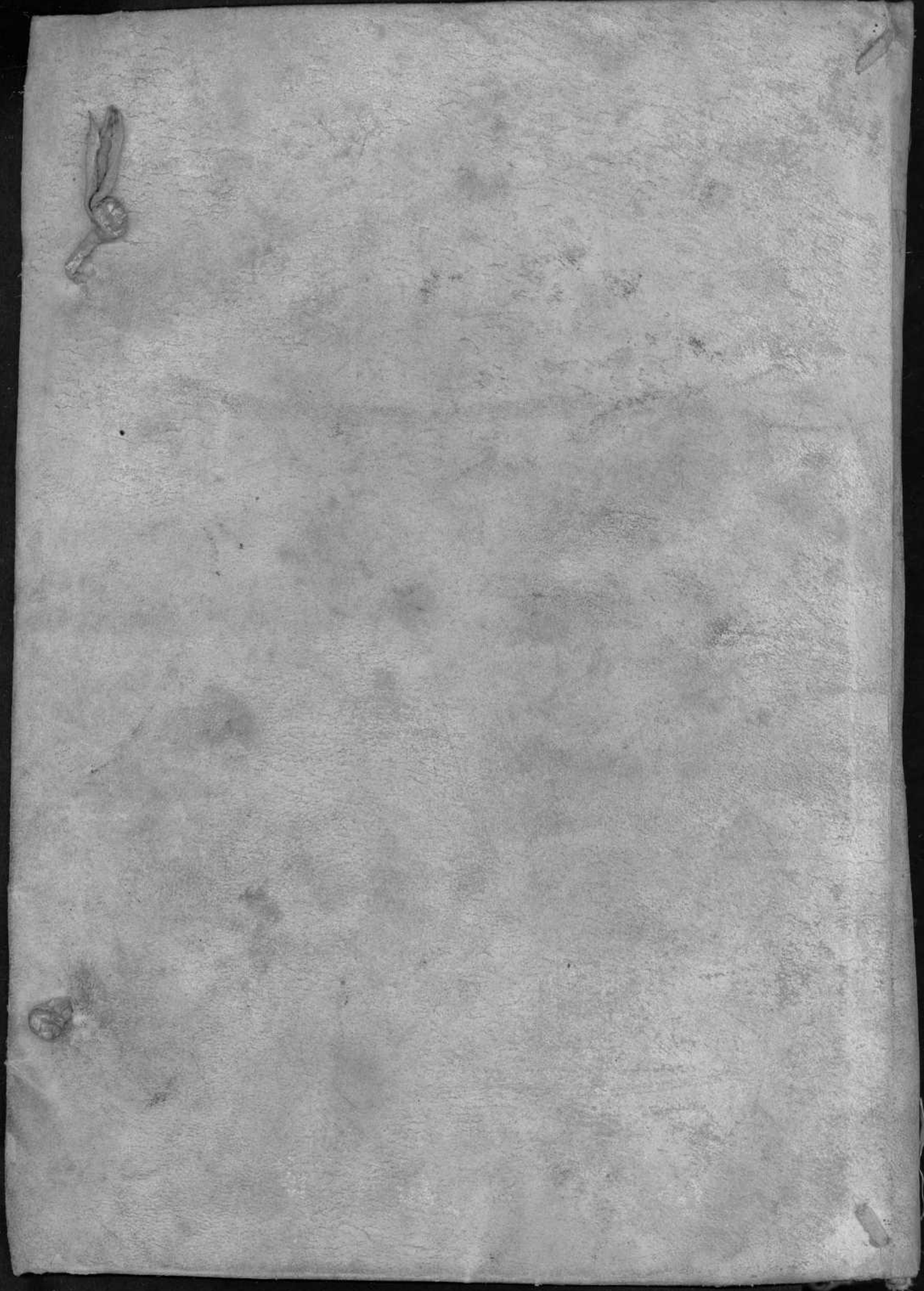
Usumfructum formalem semper esse in re aliena:

na: & quo sensu dicatur pars domini. 257. a
 Ususfructus definitione non contineri colonum,
 creditorem ἀντιχρηστήα, *ibid.* Neque mari-

tum heredem fiduciarium, emphyteutam.
ibid. b. Quid in definitione sibi velit *salva*
rerum substantia. 258. a.

FINIS.





Tab. *A*

Núm. *4*

VINNII

AD

Instituta

2.

4417

3.085