VIDECOQ,
t rue des Grés, n° 2.
TES DE LIVRES.



S. 118
1,287
4

10804

S. 118
Res A 184

JANI A COSTA JC.

& Anteceſſoris Clariſſ.

PRÆLECTIONES

AD

ILLUSTRIORES QUOSDAM TITULOS LOCAQUE SELECTA JURIS CIVILIS.

EDIDIT, NOTISQUE ILLUSTRAVIT

B. VOORDA.



UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES
CENTRE HISTOIRE JURIDIQUE
TOULOUSE

LUGDUNI BATAVORUM,
APUD SAM. ET JOH. LUCHTMANS,
MDCCLXXIII.

UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES TOULOUSE
CENTRE HISTOIRE JURIDIQUE

GENEROSISSIMO JUVENI

JOANNI LIBERO BARONI DE MEERMAN,

DOMINO LIBERO IN DALEM,
STADE, SCHIMMEN-OORT,

NEC NON

DOMINO IN VUUREN,

MAGNI

GERARDI

FILIO NON DEGENERI

S. P. D.

B. VOORDA.

Redeunt cum maxime ad Te, quæ, auctore Patre Tuo, Viro Ampliſſimo Graviſſimoque, abhinc quinquennium delatæ ad me fuerant, Jani a Coſta prælectiones ad illuſtriores quosdam titulos, locaque juris civilis ſelecta, qualicumque meo labore cultiores aliquanto nitidioresque. Hi videlicet ſunt illi commentarii in varios Pandectarum & Codicis titulos, quorum mentionem & ſpem, ut in lucem

quan-

quandoque prodirent, reip. litterariæ jam ſeculo ſuperiori fecerat editor commentariorum Jani a Coſta ad Decretales Pontificis Gregorii IX. Quin excuditur hoc opuſculum ex eodem MS^to^, quod poſſedit olim eruditiſſimus in foro Pariſienſi causſarum patronus Germanus Nyvard, cujus e bibliotheca illud, quod dixi, opus ad Decretales, nec non commentarii Jani a Coſta ad Inſtitutiones Juſtinianeas primum profecta fuerunt, quique has prælectiones partim exaravit ipſe, partim aliena, ſed amica, manu deſcribendas curavit. Nec dubitandum, quin ipſe conſultiſſimus Nyvard, qui in publicum emittendis ceteris Jani a Coſta operibus tam bene de jurisprudentia, deque ipſius auctoris fama promeritus eſt, hoc quoque opus in uſus publicos expoſuiſſet, niſi vel mors eum, vel alia negotia occupaſſent. Utut ea res ſe habuit, latuit diu hoc opus Jani a Coſta ineditum, nec potuit exemplum conſultiſſimi Nyvard ab Ampliſſimo Patre Tuo, tunc cum *Theſaurum* ſuum *Juris Civilis & Canonici* moliretur, quamvis ſtudioſe quæſitum, inveſtigari. Itaque ſatis ille habuit, quas aliunde conquirere poterat, recitationes Jani a Coſta, ſed nec omnes, nec integras *Theſauro* ſuo inſerere. Tandem vero in hoc exemplum incidit Vir Doctiſſimus, & ab eruditione non minus, quam ab humanitate erga litterarum ſtudioſos laudatiſſimus Bartholomeus Mercerus, Bibliothecæ Divæ Genovevæ in Gallia præfectus, qui latentem in chartarum farragine codicem forte fortuna reperit, emtumque bibliothecæ, cui præeſt, intulit. Reperti ſervatique MS^ti^ fama ſimulatque ad Patris Tui, quem nihil temere latebat eorum, quæ in bibliothecis publicis, privatis, patriis, exteris egregia adſervabantur, aures acciderat, non committendum exiſtimavit, quin operam daret, ut prima quaque occaſione publico donaretur. Huc ille curam ſtatim omnem intendere; hujus rei cauſſa Doctiſſimum Bartholomeum Mercerum,

rum, qui in Belgium opus transmitteret, precibus adigere, bibliopolam, qui operis edendi impensam; me denique, qui curam susciperem, corrogare. Quo quidem editionis, cui ipse tum temporis, aliis operibus in lucem edendis intentus, vacare non poterat, per alios promovendæ studio palam fecit non modo, quanti hasce recitationes duceret, verum etiam quantus animi candor, quanta simplicitas solidam ejus eruditionem condecoraverit. Cum enim nec opes ei, nec in republica litteraria auctoritas deëssent, quominus hujus libri MS^ti possessionem, in se derivatam, sibi perpetuo retineret, insigni profecto ornamento instructissimæ ejus bibliothecæ futuram, contra censuit, non modo, non sufflaminandam ejus evulgationem esse, sed omni ope consilioque adjuvandam. Equidem, quamvis id temporis recenti meo in hanc Academiam adventu rerum mearum satagerem, nefas tamen esse putavi, quod ad jus civile exornandum adjuvandumque pertineret, id rogantem Patrem Tuum a me non impetrare. Sic enim apud animum meum statuebam, nullius in hoc genere auctoritatem plus apud me pollere debere, quam ejus, qui ad cetera naturæ & fortunæ ornamenta, natalium, ingenii, honorum, opum denique, præclarum cum ab aliarum artium ingenuarum cognitione, tum imprimis ab juris civilis peritia nomen adjunxerat, editisque pridem libris posteritatis memoriæ commendaverat. Nam, ne quid hoc loco dicam de ejus *fluxione calculi*, *de origine artis Typographicæ*, quibus operibus haud mediocrem in re mathematica, & historica peritiam adulta ætate comprobavit, durat profecto, feretque vetustatem commentarius ejus *de rebus mancipi & nec mancipi earumque mancipatione* ab juvene octodecim annorum tam docte non solum, sed, quod caput rei arbitror, tam vere periteque conscriptus, ut eruditissimi cujusque viri, qui in eodem argumento abstruso, & ex ultimis antiquitatis

tenebris eruendo verſatus fuerat, labores longo poſt ſe intervallo relinquere videatur. Atque hanc ille diatriben, cum admodum adoleſcens ſummis in utroque jure honoribus ornaretur, pro ſpecimine Academico cedere voluit. Ex quo intelligitur, Patri certe Tuo neque argumentum juris civilis ad egregiæ diſſertationis inauguralis materiam, neque obſoletum illud, quin & ab aliis viris magnis pridem tractatum ad nominis celebritatem defuiſſe. Nimirum didicerat ille ex ſeptennali labore juri civili, litterisque humanioribus proxime cum eo conjunctis, maximam partem impenſo, nullum eſſe Juris Romani argumentum adeo ab ævo Juſtiniani remotum, quod non lucem Juſtinianeo ſyntagmati affundat, nec ullum, ſive vetus, ſive novum jus ſpectemus, adeo elaboratum ab aliis, quod non, adhibita cura, novis obſervatis inſigniter augeri atque emendari queat. Hac autem velitatione Academica majoribus auſis proluſit. Etenim quum evulgato hoc ſtudiorum ſuorum ſpecimine non modo clariſſimis per omne Belgium JCtis innotuiſſet, verum etiam ab exteris paſſim celebraretur, contractam cum eruditiſſimo quoque, imprimis autem cum Gregorio Majanſio, Generoſo Valentino amicitiam, inſtitutumque & diligenter excultum litterarum commercium in jurisprudentiæ utilitatem vertenda cenſuit. Ejus certe commercii hunc fructum tulit, ut paulatim ſibi acquireret ingentem rariſſimorum opuſculorum copiam, Hiſpanos præſertim Gallosque auctores habentium, quæ vel plane inedita hactenus, vel certe in his regionibus incognita erant. Ex quibus optima quæque diligenti ſtudio collecta ad novum Juris Civilis & Canonici Theſaurum condendum præparavit. Arduum opus profecto, cui fundando, nedum abſolvendo, vix integra laborioſiſſimi hominis ætas ſufficere videbatur: enimvero quod Pater Tuus, quo pollebat recte promteque judicandi acumine, eoque ab indefeſſa induſtria

ſtria exercitato, intra paucorum annorum ſpatium tentavit, ſuscepit, & feliciter abſolvit. Illud vero miraculi fere inſtar habet, quod nec ab tanto opere inchoato dimovere eum potuerit publicorum negotiorum moles, quam, delato interim ad ſe munere Syndici Rotterodamenſis, ſuſtinebat, perquam illo quidem honorifico, ſed eodem graviſſimo, & curarum, ea præſertim tempeſtate, pleno. Cujus quidem muneris partes omnes tanta fidelitate, tantaque dexteritate explevit, ut res duas, raro in uno homine obvias, præſtantem videlicet, & Academica cathedra dignam eruditionem, & inſignem rerum civilium, domi forisque gerendarum, prudentiam omnium judicio conjungeret. Sed redeo ad *Theſaurum*. Multum profecto Patri Tuo debemus omnes, quotquot ſolidiori jurisprudentiæ operam navamus ob communicata nobiſcum rariora exterorum juris interpretum opuſcula; plurimum vero eo nomine, quod Baſilicorum aliquot libros dudum in regia, quæ Lutetiæ Pariſiorum eſt, bibliotheca latentes, publici juris fecerit, atque adeo jurisprudentiam Græco-Romanam haud exigua parte locupletaverit. Non enim is erat Pater Tuus, qui ex ſolis interpretum commentariis verum JCtum ſapere putabat, ſed ipſos fontes, unde ſuperioris ævi doctores optima quæque hauſerant, adeundos eſſe retegendosque cum ſibi ſumſit, tum aliis prudentiſſimo conſilio ſuaſit. Quid dicam porro de Græcorum interpretum Thalelæi, Theodori, Stephani, Cyrilli commentariis ad titulos *D. & C. de advocatis & procuratoribus*, ex Bibliotheca Lugduno-Batava primum erutis, & Latine verſis ab Viro Clariſſimo, Collega amiciſſimo Davide Ruhnkenio, ſed a Patre tuo ad poſteritatis memoriam eidem *Theſauro* ſuo inſertis? Horum certe auctoritas dignitasque non parum crevit, poſtquam Vir Eruditiſſimus, laborumque ingratorum patientiſſimus, Gulielmus Otto Reitzius per occaſionem Theophili ſui, accura-

tiſſime eorum omnium ætate indagata, demonſtravit, perperam illos commentarios pro ſcholiis ad Baſilica confectis hactenus fuiſſe habitos, ſed omnino referendos eſſe ad ætatem Juſtiniani, quin illorum commentariorum auctores fuiſſe eosdem, qui ad juris Juſtinianei corpus concinnandum una cum aliis adhibiti fuerunt. Talibus monumentis eruendis colligendisque, quæ unice ad juris civilis diſciplinam exornandam amplificandamque pertinent, cum perpetuo intentum animum Pater Tuus haberet, nemini profecto dubium eſſe poteſt, quo animo erga jus Romanum fuerit, quo pretio illud æſtimaverit, quantæque utilitatis fructus ad conſilium in rebus publicis privatisque recte capiendum inde percipi poſſe cenſuerit. Atque hoc ipſum ex eo quoque intelligi poteſt, quod, dum *Theſauro* illo ſuo componendo digerendoque occupatus erat, nec a propriis obſervatis elimandis evulgandisque ceſſaret. Verſantur omnium in manibus ejus animadverſiones cum ad Caji Inſtitutiones, tum ad Ulpiani corpus regularum, ſolida non modo eruditione refertæ, ſed & critices peritiam haud vulgarem ſapientes: ad quas juris Ante-Juſtinianei reliquias, poſt conſcriptam ejusdem argumenti diſſertationem inauguralem, nunquam animum appuliſſet, niſi, quo magis ætate procederet, eo certius ab ipſo uſu doceretur, ſine hiſce quantivis pretii præſidiis vanum ſæpenumero laborem eſſe, quin infeliciter cedere, qui Digeſtis; qui Codici Juſtinianeo interpretandis impenditur. Cum igitur tanta ſint Patris Tui in jus civile merita, quanta neſcio, an neminis, præſertim publicis patriæ negotiis diſtractiſſimi hominis, facile ſane cum exemplo ejus graviſſimo, tum humaniſſima invitatione adduci me paſſus ſum, ut hiſce jam a Coſta prælectionibus in lucem prodituris auxiliatricem manum præberem: feciique tanto lubentius cum pro vetere mea cum acutiſſimo ſcriptore conſuetudine, tum ut aliquo certe modo ſigni-

ficarem, ad imitandam Patris Tui in elaborando jure civili induſtriam excellentem prorſus & admirabilem potius alia quævis, quam voluntatem, mihi deëſſe. Atque ut paucis Tibi exponam, quid in adornanda hac editione præſtiterim, ſingulas recitationes legi diligenter & relegi, eoque magis, quo graviora ſubinde ſcripturæ vitia, quibus vera Jani a Coſta doctrina obſcurabatur, deprehendebam. Quod vix ac ne vix quidem aliter fieri poteſt in his, quæ ex ore docentium excerpuntur a diſcipulis, vel, uti res ſe in parte hujus operis habuit, ab aliis deinceps deſcribuntur. Iis igitur vitiis detegendis neceſſe habui loca ſingula cum e jure civili, tum ex aliis ſcriptoribus Latinis Græcisque frequenter allegata evolvere. Quæ res magno moleſtoque labore mihi ſtetit: nam nec ipſæ allegationes ſuis mendis carebant, & more veterum interpretum loca omnia Pandectarum & Codicis per vocabula initialia, non per numeros adducebantur: ceterorum autem ſcriptorum nuda ſæpe verba, & ea quidem mendoſa, exhibebantur, ſine ulla librorum capitumve diſtinctione, ita ut uno loco quærendo ſæpe triduum tranſegerim. Interdum in animo habui, inglorium hunc & tædii plenum laborem miſſum facere, niſi re ipſa comperirem, quam eſſet neceſſarius, propterea quod veterum ſcriptorum verba ſæpe minus accurate in MS^to^ proponerentur. Neque tamen hanc operam inſumſi Hieronymo, aliisque, qui vocantur, Eccleſiæ Patribus, ab Jano a Coſta interdum allegatis, quippe in quibus parum opis ad jus civile confirmandum eſſe arbitrabar, nec me eorum ſtili elegantia magnopere ad legendum alliciebat. In reliquis locis citatis, quo promtius ea evolveres, operam dedi, ut numeros librorum, capitum, alteriusve cujus ſectionis, quoad licet, accurate appingerem. Ut vero tædium, e difficili locorum citatorum indagatione contractum, quodammodo diluerem; cœpi aliquando in res ipſas

a ſcriptore noſtro tractatas, iisve affinia capita meditando exſpatiari. Hinc enatæ fuerunt notæ quædam in calce paginarum diverſa litterarum forma expreſſæ, aliæ quidem aliis diffuſiores, prout quæque res poſtulare videbatur, in univerſum tamen raræ, ne commentarium commentario onerare velle videar. In iis autem me parcum Jani a Coſta reprehenſorem videbis, nec uſpiam ejus interpretationes convellentem, niſi ubi ipſe, credo, ſi viveret, facile ſe dejici ſententia pateretur. Cujus rationis meæ duas cauſſas habeo, primum ne hujus operis evulgandi occaſio, quæ cohoneſtando ejus nomini inſervire debet, ad obtrectationem a me arrepta videatur: deinde, quia in operibus doctorum hominum poſtumis, de quibus in lucem proferendis vel nunquam cogitarunt, vel queis certe ultimam manum non admoverunt, perpetuum cenſorem agere, illiberale mihi, nec tam hominis veritatem, quam ſemet ipſum amantis eſſe videtur. His enim recitationibus Janus a Coſta in ſcholis ad erudiendos diſcipulos uſus fuit, non aliter, ac ſuis antea Cujacius, quæ nunc operum Cujacii poſtumorum nomine circumferuntur. Itaque injurius fuerit vel in Janum a Coſta, vel in Cujacium, qui in ejusmodi ſcriptis omnia ad vivum reſecare velit, præſertim cum ſæpe juſte dubitetur, ſitne id, in quo peccatum putatur, doctoris culpæ, an diſcentium, qui male præceptorem exaudierint, imperitiæ adſcribendum. Equidem, quamvis non plane per omnia, quæ in hiſce commentariis intacta reliqui, cum acutiſſimo ſcriptore conſentiam, ut ſolet ſuum cuique judicium eſſe, illud tamen liquido affirmare poſſum, eam eſſe harum prælectionum præſtantiam, ut & rudes diſcentium animos ad ſolidioris jurisprudentiæ cognitionem informare queant, & doctis ſpectatoribus non mediocrem voluptatem afferre. Etenim ſi ulli interpretum, qui poſt Cujacium prodierunt, ea laus debeatur, ut nec ex ſuo

je-

jecore quicquam depromat, nec ex aliorum, ſine lege loquentium, commentis ſapiat, eo certe nomine Janum a Coſta merito commendamus, quod continuo ad ipſos fontes, hoc eſt, ad teſtimonia veterum JCtorum, Principumque conſtitutiones recurrendo, juvenes lectores tractando juris corpori adſuefaciat, & in ipſa jurisprudentiæ adyta velut manu deducat. Atque hæc quidem dos eſſet libelli egregia, etiamſi minore ingenii acumine præditus auctor ſimpliciora duntaxat artis præcepta delibaſſet. Nunc vero, quum ab origine usque rem omnem repetere ſolitus varias velut ætates & fata jurisprudentiæ perſequatur, nullus dubito, quin exercitatis quoque viris gratum, quod prodit, opus acceptumque ſit futurum. Mihi certe, ſi ab iſthac moleſtia diu multumque quærendi loca citata, de qua ſupra dixi, receſſero, non ſolum jucundam hujus libri adornationem accidiſſe profiteor, ſed etiam fructuoſam. Dicendi genus, quod attinet, reperies orationem planam, perſpicuam, itaque ſolutam, ut a præceptore habitum cum diſcipulis ſermonem facile agnoſcas: eadem enim res alia atque alia dicendi figura ſæpius repetitur, & ad diſcentium captum ingenii quam proxime accommodatur. Quo minus ego committendum cenſui, quin, poſtquam Ampliſſimus Pater Tuus acerba nobis omnibus, Tibi vero imprimis luctuoſa morte intereeptus eſt, hoſce commentarios, ad Te potiſſimum delatos, Tuo nomini inſcriberem, ut videlicet habeas velut domeſticum quendam juris præceptorem, eumque optimum, qui, nullis Te ſtatis ad docendum horis adſtringens, quandocumque Tibi præſto ſit, & per ipſas ferias in amœniſſima Tua villa ſuburbana libenter Tecum commoretur. Nam cum per aliquot annos Latinis Græcisque litteris omnisque antiquitatis diſciplinæ Temet totum dederis, planam Tibi ad jurisprudentiam viam feciſti, & elapſo proxime anno ipſius artis noſtræ ſacris initiatus ea de-

diſti in dies & induſtriæ & profectuum Tuorum ſpecimina, ut hoc quidem tempore minime rudis, ſed inſtructus quodammodo ad tantum doctorem & ornatus accedere videaris. Itaque non dubito, quin ſedula harum recitationum lectio non minorem Tibi voluptatem, quam utilitatem, allatura ſit. Quanquam enim neque Tibi, neque ulli adoleſcenti temere auctor ſum, ut, prætermiſſo compendii vel ſyſtematis cujusdam præſidio, protinus ad ſingulos Pandectarum & Codicis textus conſiderandos provolet, propterea quod juris elementa, niſi ordine quodam digeſta, perdifficulter addiſci & memoria teneri queant, tamen, qui ſyſtemati perpetuo adhærens nunquam per ſingulos textus ierit, hunc multa, quæ vix ac ne vix quidem ſe redigi in ſyſtema patiuntur, fugere neceſſe eſt. Accedit, quod nullum unquam ſyſtema tam accurate formatum tamque nitide conſcriptum ſit, cui non aliquid macularum, vel ex antiquiorum Doctorum traditionibus, vel ex ipſius auctoris opinione præjudicata adhæreat, quæ certe non alia ratione, niſi perpenſis & excuſſis textibus ſingulis, elui atque extergi poſſunt. Has igitur prælectiones, etiam atque etiam Te rogo, Generoſiſſime Juvenis, ut benigno animo excipias, interque laudatiſſimi Patris Tui commentarios, tanquam hoſpites, habeas: ſimul autem, velim, exiſtimes, una cum illis ipſam Themidem Romanam ſe Tibi majorem in modum commendatam velle. Quæ in Patre Tuo fautorem cultoremque præ ceteris egregium amiſit, oculos illa jam nunc in Te conjectos habet, ad quem, ut aliarum omnium rerum, quæ Tibi decus conciliare poſſunt, ita gloriæ per jus Romanum partæ hereditas ex aſſe pervenit. Et habet illa præmiorum abunde, quibus multos magnosque ſibi labores in juventute conſecratos olim cumulatiſſime compenſet. Nam quacumque ſtatione reipublicæ Te fors, & generis Tui ſplendor, & propria virtus collocave-

verint, reapſe comperies, ex togatæ quidem militiæ muneribus, quæ cum dignitate conjuncta ſunt, nullum omnino eſſe, quod absque ſolida juris Romani cognitione rite adminiſtrari queat, quin hujus ignorationi perpetuo damna, pericula, conſilii inopiam, temeritatemque; ſcientiæ vero ſolertiam, dexteritatem, prudentiam, auctoritatem ineſſe. Taceo hoc loco de illis conſeſſibus publicis, qui juris inter privatos dicendi cauſſa ſolummodo inſtituti ſunt, ſive urbanis, paganisque, ſive univerſæ cuidam genti, Curiarum nomine, præpoſitis. In his enim collegiis poſt leges patrias, quibus primus ſemper locus debetur, conſiliorum omnium decretorumque proram ac puppim eſſe juris Romani corpus, quin absque hoc jure nulli poſſe legi patriæ ſuam amplitudinem, verumque uſum conſtare, nemo diffitebitur, niſi patrii perinde ac Romani juris, & negotiorum forenſium æque imperitus. Illud fortaſſe miraberis, ſi dixero, in iis quoque conciliis, ubi publica civitatis negotia tractantur, permagnum juris Romani uſum eſſe, eumque demum conſultando cavendoque præclara quævis in medium proferre poſſe, qui ejus juris præceptis probe incoctum pectus habuerit. Etenim cum neque ipſa illa collegia, neque illi, qui in magiſtratu, poteſtate, curatione, munere, miniſteriove publico collocati, iisdem collegiis ſubſunt, infinitam habeant poteſtatem, ſed mandatis circumſcriptam, quomodo, quæſo, quid ſui, quid alieni officii ſit, recte judicare poterit, adeoque rem publicam in partibus ſibi commiſſis bene adminiſtrare, ſi non ex jure Romano, tanquam communi ſapientiæ civilis fonte, artem leges interpretandi, variaque ejusdem legis capita apte concinneque, ad prævertendas antinomias, ſibi invicem ſubjungendi didicerit? Accedit, quod in his ipſis mandatis aliisque legibus, quæ ad publicum civitatis regimen pertinent, innumeris paſſim mentio, re ita exigente, fiat negotiorum priva-

torum, contractuum V. G. dominiorum, judiciorum, ultimarum voluntatum, similiumque, ut adeo præcipua juris privati capita arctissime sint juri Belgarum publico implicita & innexa. Cum autem ipsum jus patrium privatum has res minime explicet, sed tanquam præcognitas ponat, unde, quæso, is, qui ad publicum civitatis regimen se natum putat, earum intelligentiam sibi comparabit, nisi ex jure Romano, ditissimo argumentorum, id genus, & accurate enucleatorum thesauro? Porro neminem in publico vel Hollandiæ, vel, si mavis, fœderati Belgii jure mediocriter versatum reperiri existimo, qui nesciat, plerisque magistratibus, quos summus imperans ad partem aliquam publicæ rei tutandam administrandamque a se delegat, illud simul negotii datum esse, ut de isthoc caussarum genere, quibus præsunt, jus dicant sive inter privatos invicem, sive inter fiscum, aut quo alio nomine appellare publicum velis, & privatos: plane ut quot sint magistratuum consessus, totidem sint tribunalia, suo quodque caussarum generi dicata, in quibus suum quisque desiderium quotidie exponit, alterius desiderio contradicit, ubi denique de meo & tuo, quod ajunt, cognoscendum & pronuntiandum venit. Quamvis enim fieri possit, ut de isthoc negotiorum genere nihil omnino legibus Romanis cautum reperiatur, eorumque natura, & quæ peculiaria in iis servari oporteat, legibus patriis ut plurimum accurate descripta sint, tamen, nisi extrinsecus adsumantur ea, quæ caussis judiciisque omnibus sunt communia, eveniet profecto, ut nec ipsæ illæ leges patriæ vigorem exserere possint, & in judiciis istis, pro æquitate & justitia, summa confusio, sæpe etiam iniquitas regnatura sit. Ego certe, vel unum tribunal mihi dari postulo, cujus judices tuto ignorare queant horum præceptorum vim & potestatem: neminem inauditum condemnandum esse; in pari caussa potiorem esse possessorem;

ex

ex eo, quod utrimque dolo geſtum eſt, actorem nihil conſequi oportere; ex delicto, quod quis per alium admiſit, utrumque quidem ad pœnam obligari, ceterum ipſis inter ſe nullam actionem eſſe; probandi onus nunquam incumbere ei, qui ſimpliciter negat; ſuam cuique moram, non alii, nocere; moram in ſolvendo nullam committi, ubi necdum exigendi jus eſt; neminem litem conteſtando cauſſam ſuam deteriorem reddere; jura vigilantibus ſcripta eſſe; unumquemque iis, qui pro ſe introducta ſunt, renuntiare poſſe; quod in favorem alicujus conſtitutum eſt, non debere nos ita interpretari, ut aliquo caſu contra eum eſſe incipiat. Mitto reliqua, nam ſi omnia perſequi vellem, quem exitum invenirem? Jam vero quid ſit fraudem legibus civilibus facere (commune profecto vetuſtis noſtrisque temporibus malum) quid a fraude diſtet ſolertia, ſibi ſuisque conſulendi, per quam nemo capitur; ubinam, quæſo, uberius perfectiusque docetur, aut illuſtrioribus exemplis declaratur, quam in corpore juris Romani? Nihil autem hac parte intereſt, num ipſæ illæ leges Romanæ, unde ea exempla depromuntur, apud nos in uſu ſint: non enim jam urgeo legum illarum uſum, ſed præcepti ejus vim ac poteſtatem, quæ ſane apud nos eadem eſt, ac olim apud Romanos. Quod ſi quis inanem operam putat, quæ his ſimilibusque ſententiis rite intelligendis inſumitur, quid eſt, quod cum eo amplius diſputes, qui firmiſſima legum patriarum ſepimenta tollendo leges ipſas ludibrio exponit? Vere enim ea ſepimenta legum voco, ſine quibus nullæ omnino leges ſtare incolumes, nec locum aut dignitatem ſuam tueri queunt. Neque vero ſolum ad jus æquum qualibet in cauſſa aliis dicendum, eorum, quæ dixi, ſcientia valet, ſed etiam ad proprias lubidines legibus, qua patriis, qua Romanis, ſubjectas habendi: ſunt enim hæc malitiarum omnium, quibus quis contra leges

machinetur, iisve in aliorum fraudem abuti nitatur, everricula. Sed ut redeam, unde fueram digreſſus, ſæpe accidit, ut, qui in poteſtate miniſteriove publico ſunt, reipublicæ nomine aliquid emere a civibus ſuis, aut conducere, aut ſatis accipere, aut aliud quid cum iis contrahere neceſſe habeant. Nec ea re quicquam in his oris eſt frequentius. Hæc negotia palam eſt ex parte quoque reipublicæ regi ab jure privato: foret enim oppido abſurdum & iniquum, ex aliis legibus, quid civis reipublicæ debeat, æſtimari, ex aliis, quid ex eodem contractu respublica civi. Respublica enim, quamvis libera, privatorum loco in contractibus habetur. Et quanquam ſummus imperans a magiſtratibus cogi invitus nequit ad obtemperandum ipſorum decretis, ſolet tamen, quoties ſibi aliqua controverſia oboritur, cum civibus e jure manum conſerere, ſuæque majeſtatis faſces dominæ & reginæ juſtitiæ placide ſubmittere. Cum autem privatorum in cauſſis, quicquid deeſt legibus patriis, e jure Romano tanquam ex inſtructiore quadam taberna, peti & ſuppleri ſoleat, an non idem in negotiis ab ipſa civitate cum civium ſuorum aliquo contractis faciendum cenſes? aut, ſi hoc mihi conceſſeris, putasne, quemquam poſſe, qui ejusmodi contractibus reipublicæ nomine moderandis præeſt, tuto juris Romani ſcientia carere? Libet enim mihi jam Tecum, Generoſiſſime Meermanne, quaſi disputare, quo magis Te, Tuique ſimiles in hac ſententia confirmem, alios erroris convincam. Sane, niſi ex jure Romano contractuum omnium naturam, conditionem, vim & poteſtatem probe perſpectam habuerit, ſemper animi pendebit, quid ſibi ſumere, quid adverſario concedere debeat, quid denique paciſcendo caveri & anteverti oporteat: nec raro eveniet, ut, quæ cautiones ad promovenda ærarii commoda adhibentur, iisdem vehementer ei noceamus. Hoc unum intereſt, quod, ſi quidem in re noſtra familiari juris ignoratione aliquid peccave-

ri-

rimus, non de alio, quam de nobis ipsis queri debeamus: reipublicæ vero si quacumque in re male consuluerimus, habet illa, de quo nobiscum expostulet, quorum scilicet fidei atque tutelæ se commisit. Satis mihi videor probasse, quam sit illis, qui nomine summi imperantis partem aliquam rei publicæ administrant, juris privati, cujus multo maxima pars jus Romanum est, cognitio necessaria. Restat, ut de ipso supremo cujusque gentis concilio, quod Ordinum nomine venit, videamus. Nam prima quidem fronte proclive dictu videtur, ad eas res, quarum cognitionem sibi princeps reservat, ad pacis & belli opus, ad fœdus amicitiamque cum regibus populisque exteris faciendam colendamve, ad legationes decernendas, obeundasve rite, ad commercia propaganda, eademque ab hostibus & piratis tutanda nihil quicquam juris Romani scientiam proficere, quin imo male interdum cedere reipublicæ, si in consultando de rei summa ad ejus juris minutias & syllabarum aucupia animum demiseris. Enim vero, si quid video, earum rerum, quæ in supremo gentis concilio tractantur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim spectant domesticum civitatis regimen, aut ita comparatæ sunt, ut cum aliis populis, itidem liberis, transigi debeant. In priore genere, utique quoties de jure aliquo condito condendove disceptatio incidit (incidit autem, opinor, sæpissime) tantum profecto loci sibi vindicat jurisprudentia Romana, quantum in ipso foro judiciisque. Quis enim leges, quis decreta nova quacumque de re concipere, quis vetera rite interpretari, jusque ex illis derivatum cum facto, quod præ manibus sit, conferre poterit, qui ipsam legum civilium tractandarum artem nec usu nec ratione cognitam habet? nisi forte quis existimet, aliarum omnium rerum esse artem aliquam, quæ usu demum & exercitatione comparatur, ut equos regendi, pila ludendi: unam vero legum decretorumque sapienter condendorum, pru-

den-

denter etiam explicandorum facultatem ceſſantibus nobis ſponte obvenire. Ponamus exemplum in negotio ab diſciplina juris Romani plane, ut videtur, alieno, in hodiernis, inquam, vectigalibus, tributis, portoriis ceterisque reditibus publicis: non quo cuiquam perſuadere velim, quodnam ſit his regionibus convenientiſſimum vectigalium genus, ex legibus Romanis diſci poſſe: hæc enim quæſtio plane non eſt in jure poſita, & ex aliis longe fontibus decidenda: ſed illud duntaxat volo, poſtquam de vectigali aliquo inſtituendo convenit, neminem neque concipere de eo legem poſſe, neque, ubi de perferenda lege agitur, ſitne apte concepta, judicare, qui non diu multumque in jure ſcripto verſatus, hanc ipſam legum concipiendarum artem ſibi familiarem reddiderit. In quibusvis enim legibus ferendis, præſertim in prolixioribus, quales fere ſunt, quibus tributa imperantur, eorumque exigendorum modus præſcribitur, ſumma opus eſt prudentia, ne quo loco vel plus vel minus dicatur, quam ſentiatur, utque ſinguli articuli ſingulis collati apte ſibi invicem reſpondeant, neve quid omnino vel omiſſum, vel contrarium, vel diſſonum reperiatur. Quæ quidem facultas non aliter, niſi multarum legum ſapienter pridem latarum, ſapienter quoque ab aliis expoſitarum contemplatione acquiritur. Interpretatio enim cum nihil aliud ſit, niſi variarum facti ſpecierum cum lege ipſa comparatio, utique nobis easdem ob oculos ponit, docetque ſingularum περισάσεις excutere, ſimiles congregare, diſſimiles ſecernere, præterea ad aliorum verborum proprietatem, quam imitemur, attendere, aliorum inſolentiam notare, quam vitemus. Imprimis autem illa, quam dixi, facultas perficitur, ſi ad excellentem juris pridem conditi doctrinam acceſſerit uſus, & fori diſputatio, qua non, quid alii ante nos ex legibus excuſſerint, cognoſcimus, ſed quid ipſimet tandem excutere valeamus, periculum facimus. In foro enim verſantibus, ſive

ſive advocatum, ſive judicem agunt, utique ſola facta proponuntur, ceterum quid cuique facto juris congruat, & quo pacto illud ex unaquaque lege aut etiam ex multarum legum complexu deduci & derivari debeat, id vero noſtræ prudentiæ relinquitur. Neque vero ſemper ex iis, quæ proponuntur, ita intelligi poteſt, quis ſit controverſiæ ſtatus, aut qua in re verus quæſtionis cardo vertatur, quin opus ſæpenumero ſit ulteriore perquiſitione, eaque non vaga, ſed ad normam juris ipſa quoque directa, cujus videlicet ope utilia ab inutilibus ſecernantur. Adde, quod in ipſis fori concertationibus paullo aliter atque aliter narrata rei geſtæ hiſtoria magnam ſæpe juris differentiam inducat, unde fit, ut diſputationem ab eo, quod juris eſt, ad factum continuo dilabi ſæpe videamus, eaque utrimque mordicus teneri, quæ ſuæ quisque cauſſæ prodeſſe putat, quæ vero nociva, manibus pedibusque depelli. Illud autem palam eſt, quo plures quisque cauſſarum figuras vel ipſe in foro verſatus cum legibus ſcriptis contulerit, vel ab aliis pridem per modum interpretationis collatas expenderit, eo majorem ipſi ſubnaſci experientiam, eamque facultatem, quæ in cavendo conſiſtit, cujus proprium eſt ex præteritis vere judicare de præſentibus, de futuris autem callide conjicere. Quæ quidem facultas, ſi neceſſaria putatur, ut eſt revera, in quovis cauſſidico, quanto magis in eo, qui ad legem quacumque de re ſcribendam ſedet? Ille enim præſentia tractat, de futuris, niſi quatenus inſtanti cauſſæ inſervit, parum ſollicitus: hic futuris dare formam negotiis nititur: itaque eum cogitationes ſuas porrigere oportet in id, quod quandoque eventurum ſit, & ex omnibus, quæ accidere poterunt, quid velit, lege comprehendere, quid nolit, prævia meditatione diſponere. Ex quibus omnibus colligitur, eum ad leges ſcribendas maxime idoneum eſſe, qui ipſe juris ſcripti conſultiſſimus ex multorum caſuum ſibi

* * *

obla-

oblatorum varietate facultatem consulendi in medium providendique, quam uno nomine prudentiam civilem appellamus, sibi compararit. Quæ cum ita sint, cedo mihi, præter juris Romani corpus, ullum aliud opus, cujuslibet gentis sive vetustæ sive hodiernæ, legiferum, quod subjecta tot legibus per se præclaris interpretatione commoda pluribus rerum, vel in foro judicatarum, vel, domi cum essent gestæ, prudenter disputatarum exemplis distinctum, refertum, illuminatum sit, atque adeo in hanc ipsam prudentiam civilem adolescentes planius apertiusque deducat: cedo mihi, præter Romanos, aliam gentem, in qua per continua sex secula nunquam defuerint viri sapientes & integerrimi, qui non contenti leges illustrasse, ea quoque negotia, de quibus leges in universum nullæ nec olim fuerunt, nec hodie conditæ sunt, & quæ tamen quotidie usu inter cives frequentantur, ratione certa fundarint, ob eamque causam decessorum suorum inventa novis in dies observatis & auxerint & perpoliverint, donec velut ad summum provecta culmen jurisprudentia subsisteret. Certe si cui tam fœcundum ingenium, simulque tam diuturna & laboriosa vita obtingeret, ut quicquid in Pandectis, quicquid in Codice præclare scriptum est, ex suo sinu depromtum in medium proferret, dubium non est, quin civili prudentia instructissimus ad leges justas accuratasque concipiendas unus omnium maxime idoneus in civitate haberetur. An igitur nihil sapientiæ ei adhærere putabimus, qui diu multumque perscrutando Pandectas Codicemque id consecutus est, ut omnium illorum responsorum ac definitionum velut auctor haberi; omnibus quoque illis rebus judicandis, cautionibus præscribendis & interfuisse & præfuisse videatur? Quod si quis tamen juris Romani scientiam parum conferre putet ad ejusmodi negotia, quæ vel plane ignota Romanis fuerunt, vel certe quod ad formam

mo-

modumque attinet, ab eorum in iſthoc genere inſtitutis toto cœlo diſcrepant, vel expedienda, vel legibus ordinanda, ut certe ſunt vectigalia noſtra, putetque, in his propriam quandam trituram ſufficere, quidni omne legum de illis componendarum negotium demandatur coactoribus redituum publicorum, eorumve vicariis aut præfectis? Horum utique hominum intelligentia, quamvis ad inſtruendum legislatorem in his, quæ facti ſunt, valere queat, tamen ſi cruda adhiberetur, dii boni, qualia legum monſtra naſcerentur! Idem de militibus, quod ad leges militares, nec non de navicularíis, de opificibus, de mercatoribus, quorum apud nos ſunt corpora, certis ſub legibus ſociata, dicere licet. Nimirum præter alias commoditates illud quoque præſtat jus Romanum, quod cum omnia ibi ſuis ὅροις definita ſint, nos quoque ab ineunte adoleſcentia doceat res alias ab aliis probe diſtinguere, ad verborum, & quidem in quovis ſermone, proprietatem & uſum attendere, ab ſermone dubio obſcurove diligenter abſtinere, in verbis plane non ludere, momenta rerum perpendere cauſſas videre, conſequentia cernere, denique totam legem omnibus artubus ſuis ita componere, ut, cum deinceps ea uti volumus, nihil in ea disjectum, nihil informe, aut male collocatum appareat. Quod ſi illæ leges patriæ, quarum argumentum e jure Romano exulat, tamen ſuccum quendam neceſſarium ex eodem jure ducant, ſine quo neque vivere, nec ſpirare, imo ne naſci quidem perfecta ſpecie poſſunt, quid de illis dicemus, quæ in eodem plane, vel ſimili verſantur argumento? Quid, inquam, ſi qua parte juri Romano derogandum, ſurrogandum, vel obrogandum veniat? Debent ſane ejusmodi leges ad reliquum corpus cum patrii, tum Romani juris ita aptari, & cum eo coadunari, ut nuſpiam nec hiatus, nec rima appareat, id quod ſine exacta partium affinium peritia nemo præſtiterit.

Ceteroquin malis hominibus dabitur elabendi facultas: boni vero difficultatibus litibusque plurimis innectentur, evenietque, ut, quæ lex unam aliquam difficultatem aut controverſiam reſecarit, complurium aliarum fœcunda mater ſit futura. Porro privilegia concedere, nemo neſcit, ſolius imperantis ſummi eſſe; ſed illud quoque conſtat inter omnes, in privilegiis concedendis magnam cautionem adhibendam eſſe, ne vergant in aliorum injuriam, neve per ea cuiquam jus ſuum detrahatur. Interdum etiam accidit, ut inhoneſta privilegii, alios læſuri, petitio honeſto ſatis nomine interpretationis authenticæ prætendatur. Hoc vero dijudicare, & quid cujusque ſit, quid non ſit, quando eſſe cœperit, rite æſtimare quis poterit, niſi juris privati, cujus tam inſignis portio jus Romanum eſt, apprime intelligens. Acquiritur certe nobis non ſolum ex patriis legibus, ſed etiam ex Romanis, uſu primum receptis, dein Ordinum auctoritate confirmatis. Sed ex utrisque non aliter nobis acquiritur, niſi interveniente induſtria noſtra, hoc eſt, adhibitis cauſſis modisque acquirendi: raro enim fit, ut, quemadmodum alluvio fundo, ita lex patrimonio noſtro, vel dormitantibus nobis, aliquid adjiciat. Cauſſæ autem modique acquirendi tantum non omnes apud nos in uſu ſunt, qui olim fuerunt apud Romanos. Cumque iidem tam accurate ab Romanis deformati & depicti ſint, ut nihil ſupra excogitari poſſit, facile apparet, quoties hodie acquirendi occaſio nobis ex aliqua lege Romana obveniat, idem jus Romanum præ ubertate ſua ſufficere ſibi, nec indigere patrii juris adminiculo; contra, quid ex legibus patriis acquiſitum nobis ſit, aut alteri non ſit, vix unquam demonſtrari poſſe, niſi adſumtis, ſupplendi ergo, juris Romani particulis. Alterum genus rerum, de quo ſtatuere Ordines ſolent, non intra patriæ fines concluditur, ſed reges principesque exteros, eorumve ſubditos, aut alios populos

los liberos tangit. Hæc negotia ridiculus fuerim, ſi contendero, ab jure Romano, tanquam ſummi imperantis præcepto regi, aut ex eo decidi oportere. Quemadmodum enim, vel ipſi Juſtiniano nulla poteſtas fuit jus a ſe digeſtum aliis principibus eorumve civibus, quibuſcum ſibi aliquid negotii intercederet, pro lege venditandi obtrudendique, ita nec hodie populus ullus, qui in ſuos uſus privatos jus Romanum adſcivit, ei adſtringere poteſt alios, ſibi plane non ſubjectos. Quod enim de ſuis magiſtratibus prodiderunt Romani, idem hodie inter gentes liberas obtinet, nempe pari in parem nihil poteſtatis eſſe. Liberas voco, quarum neutra alterius imperio ſubjecta eſt, quamvis arcto ſocietatis vinculo inter ſe colligatæ ſint, ut Belgæ fœderati. Liberarum igitur gentium controverſiæ e jure naturali gentiumque dirimendæ ſunt, id quod eam ob cauſſam Vir Incomparabilis Hugo Grotius, patriæ noſtræ & vicinæ urbis Delforum ſummum decus, primus in univerſum tractare, & in formam artis redigere aggreſſus eſt inclito opere *de Jure Belli & Pacis*, in quo tamen paſſim & ſingulis fere paginis teſtimonium juris Romani conditoribus denuntiat, non tanquam νομοθέταις, ſed tanquam viris ſapientibus, jurisque naturalis peritia præ ceteris egregie inſtructis, monendi duntaxat, non jubendi facultate præditis. Quin quo quisque juris Romani peritior ad ſedulam operis Grotiani lectionem ſe confert, eo magis comperiet, nobiliſſimum ſcriptorem jus Romanum optime calluiſſe, quod & reliqua ejus opera declarant, eaque ſcientia ſi non ad definiendas quæſtiones, (quippe quarum pleræque diverſi ab jure Romano argumenti ſunt) certe ad digerendas explicateque proponendas paſſim uſum fuiſſe, id quod exemplis confirmarem, niſi animadverterem, ad finem mihi properandum eſſe. Illud autem perinde eſt, ſive credamus, Grotium in definiendis regum principumque controverſiis plus, quam par eſt,

auctoritatis, ſive juſto minus Romanis tribuiſſe: nam etſi ſtatuimus, eos in jure naturali gentiumque, quod dicitur, plane cœcutiiſſe, nec adeo Grotium quicquam ab illis debuiſſe mutuari, palam tamen eſt, non unius populi jus civile ab eo exponi, ſed illud jus, *quod inter populos plures populorumve rectores intercedit*, ut ipſe initio προλεγομένων ait, & clarius in fronte capitis primi, diſerte teſtatus, argumentum operis ſui eſſe *controverſias eorum, quos nulla juris civilis communio tenet, quales ſunt, & qui in gentem nondum coierunt, & qui inter ſe diverſarum ſunt gentium, tum privati tum reges ipſi, quique par regibus jus obtinent, ſive optimates ſive populi liberi.* Quo fit, ut eadem illa Romanorum placita, quibus jus naturale parum accurate tradi putatur, non ideo tamen in civitate, quæ jus Romanum adoptavit, vim juris civilis amittant. Quod ſi quis ibi quoque, quoties ad jus Romanum, tanquam boni & æqui penum, recurritur, non ſecundum illud, ſed de hoc ipſo, ſitne æquum & bonum diſputare ac judicare velit, non modo rem faciet ab imperantibus vetitam, eo quod, ceſſantibus legibus patriis, ad jus Romanum nos ablegant, idque hanc ipſam ab cauſſam, ut perpetuæ de bono & æquo altercationes tandem conticeſcant, ſed etiam eandem confuſionem varietatemque, quam Grotius, humani fere ingenii vires ſupergreſſus ex controverſiis regum principumque tollere conatus fuit, in civitatem, in judicia privata reducet. Neque vero, ſi vir ſummus Hugo Grotius pro ſui inſtituti ratione jus naturale gentiumque perpetuo ſectatus, ab Romano jure aliquando ſibi recedendum putavit, ideo tamen in foro patrio illud negligendum, æquitatisve prætextu impugnandum cenſuit. Quin easdem juris Romani deciſiones, a quibus tanquam juri naturali minus congruis in opere *de Bello & Pace* recedit, in libro, vernacule conſcripto, cui nomen *Introductio ad Jurisprudentiam Hol-*

Hollandicam, pro jure civili, a quo ne recedant, civibus ſuis commendat & inculcat. Visne videre, quam verum hoc ſit? In libro 2. *de Jure Belli & Pacis c.* 8. §. 19. *n.* 2. ſpeciem ex aliena materia factam, communem eſſe putat inter dominum materiæ & artificem, rejecta juris Romani doctrina, quæ alterutrum, ſed adhibita diſtinctione, pro ſolido dominum facit. At *Jurisprud. Holl. l.* 2. *c.* 8. §. 2. 3. illud ipſum jus Romanum tradit pro jure Hollandico. Similiter de *J. B. & P. eod. cap.* 8. §. 18. in fœtura animalium partum fieri communem putat. Et tamen *Jurisp. Holl. l.* 2. *c.* 10. §. 1. ſtat regula juris Romani, qua partus ventrem ſequitur. Eodem modo, de *J. B. & P. d. lib.* 2. *c.* 8. §. 22. in plantatis, ſatisque & ædificatis in ſolo alieno aliud jure naturæ obtinere putat, ac Romano jure proditum eſt. Et tamen *Jurispr. Holl. l.* 2. *c.* 10. §. 6. in his omnibus retinet fundamenta juris Romani. Porro in eodem opere de *J. B. & P. lib.* 2. *c.* 8. §. 23. negat, fructus ex re aliena perceptos jure naturali unquam fieri b. f. poſſeſſoris. Nihilominus tamen *Jur. Holl. l.* 2. *c.* 6. §. 2. Hollandos hac parte jus Romanum ſequi, pro certo affirmat. Hoc amplius, quamvis de *J. B. & P. l.* 2. *c.* 6. §. 1. *n.* 2. *&. c.* 8. §. 25. neget, ad dominium rerum ex contractu transferendum, jure naturæ traditionem requiri, tamen *Jur. Holl. l.* 2. *c.* 5. §. 2. item *c.* 8. §. 6. non jus illud naturale, ſeu potius ſuam de jure naturali opinionem, ſed jus Romanum pro Hollandico tradit. In libro 2. *de J. B. & P. c.* 10. §. 12. negat, jure naturali repoſci poſſe, quod datum eſt ob cauſſam, ratione ſolius accipientis turpem: at in *Jurisp. Holl. l.* 2. *c.* 13. §. 43. indubitate illud de moribus Hollandorum affirmat ex jure Romano. Nec ſilendum reor, quod de *J. B. & P. lib.* 2. *c.* 12. §. 3. rejiciat juris Romani diviſiones contractuum in nominatos,

tos, & nec nominatos, item nominatorum ſubdiviſionem, quod alii re, alii conſenſu conſtant. Et tamen easdem diviſiones perinde eſſe juris Hollandici ac Romani, aperte agnoſcit *Jurispr. Holl. l.* 2. *c.* 12 — 25. item *cap.* 31. Denique de *J. B. & P. l.* 2. *c.* 12. §. 15. *n.* 1. quod venditio conſtat neceſſitate præſtandi, rem habere licere, & evictionem, item quod res vendita ante traditionem periculo emtoris eſt, ad eumque fructus pertinent, hæc omnia juris civilis commenta vocat, quæ tamen ipſa in *Jurispr. Holl. l.* 3. *c.* 14. §. 34. & *c.* 15. §. 4. & 6. in foro Hollandico valere teſtatur. Non inquiram hoc loco, num Grotius in his, aliisque, quæ ſciens omitto, melius fuerit jus naturale adſecutus, quam veteres Romani, qui non alia de cauſſa ſententiarum, quas dixi, plerasque in jus civile invexerunt, quam quod eas juri naturali exacte congruere exiſtimaverint, ut adeo in his, quæ recenſui, quid ferat jus naturale, inter ſummos viros, quos orbis terrarum tulit, controverſum ſit. Sufficit mihi in rem meam demonſtraſſe, Grotium illud æquitatis arbitrium, ſive facultatem ſapiendi ſupra jus Romanum tum demum ſibi ſumere, cum eorum, qui nullo inter ſe legum civilium vinculo colligati ſunt, controverſias tractat, nec niſi parce & verecunde: eundem vero, ubi de jure privato cum civibus ſuis loquitur, ex auctoritate ſummorum imperantium debitam juri Romano & reverentiam & obedientiam libenter præſtitiſſe. Hoc ille boni viri, hoc boni civis eſſe merito exiſtimavit. Illuſtre hoc exemplum ſecuti fuerunt, quotquot Fœderatum Belgium viros magnos, ſive publici conſilii participes & miniſtros, ſive privatæ juſtitiæ vindices tulit. Quorum quidem virorum quid attinet apud Te, Generoſiſſime Juvenis, ſeriem contexere, cui nobiliſſima familia exemplorum id genus abunde ſuppeditat. Nam ne altius rem repetam, credisne, avum Tuum Joannem Meerman,

vi-

virum longe ſapientiſſimum atque ornatiſſimum, filii ſui, Patris Tui, cujus in ingenio formando omnes curas, & cogitationes defixas habebat, ſtudia ita moderaturum fuiſſe, ut per litterarum humaniorum omnisque antiquitatis tramitem in intimos juris Romani receſſus eum deduceret, ſi vel de hujus juris auctoritate, qua pollet apud Batavos, quicquam dubitaſſet, vel de ejus utilitate & præſtantia ad conſultandum de re publica privataque abjecte ſenſiſſet? Quid dicam de ipſo Patre Tuo? qui poſtquam in ſuam tutelam devenit, non modo juris Romani ſtudium non dereliquit, verum etiam, quo altius, delatis ad eum honoribus ampliſſimis, immergi negotiis publicis videbatur, eo intenſius & fidelius retinuit. Nec aliud ei judicium fuiſſe, poſtquam honorum ſatur ad privatam vitam redierat, argumento eſt ille, quem antea dixi, Theſaurus Juris Civilis & Canonici, novo tomo haud ita pridem ante mortem ab eo locupletatus, quem cum ei in vulgus prodeuntem adſpicere eheu! non licuerit, nos tamen, tanti viri memores, tanquam poſtumum quendam fœtum lubentes ſuſcipiemus & exoſculabimur. Vides igitur, Generoſiſſime Meermanne, quantam exſpectationem ſuſtineas cum adſequendæ in ceteris diſciplinis eruditionis paternæ, tum tuendæ excolendæque Themidis Romanæ. Neque vero huic opinioni, quam de Te fovemus, ſi quid aut vota mea, aut mei qualeſcumque conatus valebunt, ulla parte deëris. Quin ita proſpere ſe habent ſtudiorum Tuorum initia, ut non ſolum bene de Te ſperare, ſed etiam confidere poſſimus, talem Te futurum, qualem decet Meermanniani nominis unicam ſubolem. Quo magis in eam quoque ſpem adducor, fore, ut haſce Jani a Coſta prælectiones benevolo ſis animo excepturus, Tuoque patrocinio dignaturus eum ſcriptorem, quem Pater Tuus per omne vitæ tempus in deliciis habuit. Tu, quod per ætatem auctoritatis Tibi deëſſe vi-

* * *

deri

deri poſſet, id omne, dum æquales, & honeſtiſſimo quemque loco natos juvenes, exemplo Tuo ad ſedulam hujus libelli lectionem excites, interim abunde ſupplebis. Ego vero mihi perſuaſum habeo, Tibique perſuaſiſſimum eſſe cupio, neque facilius ad gloriam paternam adſcenſurum Te eſſe, neque ſanctius ejus memoriam culturum, quam ſi talibus optimorum juris interpretum commentariis excutiendis plurimum gaudeas. Vale, Generoſiſſime Meermanne, Deus optimus Maximus diu te Maternæ viduitatis præſidium atque ſolatium; mox etiam patriæ bonarumque artium columen, nobiliſſimæque familiæ, ſed pene intermortuæ, inſtauratorem eſſe jubeat!

V I R O

C L A R I S S I M O

BAVIO VOORDA,

J. C. ET ANTECESSORI IN ACADEMIA L. B.

Quum JANI A COSTA prælectiones ad varia juris civilis loca ederet, notisque inluſtraret.

Docte BAVI, *vulgas dum ſcripta, latentia fœdo*
Oblivionis in ſpecu;
Artificique cales nævos detergere lima,
Robiginemque priſtinam;
Mollibus Auſonium violis pro ſentibus aſpris
Vernare miramur Forum.

Ma-

Macte animi! Clarias qui tam bene Jura per artes

Severiora temperas;

Enſiferamque ſimul Themidem plectroque ſonantem

Litare Phœbum pergito.

CAR. ANT. WETSTENIUS, J. C.

J A-

JANI A COSTA PRÆLECTIONES

AD

ILLUSTRIORES QUOSDAM TITULOS, LOCAQUE SELECTA JURIS CIVILIS.

Ad legem Diem functo 4. D. de Offic. Aſſeſſorum.

PAPINIANUS LIB. IV. RESPONSORUM.

Diem functo legato Cæſaris ſalarium comitibus reſidui temporis, quod [*a*] *legatis præſtitutum eſt, debetur, modo ſi non poſtea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diverſum in eo ſervatur, qui ſucceſſorem ante tempus accepit.*

Quoniam hæc lex eſt Papiniani, juris interpretes arbitrati ſunt, eam eſſe cognitu & explicatu difficilem, ideoque variis interpretationibus eam obſcurarunt. Nos, quo facilius intelligi poſſit, primum explicabimus, quis ſit legatus Cæſaris, quæ ſit illius poteſtas, qui ſint aſſeſſores, & quod ſit eorum munus, & quamdiu duret. Quem vero hic Papinianus legatum Cæſaris appellat, & in *l. Sed addes* 19. §. *ult. D. locat.* hunc Venulejus legatum Imperatoris dixit in *l. hos accuſare* 12. *pr. D. de accuſat.* ac uterque Præſidem vel correctorem provinciæ interpretatur *l. pen. D. de offic. præſidis, & d. l. hos accuſare.* Et leges Cæſareæ adminiſtratores & moderatores provinciæ, *l. ſi poſt* 9. *& l. in conſiliariis*, 10. *Cod. eod. tit.* Hi ſunt hodie in Gallia duodecim Proreges, qui in Provincias a Rege mandantur, cum omnibus poſt Principem ma-

jus imperium in ſua Provincia habeant, *l.* 4. *D. de offic. præſ.* licet ſecundum regias conſtitutiones de his non cognoſcant, quæ foro contentioſo apud judices ordinarios agitantur. Meminit Plinius *lib.* 26. *H. N. cap.* 1. legati Aquitanicæ provinciæ; & Venulejus in *l. milites* 12. *pr. D. de cuſtod. reorum.* Sicut autem prætores & præfectus prætorio proprium auditorium & ſuos aſſeſſores habebant, *l. metum* 2. §. *ſed quod* 3. *ſub fin. D. de eo quod metus cauſa.* ut Papinianus præfectus prætorio Ulpianum & Paullum, qui illi in auditorio aſſidebant, ut ait Lampridius, in *Alexand. Sever. c.* 26. & probat *lex lecta* 40. *D. de reb. cred. ſi certum petatur.* ita legatus Cæſaris auditorium habuit & aſſeſſores, qui propriis conſiliis illum juvabant, ut dicit lex *velut* 7. *Cod. de aſſeſſor.* & cum eo jus reddebant in poſtulationibus, cognitionibus, decretis, & epiſtolis, *l.* 1. *D. eod.* Ideoque juris ſtudioſos eſſe oportet, *d. l.* 1. item jurisperitos, jurisconſultos, legum doctores, *l. divus* 4. *D. de variis & extraordin. cognit.* Erant autem illis e publico conſtituta ſtipendia, quæ ultra quatuor menſes aſſeſſoribus non præſtabantur, *l. in conſiliariis* 10. *Cod. de aſſeſſor.*

Sed accedamus ad legem ipſam. Vulgaris ſchola cenſuit, ſalarium deberi aſſeſſoribus ab herede legati Cæſaris, quam interpretationem paucis refellam. Primum Lampridius in *Alexand. Sever. c.* 46. *init.* ſcribit Alexandrum ſalaria conſtituiſſe conſiliariis & aſſeſſoribus. Deinde Spartianus teſtatur in *Peſcenn. Nigro c.* 7. (*a*) illum juſſiſſe ſtipendia e publico exſolvi aſſeſſoribus, ne legati id facere cogerentur, quos nec dare nec accipere oportet. Tertio, urgeo *legem ult. hoc tit.* cum ait, cives, quamvis aſſideant legato, non frui tamen publico ſalario, ſed eos tantum, qui ex aliena provincia cum legato profecti ſunt. Quarto, *Novell.* XVII. *c.* 5. §. *feſtinabis* 2. ubi Juſtinianus Triboniano præcipit, ut aſſumat aſſeſſores probos viros, qui contenti ſint ſalario publico. Poſtremo ea non obligant heredes, quæ non tranſeunt ad eos; *l. ſi tibi* §. *ult. D. locat.* ſed officium legati non tranſit ad heredes, ergo non obligat heredes legati. Non eſt magis probabilis illorum opinio, qui putant hoc loco agi de ſalario legati Cæſaris, quaſi illud ejus heredibus debeatur, etiam pro reſiduo tempore, & ob id in hac lege legunt: *quod legatis præſtitum eſt.* Sed ſi ſemel fuit præſtitum ſalarium, non eſt iterum præſtandum. Cer-

(*a*) In *Peſcenn. Nigro c.* 7. Peſcennius Niger, occiſo Commodo ac Juliano, ab exercitibus quidem Syriacis, quibus præerat, Imperator appellatus, nunquam tamen imperio Romano præfuit: nam bello civili victus a Septimio Severo, vulneratusque & captus vitam amiſit. Spartian in *Peſcenn. Nigro c.* 2. *in init.* & *c.* 9. *in fin.* Itaque verbis capitis 7. *addidit præterea Conſiliariis ſalaria* &c. id tantum ſignificatur, ut ſuaſerit, ut auctor Senatui vel Principi fuerit illud ſtatuendi: id quod & præcedentia evincunt. Primus igitur Alexander Severus ſalaria e publico aſſeſſoribus decrevit. Lamprid. *loc. all.* Quamobrem reſcriptum D. Pii memoratum a Paullo in *l.* 4. *D. de extraord. cogn.* nec non fragmentum Ulpiani in *l.* 1. §. 8. *eod.* & imprimis Papiniani reſponſum in hac noſtra *lege* 4. & *in l.* 19. §. *ult. D. locat.* omnino intelligenda de ſalariis a magiſtratu præſtandis, ſicut fuſius & luculenter oſtendit P. Burgius *Elector. Cap.* 9. *Tom.* 1. *Theſ. Otton.* ubi & *legi ult. D. de off. aſſeſſ.* ſuam, me judice, ſententiam tribuit. Janus a Coſta hac parte veſtigiis inſtitit Præceptoris ad *Papin. reſp. lib.* IV. *in expl. h. l.* 4. qui itidem has quinque leges refert ad ſalarium e fiſco præſtandum.

Certe in Pandectis Florentinis & emendatis Codicibus ſic concepta ſunt ea verba, *Quod a legatis præſtitutum eſt* (*b*). Sunt autem, qui putant, hæc verba referenda eſſe ad ſalarium, quaſi illud a legatis præſcribatur. Sed id perſpicue falſum arguitur ex his, quæ ſuperius dicta ſunt, & ex *l. unica de præb. ſalario lib.* 10. *Cod.* quæ vetat ex juribus reipublicæ cuiquam ſalaria conſtitui, niſi Princeps id præcipiat. Sunt igitur referenda hæc verba ad tempus præſcriptum aſſeſſoribus, quod quadrimeſtri tempore brevius eſſe potuit. Similiter rejicienda eſt Eguin. Baronis interpretatio, qui docet, anni aut biennii ſalarium deberi aſſeſſoribus, ſi quidem id temporis fuerit a Principe legato præſcriptum. Etenim, ut jam diximus, aſſeſſores non poterant ſtipendia præcipere, nec eo munere fungi ultra quatuor menſes, licet legatis longius tempus fuiſſet præſtitutum. *l. in conſiliariis* 10. *Cod. de aſſeſſorib. l. hi qui* 37. *D. ex quibus cauſis major.*

Abactis jam tot errorum nebulis, ſententiam Papiniani proferamus, quæ perſpicua eſt ac dilucida, modo ejus verba nemo caluminoſe aucupetur vel captet. Ait itaque Papinianus, mortuo legato Cæſaris reſidui temporis ſalarium ejus aſſeſſoribus & comitibus deberi, idemque dicitur in *l. ſed addes* 19. §. *ult. D. locat.* & Paulli auctoritate confirmatur *l. qui operas* 38. *pr. eod. tit.* quibus ſuffragatur *l. habitatores* 27. §. *ult. l. dominus* 55. §. *ult. eod. tit. loc.* quibus ſtatutum eſt, eos, qui ante tempus e domo conducta migrarunt, totius temporis mercedem debere. Hujus autem legis rationem omnes certatim eſſe ajunt, quod per aſſeſſores non ſtet, mortuo legato, quin munere ſuo fungantur, ideoque fatum illud eis non ſit imputandum. Sed ſi hoc admittimus, ſequitur heredibus magiſtratuum ſalaria perinde deberi, ac ſi adhuc illi eſſent ſuperſtites. Sane Ulpianus ex reſcripto Severi illam rationem profert, cum de mercede advocato ſoluta loquitur, quum ait ab ejus heredibus repeti non poſſe, quia per ipſum non ſteterat, quo minus cauſam ageret *l.* 1. §. *divus* 13. *D. de variis & extraord. cognit.* nempe quia negotio inſtructus & ad agendum paratus e vita migravit, qui advocationis honorarium acceperat. Itaque cum

(*b*) *Quod a legatis præſtitutum eſt.* Legendum eſſe, *quod legatis præſtitutum eſt* jam animadvertit Cujac. *ad h. l.* nempe a Principe pro arbitrio, de quo vid. P. Burgium *Elect. c.* 9. Et ſane tempus quadrimeſtre, de quo auctor ſubjicit, non omnibus erat aſſeſſoribus præſtitutum, ſed iis ſolis, qui in ſua provincia adſiderent. Scilicet Peſcennius Niger Marco, ut videtur, Antonino & Commodo auctor fuit, ne quis in ſua provincia adſideret. Spartian. in *Peſcenn. Nigr. c.* 7. non certe ultra IV. menſes, niſi permiſſu Principis *l.* 10. *C. de aſſeſſor.* quæ limitatio jam cognita fuit Paullo & Ulpiano, uti patet ex *l.* 37. & *l.* 38. *pr. D. ex quib. cauſſ. major.* Ratio prohibitionis hæc redditur a Briſſon. *Ant.* 1. *c.* 12. quo ſanctius integriusque jus diceretur. Laxamenti vero illius hanc puto fuiſſe rationem, ut poſſet interim magiſtratus idoneos adſeſſores ex aliis provinciis conquirere. Et poterant præterea indigenæ illi magiſtratum novum multa de ingenio, & moribus popularium, nec non de his, quæ propria huic provinciæ forent, docere. Poſtea illam de adſeſſoribus prohibitionem ad quævis alia officia, in provinciis gerenda porrexit Arcadius in *l. ult. C. de crim. ſacril.* adeo ut ne apparitor quis eſſe poſſit in provincia, ubi natus eſt, aut larem fixit *l.* 3. *C. de diverſ. off.* & *appar. lib.* 12. *Cod.* Latius hæc omnia enarravit Briſſon. *dict. loc.*

cum operam, induſtriam, & tempus, in audiendo cliente, inſpiciendis actis & inſtrumentis, & negotio penitus cognoſcendo is impenderit, æquum non eſt, ut datum condicatur. *l. qui operas* 38. *D. locati.* Aliter, ſi accepto honorario advocatus moriatur, priusquam ſe cauſſæ commiſceat, & paratus ſit ad agendum, quod datum eſt, honorarium repetetur, tamquam cauſa non ſequuta, *l. pen. & l. ult. Cod. de condict. cauſa dat. l. dedi* 3. §. 3. *D. de condict. cauſ. dat.* Illa igitur ratio, quod per advocatum non ſteterit quin patrocinium præſtaret, ſola non ſufficit, ut ceſſet repetitio, ſed aliæ adſunt rationes & circumſtantiæ, quæ illam corroborant. Plane cum advocatus prius moritur, quam honorarium acceperit, ſubeſt quidem illa ratio, honorarium tamen ab ejus heredibus peti non poteſt, quod facilius concedatur rei datæ & acceptæ retentio, quam non datæ petitio, *l.* 2. *Cod. de fideicommiſſ. l. per retentionem* 4. *Cod. de uſuris.* Ego arbitror duas eſſe præcipuas rationes legis noſtræ. Prior ex eo ducitur, quod aſſeſſores & alii comites, qui publicis ſtipendiis fruuntur, ex alio loco aſſumi debeant, quam ex provincia, in quam mittitur legatus. Id autem cum magnis impenſis & ſumptibus fiat, ſcilicet ut in alienam provinciam comitentur legatum, æquum eſt, ut erogationes jam factæ ſarciantur, ac reſidui temporis ſalarium percipiant. Poſterior ratio ex eo promitur, quod exiguum tempus illis præſcribebatur, nempe quatuor menſium, *l. hi qui* 37. *D. ex quib. cauſ. major. l. in conſiliariis* 10. *Cod. de aſſeſſorib.* Et fortaſſe brevius ab ipſo legato, quare conveniens eſt, ut qui tam multa in profectione erogavit, cum perexiguum tempus ſuperſit, integrum ſalarium habeat, quo damna, quæ perpeſſus eſt, aliqua ex parte ſarciantur. Bartolus & alii movent hoc loco aliquot Antinomias & difficultates, quas nos paucis excutiemus. Primum objicitur adverſus legem *diem functo*, lex *Sejo* 10. *pr. D. de annuis leg.* in qua teſtatrix, quæ tres filios habebat, Sejo legatum reliquit, ſi negotiis eorum ſe immiſceret. Cum autem duo filii e vita deceſſiſſent, Papinianus cenſuit pro parte ſuperſtitis legatum Sejo deberi, quia tam labor quam pecunia diviſionem recipiunt. Ergo cum labor & præmium recipiant diviſionem, ſalarium aſſeſſoribus debetur tantum pro eo tempore, quo legato inſerviverunt. Varie refelli poteſt hæc lex, primum eum Curtio juniore, ut de legato conditionali loquatur, quod certum eſt non deberi, niſi impleta ſit conditio, *l. legatum* 4. *Cod. de condit. inſert.* nec obſtat vulgaris regula, quæ ait conditionem haberi pro impleta, quoties non ſtat per eum, qui dare aut facere debet, quo minus impleatur, *l. jure civili* 24. *D. de condit. & demonſtrat.* illa enim locum non habet in conditionibus, quæ per rerum naturam impleri non poſſunt, *d. l. legatum* 4. Secundo reſponderi poteſt, aliud juris eſſe in contractibus, & aliis viventium actionibus, vel actibus, quam in his, quæ teſtamento relinquuntur, itaque qui ad tempus operas ſuas locavit, ſi per eum non ſteterit, quo minus eas præſtaret, integram mercedem conſequitur, quia alteri potuiſſet eas locare, & fortaſſis majorem mercedem conſequi, & ideo propter id, quod intereſt mercedem integram conſequitur. *l. qui operas* 38. *pr. l. ſi in lege* 24. §. *colonus penult. l. dominus* 55. §. *ult. D. locati.* Nos arbitramur, rationes ſuperius a nobis allatas, hunc tollere obicem, nam legatarius in *d. l. Sejo* 10. neque ſedem mutavit, neque ſumptus

fe-

fecit, neque peregre profectus est, sicut assessores in *l. diem functo* 4. *D. de assessor.* Secundo objicitur *l.* 1. *Cod. de re militari, lib.* 12. *eod.* in qua Antoninus rescripsit, reverso postliminio ejus temporis stipendia non deberi, quo apud hostes fuit. Nos respondemus illam legem de desertore loqui, qui postea restitutus fuit, ut indicat verbum *restituto*, & probat lex 5. *illius tit.* Aliter enim reverso ab hostibus totius temporis integra stipendia solvuntur & præstantur. *l. non omnes* 5. §. *penult. & l. pen. D. de re militari.* Tertio opponitur *l. si quis domum* 9. §. *Imperator* 4. *D. locat.* quo loco, abacto grege a latronibus, is, qui conduxerat, mercedem futuri temporis non præstat. Opponitur etiam *l. Ex conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *D. locati.* Ubi amissa navi precium, quod pro vectura datum erat, Navarchus restituit, quia munere vehendi functus non erat, quod in ceteris personis quoque observandum est, ut ait Papinianus. Nos dicimus ad *l. Ex conducto* 15. nihil cæptum nec actum fuisse a Navarcho pro vectura, proinde cum res integra adhuc esset, jure repeti quod datum est. At in *l. diem functo* 4. comites natale solum deseruerant, & magnos sumptus fecerant in profectione, & comitatu legati. Cæterum in *l. si quis domum* 4 §. *Imperator.* 4. *D. locati.* residui temporis merces non debetur, quia conducto grege jam abacto frui non poterat, & locator præstare debet, ut frui liceat, *l si in lege* 24. §. *colonus* 4. *D. loc.* Postremo adversus legem nostram pugnat, quod Respublica non debeat duplici onere prægravari. *l. utilitas* 3. *de primipilo lib.* 12. *Cod.* ita autem eveniet, si stipendia debeantur comitibus mortui legati, nec non comitibus novi successoris. Resp. id quidem evenire in salario, quod advocatus defunctus acceperat, cum iterum dandum sit advocato alteri, ut patrocinetur: id tamen non contingere in themate nostræ legis, quia priusquam novus successor mittatur, & is assessores & alios comites assumat, defuncti comites e provincia migrabunt. Nos facilioris doctrinæ causa, totam disputationem in aliquot theses contrahemus. Prima erit. Diem functo perpetuo magistratu, salarium residui temporis ejus heredibus non deberi.

Altera. Idem juris esse in temporariis magistratibus, licet Interpretes contra sentiant: ratio in promptu est, quoniam stipendia debentur ratione magistratus & functionis, extincto igitur magistratu, stipendia deberi non possunt, cum accessorium non sit sine principali *l. cum principalis* 178. *D. de reg. jur.* sicut nec accidens sine subjecto, *l.* 4. §. *si modus* 1. *D. de act. empti*, nec relatum sine referente: accedit, quod præmium esse nequeat, ubi non est labor.

Tertia thesis. Mortuo magistratu, ejus comites residiu temporis salarium percipiunt, si modo sint ex alio loco assumpti. Et cum eo in provinciam profecti, ut in ejus comitatu exiguo tempore morarentur.

Quarta. Cum multa sunt advocatis fisci concessa privilegia, tum illud præcipue, ut si Calendis Januarii fuerint Romæ inter comites Sacri Consistorii, quamvis moriantur, transmittant ad heredes totius anni salarium, *l. post.* 15. §. 1. *Cod. de advoc. diverf. judicior.* Rationem autem illam, quod sufficiat, eos Kal. Januarii fuisse Romæ, Interpretes non observarunt. Cæterum *lex* 4. *Cod. de advocat. fisci* eam nobis suggerit. Et sane in Gallia, Equites

ordinis Regii, qui Sancti Spiritus dicuntur, si Kalendis Januarii Lutetiæ sacris interfuerint, quæ solemni anniversario ritu peraguntur, mille Scutatos Gallicos percipiunt, ac transmittunt ad heredes, quamvis postridie moriantur, vel inde discedant.

Quinta. Hoc etiam privilegii concessum est militantibus in Sacris Scriniis, & aliis quibusdam, ut uno ex iis defuncto, ejus heredibus ac successoribus totius anni solatia debeantur, id est salaria *l. ult. Cod. de domesticis & protectorib. l. si quis* 11. *de proxim. Sacrorum scrinior. lib.* 12. *Cod.* hoc tamen privilegium non habuerunt tempore Plinii, ut ipse testatur, *lib.* 4. *epist.* 12. unde fit, diversum esse jus commune, nimirum ut mortuis magistratibus, vel aliis, qui officium aliquod gerunt, pro rata solum temporis, quo munere suo functi sunt, stipendia heredibus debeantur.

Sexta. *Lex qui operas* 38. *pr. D. locati* locum non habet, cum is, qui operas suas uni locavit, potest easdem alteri locare, quoniam tunc cessat id, quod interest illius, nec ferendus est, si malit desidiam consectari, ut alteri afferat præjudicium.

Septima. Quoties culpa vel facto locatoris, vel propter vitium rei accidens, ejus usus impeditur, conductor pensionem præstat, aut mercedem pro rata ejus temporis, quo frui potuit, *l. habitatores* 27. *l. qui insulam.* 30. §. 1. *D. locati.*

Octava. Si culpa vel facto conductoris impedimentum aliquod obtigerit, integra merces ab eo exigetur, veluti si nave conducta, illicitas merces imposuerit, quæ postea commissæ sunt, & fisco applicantur, is enim integram mercedem exsolvit, *l. pen.* §. *navem* 2. *D. locati*, simile exemplum est in *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *D. eod.*

Ultima & nona thesis. Cum quis rem & operas locavit, si nihil actum sit, nihil debebitur, & si quid datum fuerit, condicetur.

Hic occurrunt aliquot quæstiones, quas Bartolus & alii diligenter exagitant, tum hic, tum in *l. Ex conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *D. locat.* & *l.* 1. §. *Divus* 13. *D. de variis & extraordin. cognit.*

Prima est, si civitas celebris academiæ aliquot menses obsessa sit & oppugnata ab hostibus, quoniam silent leges inter arma, & omnes ingenuæ artes conticescunt, ut ait Tullius; an ejus temporis salaria & emolumenta legum Professoribus debeantur? Et Baldus deberi putat. Et sane in doctoribus & advocatis exantlati labores spectantur, *l. suggestionem* 1. *Cod. de advocatis diverſ. judicum*, itaque stipendia illis præstantur non solum propter operam, sed etiam propter jam partam multis laboribus eruditionem, unde merito a nostris improbatur Glossa Can. *non licet* 21. *q.* 3. quæ ait nihil esse dandum advocato, qui absque revolutione librorum, de jure respondet, & consilium impertitur, nam in *d. can. non licet* Divus Augustinus ait, licere advocato justum patrocinium vendere, & Jurisconsulto rectum consilium, non enim illud dari potest nisi ante magnis sumptibus, & summo labore quis legum scientiam comparavit. Illud dubitationis incurrit, si juris Professor initio anni moriatur, an ejus heredes totius anni petere possint salarium? Et Bartolus posse censuit. Movet primum *l. post duos* 15.

§. 1.

§. 1. *Cod. de advocat. diverſ. judicior.* deinde quod unius anni una tantum ſit prælectio, quæ diviſionem non recipiat, ut ad heredes transmittatur, *l.* 7. §. *ult. D ſol matrim.* Sed hæc levis ſunt momenti. Nam *lex poſt duos* 15. *C. de advocatis diverſ. judicior.* loquitur de advocato fiſci, cui ſingulari beneficio illud tributum eſt privilegium, ut unius anni ſtipendia ad heredes transmittat, quemadmodum ante oſtendimus. At vero quod dicitur unius anni unam eſſe tantum prælectionem, quod omnes forte ſint ejusdem libri & voluminis, nos non admittimns, cum tempus, prælectiones, & ſtipendia diviſionem recipiant, *l. Sejo* 10. *pr. D. de annuis leg.* Ego itaque putarim, diſcrimen conſtituendum eſſe inter Profeſſores temporales & perpetuos, nam perpetui, qui larem & domicilium ſibi conſtituerunt, quo in loco profitentur, ſi decedant, ordinaria emolumenta ad heredes transmittent pro portione ejus temporis, quo illi vixerint, nam a jure communi ſine principali indulgentia non eſt recedendum, quod vult illam proportionem ſervari *l. his Scholaribus* 14. *C. de erogat. militaris ann. lib.* 12. *Cod. l. fructus* 7. *D. ſolut. matrim.* Quod ſi temporarii ſint Profeſſores ex provincia accerſiti, ut Romæ jus doceant, ſi paulo poſt moriantur, ſumptus, qui a proficiſcentibus facti erunt, non reſtituentur, *l. legatus* 10. §. *ſi quis* 1. *D. de legationib.* neque præſtationes jam ſolutæ, exemplo advocati *l.* 1. §. *Divus* 13. *D. de variis & extraordin. cognit.* & in *l. operas* 38. *D. locati.* Legum Profeſſor ſi permiſſu Superioris, vel Collegarum peregre proficiſcatur, ut cognatos, vel res ruſticas inviſat, integris ſtipendiis fruetur *l. hac lege* 14. §. 1. *de proxim. ſacrorum ſcrinior. lib.* 12. *Cod.* ſi famulus vel pediſſequus, quem certa mercede ad tempus conduxeram, ut operas præſtaret in adverſam valetudinem inciderit, a multis dubitatum ſcio, an ei integra ſtipendia debeantur. Et Accurſius deberi cenſuit, primum quia per illum non ſtat, quominus operas præſtet, *l. qui operas* 38. *D. locati. l.* 1. §. *Divus* 13. *D. de variis & extraordin. cogn.* Deinde quia in illo retinemus uſumfructum etiam tempore infirmitatis, *l. arboribus* 12. §. *de illo* 3. *& ibi Accurſius, D. de uſufruct.* tum quia in *l ſi cui* 38. §. 1. *D. ex quib. cauſſis majores* Ulpianus reſpondit in eo, qui reipublicæ cauſa abeſt, ejus temporis rationem haberi, quo infirmus fuit. Poſtremo urget legem *cum heres* 4. §. 5. *D. de ſtatulib.* qui §. ait, eum intelligi ſervire, qui adverſa valetudine impeditur, quo minus ſerviat. Diverſa tamen ſententia Bartolo, Baldo, Jazoni, & aliis frequentius placuit, quoniam merces promiſſa eſt, ut famulus præſtet, obſequium & operas, nec æquum ſit, ut aliter mercedem ſine labore conſequatur, *l. Ex conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *D. locati*, cui ſententiæ congruit *lex ſi hi* 22. *Cod. de loc.* nec obſtat, quod per famulum non ſtet quo minus ſerviat & operas præſtet. Nam hanc rationem aliæ potiores remorantur, prima, quia dominus dolo & culpa caret nec per eum ſtat, quo minus operæ præſtentur; altera, quia remuneratio non eſt ſine cauſa præcedente, nec ſine labore præmium; eſt autem merces promiſſa propter operas; tertia, aliter hoc eſſet dupliciter premere dominum innocentem, primum quia ejus permagni intereſt, præſtitas fuiſſe operas, deinde quia contra naturam commerciorum pro nihilo cogeretur rependere pecuniam, quarta, individua, ſicut annua vel ſemeſtris præſtatio operarum, ex conſum-

summatione formam recipiunt, *l. ea lege* 51. §. 1. *D. locati. l. si is qui quadringenta* 80. §. *quædam* 1. *D. ad l. Falcid.* ergo ante præstitas omnino operas integra merces exigi a famulo non potest. Non obstat *l. arboribus* 12. §. *de illo* 3. *D. de usufruct.* nam de liberis hominibus nos loquimur, illa vero de servo, quo ægrotante Ulpianus ait usumfructum retineri, sicut & dominium retinetur. Ad *l. si cui* 38. §. 1. *D. ex quibus caussis major.* dicimus, eam loqui de his, qui reipublicæ causa absunt, & lex vult, si propter ægritudinem continuare iter non potuerint, infirmitatis rationem haberi. Sed aliud juris est in famulis & procuratoribus *l. inter certas* §. 1. *D. mandati.* Postremo non obstat *lex* 4. §. 5. *D. de statuliber.* nam favore libertatis obtinuit, ut servire etiam intelligantur ægrotantes. Baldus & Salicetus post Accursium ad *l. Ex conducto* 15. §. 6. *D. locati*, putant integrum salarium famulo tunc deberi, si velit tamdiu postea servire & operas præstare, quamdiu ægrotus fuit. Nec obstat, quod invito creditore solutio non potest prorogari. *l. qui Romæ* 122. §. *Callimachus* 1. *D. de verb. oblig.* nam tunc id verum est cum creditoris interest, non differri solutionem.

Regula, quam Papinianus initio nostræ legis proposuit, duas habet exceptiones, prior est quando comites alium magistratum sequerentur, nam eorum amplius non interest, cum similia stipendia consequuntur, & absurdum sit unum stipendia percipere multorum, *l. hac parte* 12. §. 1. *de proxim. sacrorum scrin. lib.* 12. *Cod.* præsertim cum unus vicem multorum sustinere non possit. *l. si plures* 9. *pr. D. de pact.* Ideo non licet assessoribus, quamdiu assident, advocationis munere fungi, quia qui ad utrumque festinat, nihil bene peragit. *l. ult. pr. Cod. de assessorib.* Ideo non licet plures magistratus vel officia simul obtinere, quod unum alterius functionem impediat, *l. libertus* 17. §. *præscriptio* 3. *D. ad municip. l.* 1. *D. de collegiis illicit.* quo fit, ut publici Professores, quibus advocatione interdictum est, non possint scripto patrocinari, *l. Paullus* 8. §. *Paullus* 2. *D. de legationib.* Nam postulare est causis agendis quoque studio operari. *l.* 1. §. *advocatos* 11. *D. de variis & extraordin. cognit.* qui locus interpretatur *legem* 1. *D. de postulando*; sicut & *legem ult. Cod. de assessorib.* Posterior exceptio, cum legatus a Principe revocaretur. Scribit Capitolinus in *vit. Anton. Pii c.* 8. Antoninum, optimo cuique, nisi Orphito Præfecto Urbi, sed petenti, magistratum non ademisse. Et idem Lampridius de Alexandro scripsit. Unde intelligimus sine delicto legati, vel comitum, veteres Romanos pro arbitrio magistratus non ademisse. Et hæc habuimus ad hanc legem dicere. Ideoque finem imponemus.

Ad legem Privilegia 32. D. de reb. auct. jud. poſſid.

PAULLUS LIBRO SINGULARI REGULARUM.

Privilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſſa, & ſi ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diverſitates temporis in his fuerint.

Quoniam veteres priva, quæ nos ſingula, & privos, quos ſingulos nuncupamus, jam olim vocitabant, lex, quæ in ſingulos homines fertur, ideo privilegium dicta eſt. Cicero *lib.* 3. *de Legib. c.* 4. Gellius *lib.* 10. *cap.* 20. Illud autem irrogari, niſi centuriatis comitiis, vetant leges ſacratæ, vetant 12. Tabulæ, ut idem Tullius ait, in *Orat. pro domo ſua c.* 17. & in *Orat. pro Sextio c.* 30. Inde factum eſt, ut privilegium accipiatur pro jure ſingulari, quod præter, vel contra jus commune ſingularem aliquam facultatem, vel immunitatem, vel prælationem, vel prærogativam tribuit: unde intelligimus, alia eſſe rerum privilegia, alia perſonarum. Privilegia rerum interdum juribus, ut in tit. *qui potiores in pignore habeantur.* interdum locis & civitatibus conceduntur; ut facultas ducendi aquam ex caſtello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico. *l.* 1. §. *permittitur*, 41. *D. de aqua quotid.* item immunitas tributorum, *l. ætatem* 3. §. *rebus* 1. *l. forma* 4. §. *quamquam* 3. *D. de cenſib.* & hæc rerum privilegia tranſeunt ad heredes. *d. l.* 1. §. *permittitur* 41. & aliis proxime citatis. Privilegia perſonalia interitum perſonarum conſequuntur, *l. privilegia* 196. *D. de reg. jur. l.* 1. §. 1. *D. de jur. immunit. l. in honoribus* 8. §. *veteranorum* 2. *D. de excuſat. muner.* At ea tripertito conſiderari ſolent: alia enim competunt ratione contractus, non etiam perſonæ, alia favore negotii, & alia ratione perſonæ. Ratione contractus, veluti, cum quis apud menſularios pecunias depoſuit: nam is eſt ante privilegia, id eſt, ante privilegiatos, *l. ſi hominem* 7. §. *quoties* 2. *D. depoſiti l. ſi ventri* 24. §. *in bonis* 2. *D. de reb. auct. jud. poſſid.* quæ leges primo obtuitu videntur ex diametro pugnare inter ſe, nam dicta *lex ſi hominem* §. *quoties* 2. dicit, illum, qui depoſuit, eſſe ante privilegia; & dicta *lex ſi ventri* 21. §. 2. potiorem ejus cauſſam eſſe poſt privilegia. Nos autem cum Fulgoſio ſic illas conciliamus, ut depoſitarius, qui uſuras a menſulariis accepit, a cæteris creditoribus non ſeparetur: qui vero uſuras non accepit, ſi nummi extant, ante privilegia; ſi non extant, poſt privilegia cæteris creditoribus, qui privilegium non habent, præferatur. Favore negotii & ratione cauſſæ, quam finalem vocant, privilegia perſonalia nonnunquam competunt, veluti, cum quis creditor in refectionem ædificii mutuam pecuniam dedit, hic enim, quia futuro privilegiario ob cauſſam privilegii credidit, prærogativam habet, ut ceteris creditoribus præferatur. *l. ſi ventri* 24. §. *ult. D. de reb. auct. jud. poſſ.* & *l. quod quis* 34. *eod.* Ratione perſonæ indulta ſunt etiam privilegia, quæ duplicem inſpectionem habent; nonnunquam enim ratione ſolius perſonæ

competunt, ut videre eſt in ſcholaſticis, qui peregrè ſtudiorum cauſſa profecti fructus beneficiorum etiam abſentes percipiunt. *cap. ſupra ſpecula, extra de magiſtr.* nec coguntur in legitimam portionem imputare, quæ illis pater ſtudiorum cauſſa ſubminiſtravit. *l. quæ patri* 32. *D. familiæ erc.* Fruuntur & aliis privilegiis; de quibus dictum eſt in *authentic. habita Cod. ne filius pro patre.* Fiſci eadem eſt ratio. *l.* 2. *C. de privileg. fiſci.* Item militum, quibus competit privilegium, ne quæſtionem ſubeant, nec fidiculis torqueantur. *l. nullus* 4. *Cod. ad l. Juliam majeſt. l. milites* 8. *pr. Cod. de quæſt.* Ut quoquo modo ab eis facta teſtamenta valeant. *l.* 1. *l. Divus* 24. *D. de milit. teſtam.* Ut directo poſt pubertatem ſubſtituere poſſint. *l. centurio* 15. *D. de vulgar. & pupill. ſubſt. l. precibus* 8. *Cod. de impuber. & aliis ſubſt.* & partim teſtati & partim inteſtati decedere. *l. miles* 41. *pr. l. quærebatur* 19. *pr. D. de milit. teſtam.* Quin etiam mulieres, propter ſexus fragilitatem, & conſilii infirmitatem, cum pro aliis intercedunt, privilegio Senatusconſulti Vellejani juvantur. *l.* 1. *& ſeqq. D. ad SCtum Vellejanum:* habent & privilegia, ne ob debita, quæ ex cauſſa civili deſcendunt, in carcerem conjiciantur. *Auth. ſed hodie Cod. de cuſtodia reor.* Interdum hujusmodi privilegium, non ſolum ratione perſonæ, ſed etiam ratione rei, de qua quæritur, competit; veluti, cum mulier dotem repetit, vel condicit, habet enim privilegium tum ex ſuo capite, tum favore dotis, cujus cauſſa ſemper & ubique præcipua eſt *l.* 17. *pr. D. de reb. auct. jud. poſſid. l. aſſiduis* 12. *Cod. qui potiores in pignore*, cum ex alia cauſſa mulier idem privilegium non habet, ſicut ſi ex cauſſa venditi vel mutui pecunia ei debeatur. Idem dicendum eſt de actione tutelæ, in qua ſpectatur perſona pupilli, & favor obligationis, ut privilegio ſit locus. *l.* 19. §. 1. *D. de reb. auct. jud. poſſid.*

Sed quo facilius hujus legis enarrationem exſequamur, obſervandum eſt, cum de prælatione creditorum quæritur, ingentem eſſe differentiam inter hypothecas & obligationes perſonales, quod ſubjectæ regulæ ſatis patefaciunt.

Quod attinet ad hypothecas, hæc eſt certiſſima juris regula, priorem tempore poſterioribus creditoribus antepomi; *l. ſi fundum* 4. *l. ſi generaliter* 6. *D. & l. licet* 7. *Cod. qui potiores in pign. hab. l. potior.* 11. *pr. & l. creditor.* 12. *D. eod.* quoniam, ut Antoninus Imper. reſcripſit, prævalet jure, qui prævenit tempore. *l.* 2. *Cod. qui potior. in pignor.* idque verum eſt etiam, ſi privatus cum republica contendat. *l ſi fundum* 4. *Cod. qui potior. in pign.* vel cum Cæſare; vel cum fiſco: *l. ſi pignus* 8. *& l. ult. pr. D. qui potior. in pign.* item quamvis poſterior ſpecialem, & prior generalem tantum hypothecam habeat. *l. qui generaliter* 2. *D. eod.* Si tamen prior generalem & ſpecialem hypothecam habeat, & ſpecialis ſufficiat ad totius debiti ſolutionem, poſterior ſuper bonis, quæ ſpecialiter obligata alteri non ſunt, executionem facere poterit. *l.* 2. *Cod. de pignor. & hypoth.* Quid ſi prior habeat tacitam hypothecam & poſterior expreſſam; an potior hic erit, cui nominatim & ſpecialiter fundus obligatus eſt? Et reſcriptum eſt, potiorem non eſſe; nam & in pignore tacito locum habet ſuperior regula, *qui prior eſt tempore, potior eſt jure. l.* 1. *Cod ſi propter publ. penſ. l.* 2. *Cod. de privilegiis fiſci.* Idem dicemus, ſi cum uno ſub conditione contracta eſt hypotheca, & dein pure

cum

cum altero. *l. creditor* 12. §. *si primus* 2. *D. qui potior. in pign.* Sed quæramus, an potior in sorte sit etiam potior in usuris? Et respondit Scævola, in omne, quod ei debetur, potiorem esse; *l. Lucius* 18. *D. qui pot. in pign.* aliter tamen in Gallia judicatur, primum quia usuræ conventionales regiis constitutionibus nunquam fuerunt approbatæ, sed tantum illæ, quæ propter moram non solventium a judice infliguntur, ex quo lis contestata est; deinde quoniam inter Christianos usuræ non sunt favorabiles, nec aliquam prærogativam merentur, tum quia absurdum est, ut potior in sorte sit etiam in usuris, quæ post contractam cum aliis obligationem cucurrerunt. Obest primum *l. creditor* 12. §. 4. *D. qui potiores, in pign.* cum ait, posteriorem creditorem potiorem esse, si voluntate prioris res ei fuerit obligata. Respondemus, priorem creditorem tunc jus sui pignoris remisisse videri, *l. Paullus* 12. *pr. D. quibus modis pig. & hypoth. tac. contrah.* Secundo repugnat, quod Diocletianus rescripsit in *l. licet* 7. *Cod. qui potior. in pign.* eum, cujus pecunia res comparata est, omnibus creditoribus anteferri. Respondemus, non sufficere creditam fuisse pecuniam, nisi ei, qui credidit, res sit specialiter obligata, tunc vero is jure præfertur, quia aliter nullum fuisset pignus, nec res fuisset cuiquam creditorum obligata, *l.* 3. §. 1. *D. qui potior. in pign.* Dicet aliquis, quod fieri potest, ut res fuerit aliis creditoribus prius obligata, quam ex pecunia novissime credita emeretur. Respondeo primum, rem anterioribus fuisse obligatam sub conditione, si debitoris efficeretur: deinde, debitam fuisse ei, qui pignus dedit. Tertio obest *l. interdum* 5. *D. qui potior. in pign. in princ.* & *l. creditor* 25. *D. si certum pet.* in quibus is, qui credidit in refectionem ædificii, antiquioribus creditoribus præfertur. Respondeo, probandum esse generaliter, eum qui credidit ad rem conservandam vel reficiendam, anterioribus creditoribus præferri, quia aliter res salva esse non poterat. Cæterum exigimus, ut res nominatim & specialiter fuerit obligata, sicut cum pecunia mutuo datur ob rem comparandam, *l. licet* 7. *Cod. qui potiores in pign.* Quarto repugnat, quod munitus publico instrumento, licet posterior, ei tamen præfertur, qui chirographo, vel alia privata scriptura subnixus est; nisi habeat ea trium testium subscriptiones, sive signacula, *l. scripturas* 11. *Cod. qui potiores in pign.* Respondeo, id receptum propter fraudes, quæ facile committi possunt, retrorsum ementita die ad frustrandos antiquiores creditores. Quinto adversatur *auth. item possessor. Cod. qui potior. in pign.* Sed ibi propter inficiationem anterior creditor cedit posteriori, & ea pœna ratione mendacii irrogatur. Sexto obest *l. si qui* 28. *D. de jure fisci* (*c*) quæ ait, in bonis postea quæsitis fiscum anterioribus creditoribus præferri; sed illud est fisci privilegium, quod non æstimatur ex tempore, sed causa, secundum nostram legem. Postremo repugnat *l. Creditor* 12. §. *Titio* 8. *D. qui potior. in pign.* si tertius pecuniam crediderit sub hypotheca fundi Tusculani, ut satisfieret primo creditori; tertius creditor in eadem hypotheca secundo præ-

(*c*) *l. si qui* 28. *D. de jur. fisci.* De hujus Legis vero intellectu & conciliatione cum *l. ult. pr. D. qui pot. in pign.* vid. J. a Costa ad *decret. l.* III. *c.* 21. *sub fin.* & imprimis Cujac. *Obs.* X. 22.

præfertur. Reſpondeo, tertium tunc ſubiſſe locum primi creditoris, & ob id præferri ſecundo, quamobrem Severus & Antoninus reſcripſerunt in *l.* 1. *Cod. qui potior. in pign.* eum, qui ſecundo loco pignus accepit, ſi prioris creditoris debitum ſolvit, vel illud conſignat, jus ſuum confirmare, ut priorem ab hypotheca ſecludat.

Progrediamur ad obligationes perſonales, in quibus poſt Accurſium *hic*, & Dinum in *reg. juris*, *qui prior* &c. omnes Interpretes ſine cunctatione ſtatuunt, chirographarios creditores, qui nullo privilegio nituntur, ſimul admitti, nec ratione temporis alios aliis præferri (*d*): afferunt exemplum depoſitariorum, inter quos ordo temporis non ſervatur, ſed ſimul omnium, qui depoſuerunt, habetur ratio: *l. ſi hominem* 7. §. *ult. D. depoſiti.* ſed contra urget acerrime *lex aſſiduis* 12. §. *duabus*, 1. *in fin. Cod. qui potior. in pign.* ait enim duabus dotibus ex eadem ſubſtantia debitis, ex tempore prærogativam tribui. Ut eam evitent Interpretes, aliud effugium non habent, quam id eſſe ſingulare in dotibus. Atqui tunc concurrunt duo privilegiarii, proinde ad jus commune rediguntur, nec unus adverſus alterum ſuo privilegio utitur; ergo ſecundum jus commune in perſonalibus actionibus, priores tempore poſterioribus præferuntur. Idem videtur a Juliano reſponſum in *l. quoties* 34. *pr. D. de uſufruct.* & ab Hermogeniano *l. quoties* 98. *D. de reg. jur.* ſi quis tamen tueri velit vulgarem ſententiam, dicere poterit, in duabus dotibus haberi rationem temporis, quoniam ſemper ineſt tacita hypotheca, §. *fuerat* 29. *Inſt. de actionib.* neque obeſt *l. ſi hominem* 7. §. *ult. D. depoſ.* nam depoſitarii anterioribus creditoribus præferuntur, & inter ſe concurrunt.

Tertia theſis. Qui munitus eſt hypotheca, præfertur omnibus creditoribus qui perſonales obligationes habent. *l. eos* 9. *Cod. qui potiores in pign. l. reſcriptum* 10. *pr. D. de pact. l. Antiochenſium* 37. *D. de reb. auct. jud. poſſid.*

Quarta theſis. Creditores Privilegiarii, quamvis tempore ſint poſteriores, aliis tamen creditoribus præferuntur, qui hypothecam non habent, *l.* 3. *D. quod cum eo qui in alia poteſt. l. ex facto* 52. §. 1. *D. de pecul.*

Quinta theſis. Tacita hypotheca, quam lex multis caſibus inducit, prælationis non tribuit privilegium, niſi lege nominatim exprimatur. Albericus hujus Theſis confirmandæ cauſſa profert, exemplum matris, quæ ſuſcepta tutela ad ſecundas nuptias convolavit; nam pro ratiociniis tutelæ etiam bona poſterioris mariti jure pignoris tenentur, licet prælationis nullum competat privilegium, *l. ſi mater* 6. *Cod. in quibus cauſis pign. vel hypoth. tac.* Afferunt etiam exemplum rerum, quæ in prædium conductum invehuntur: nam etſi locator in prædio conductionis privilegiarius non ſit, habet tamen in rebus illatis tacitam hypothecam, *l. ult. Cod. in quibus cauſſis pign. vel hyphot. tac.* §. *item Serviana* 7. *Inſt. de actionib.* afferunt denique legatarii exemplum, cui lex jus hypothecæ tribuit, non etiam jus prælationis. *l.* 1. *Cod. communia de legat.*

Sexta theſis. Privilegiarius contra privilegiarium ſua prærogativa non uti-

(*d*) *Aliis præferri.* Hanc ſententiam palam confirmat lex 6. *in fin. C. de bon. auct. jud. poſſid.*

utitur; *l. verum* 1. §. *item quæritur* 6. & §. *ult. D. de minorib.* 25. *ann.* ideo qui ejusdem sunt tituli, si par habeant privilegium, simul admittuntur, ut ait nostra *lex privilegia*, cui suffragatur *l. si hominem* 7. §. *quoties* 2. *D. depositi.* Nec obstat *lex in operis* 26. *D. locati.* Nam, cum unus opus fecit, quod duo susceperant, æquum est, priori, qui operas præstitit, prius satisfieri.

Ultima thesis. Qui nititur præstantiori & magis favorabili privilegio, aliis creditoribus privilegiariis præfertur, *l. satis notum* 4. *Cod. in quibus causs. pign. vel hypotheca tac. contrah.* quoniam privilegia non ex tempore, sed ex caussa æstimantur, ut ait lex nostra, quæ verba omnes tradunt, non procedere in actionibus in rem.

Ad l. naturalis 5. pr. D. de præscriptis verbis.

PAULLUS LIBRO 5. QUÆSTIONUM.

Naturalis meus filius servit tibi, & tuus filius mihi: convenit inter nos, ut & tu meum manumitteres, & ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quæsitum est. In hac quæstione totus ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des: aut do, ut facias: aut facio, ut des: aut facio, ut facias. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur.

Quoniam humana societas, & vitæ communio sine commerciis consistere non possunt, *l.* 2. *D. de nundinis.* rerum ac temporum necessitas contractus nominatos, & innominatos invexit, §. *jus autem* 1. *Instit. de jure nat. gent. & civ.* quorum differentia ex ortu, forma, & effectibus cognoscitur.

Ortu constat, contractus innominatos antiquiores esse nominatis, cum ab initio non esset nummus, neque contractus nominati; sed res cum rebus ob vitæ communionem, & hominum necessitatem solum commutarentur, quemadmodum Aristoteles docet *lib.* 1. *Politic. c.* 6. postea usu exigente & humanis necessitatibus introducta est emptio venditio, locatio conductio, & similes contractus nominati, quos ob utilitatem communicationum jus gentium, atque adeo jus civile comprobavit.

Forma illorum est proprium & speciale nomen, *l. juris gentium* 2. §. 1. *D. de pactis.* quod contractus innominati non habent, qui non transeunt in proprium nomen contractus, sed remanent in generali conventionis appellatione, nec prius sunt συνάλλαγμα, quam caussa intervenerit, id est, datio vel factum *d. l. juris gentium* 7. §. *sed etsi* 2. *D. de pactis.* Verbi gratia, do tibi

veſtem, ut mihi librum des; do, ut aliquid facias; vel facio, ut mihi equum des. Ecce dationem, ecce factum, quod invehit τὸ συναλλαγμα, id eſt, ultro citroque obligationem. *l. Labeo* 19. *D. de verb. ſign.* Contractus innominati nuda conventione iniri ſolent, nec ſunt efficaces, quoad datio, vel factum intervenerit; tunc enim vere ſunt contractus, ac συναλλάγματα, ut ait *l. juris gentium* 7. §. 2. *D. de pactis.* ideo Paullus in *l.* 1. *de rer. permut.* varie emptionem a permutatione ſecrevit: primum, quia emptio ſuum & ſpeciale nomen habet, permutatio generale: deinde, quod in emptione nudo conſenſu conſtituitur obligatio, §. *ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu*, §. 1. *Inſtitut. de emt. vend.* permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet, cum ex placito permutationis nulla actio competat, *l. ex placito* 3. *Cod. de rer. permut.* tertio, in venditione nummum oportet fieri venditoris, ſufficit tamen, eum rem venditam ſimpliciter tradere, & ſe evictionis nomine obligare, modo tradat poſſeſſionem; *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de actionib. empti.* at in permutatione, ſi utrumque pretium ſit, utriusque illud fieri oportet; & ſi merx, ſimiliter utriusque eam fieri oportet: adeo ut Pedius dicat, rem alienam dantem non contrahere permutationem, aliter atque in emptione obſervatur, ſic ergo obſervanda ſunt aut accipienda hæc verba *l.* 1. *D. de rer. permut. ſi vero merx, neutrius*, quaſi id abſurdi, conſequatur, ſi ad regulas emptionis permutationem exigamus, quod Paullus improbat, ſic paucis explanabimus *d. l. primam.*

Præcipui contractuum *effectus* in actionibus elucent. Eæ autem in conventionibus, quæ in proprium nomen contractus transeunt, certæ ſunt & ſpeciales, ut empti venditi, locati conducti, & aliæ ſimiles, *l. juris gent.* 7. §. 1. *D. de pact.* §. *actionum* 28. *Inſtit. de actionib.* in aliis vero conventionibus, quæ non ſuo nomine ſtant, poſtquam cauſſa ſequuta fuerit, id eſt, datio vel factum, generales actiones competunt, nempe de dolo condictio datur, & actio in factum. De actione de dolo diſſeremus in §. *quod ſi* 3. *l. naturalis.* & de condictione ſatis diligenter, ut arbitror, ad *librum* 4. *Cod.* diſſeruimus. Illud tantum notabimus, eam proponi, ut datum ob cauſſam, ea non ſequuta, reddatur, *h. l.* 5. §. 1. *de præſer. verb. l.* 1. *in fine D. de rerum permut.* quo loco ſubintelligitur particula, *ſolum*, ut recte Accurſius (*e*) obſervavit, ſicut in illo Euangelii, *non eſt vobis colluctatio contra carnem, & ſanguinem, ſed contra poteſtates & dominationes.*

Actio in factum patet latiſſime, ideoque oriri dicitur ex variis cauſſarum figu-

(*e*) *Ut recte Accurſius.* Imo vero Cujacius *Obſ.* XXIII. 28. haud immerito nihil ſubaudiendum putat: quidquid enim in *d.* § *ult.* dicitur, per τὸ *igitur* derivatur ex præmiſſa Pedii ſententia, adeoque intelligendum de eo, qui rem alienam dedit, ut nempe hic non obliget ſibi alterum ex permutatione, nec agere præſcriptis verbis poſſit, ut ſibi viciſſim detur. Ceterum quod Pedius Paullusque de re aliena tradunt, accipiendum de ejusmodi re, in quam danti nihil juris competit: nam b. f. poſſeſſor, quum permutando alteri Publicianam præſtet. *l.* 7. §. 5. *D. de Publ. in rem act.* & uſucapiendi facultatem, procul dubio, & hunc ſibi obligat. Conf. Merill. *Variant. ex Cujac.* 1. 28.

figuris, non modo civilium, ſed etiam criminalium, *l.* 1. *D. de obl. & act.* quod perſpicuum facit diviſio actionum ab Ulpiano tradita in *l. actionum* 25. §. 1. *D. de oblig & actionib* ſi conferatur cum diviſione obligationum, quam Cajus prodidit in *l.* 1. *pr. de obl. & actionib.* illæ enim dividuntur in obligationes & actiones ex contractu, ex maleficio, ſeu peccato, & in factum, ſeu ex variis figuris cauſſarum; ita ut Cajus Ulpiani diviſionem interpretetur & contra. Actio in factum vel civilis eſt, vel prætoria, civilis nuncupatur incerta in factum actio, in *l. rebus* 6. *Cod. de rer. permut.* & in *l. juris gentium* 7. §. 2. *D. de pactis*, cum ait, incertam actionem dari, item præſcriptis verbis, licet quidam poſt Haloandrum reponant *incerti* actionem. Cæterum hæc actio incerta dicitur, quoniam nec proprium nomen habet, nec certam & ſolemnem formulam, quæ edicto prætoris comprehenderetur, ſed eam demum, quam litigantes prætori ſuggerunt: interdum appellatur in factum actio: *l.* 1. *D de rer. permut. l. ſi tibi* 13. *pr. hoc tit.* frequentius autem nuncupatur actio præſcriptis verbis, quoniam præſcriptis in factum verbis rem geſtam demonſtrat, *l. cum mota* 6. *Cod. de transact.* id eſt, negotium bona fide geſtum, *l.* 1. *D. de æſtimat. act.* quoties igitur deficiunt vulgares & uſitatæ actiones, præſcriptis verbis agendum eſt: *l.* 2. *& l. quoties* 21. *hoc tit.* cum enim pro ſingulis negotiis non ſint jure civili proditæ actiones, quando plura ſint negotia, quam vocabula, *l.* 4. *hoc tit.* merito hoc jus præſcriptis verbis actionem introduxit, quæ ad varia & diſparia negotia accommodatur. Competit itaque hæc actio in id, quod noſtra intereſt, fidem placiti ſervari, *l. cum precibus* 4. *Cod. de rer. permut. l. naturalis* 5. §. 1. *hoc tit.* competit etiam pro pacto redhibitionis venditioni confeſtim appoſito, ut ſi vendam tibi fundum ea lege, ut pretio intra biennium oblato, eumdem fundum mihi tranſcribas, id eſt, redhibeas, hoc enim ſignificat *tranſcribere* in *l. ſi vir uxori* 12. *hoc tit.* ſicut in *l. uxorem* 41. §. *agri plagam* 9. *D. de leg.* 3. tunc enim agi poteſt non ſolum actione ex vendito, ſed etiam præſcriptis verbis, *l.* 2. *Cod. de pactis, inter empt. & vend.* quippe quia ex relatione pacti ad contractum exoritur quidam contractus innominatus, unde hæc naſcitur actio: ſed & quoties de nomine contractus exoritur dubitatio, tutius ac melius eſt hac actione experiri, ne actor in captiones incidat, ſi certam actionem inſtituerit.

Prætoria in factum actio, tum pro delictis, tum pro negotiis civilibus a prætore datur, quoties non ſuppetunt actiones legibus proditæ. *l. quia actionum* 11. *hoc tit.* itaque in damnis, quæ lege Aquilia non continentur, actio in factum locum habet. *l. ſi ſervum* 33. *in fine D. ad l. Aquil.* Sicut & in caſibus relatis *tit. Inſt. de Obligationibus, quæ ex quaſi delicto naſcuntur*; quin etiam hodie in locum interdictorum ſuffectæ ſunt actiones in factum, quandoquidem ſolemnia judiciorum exoleverunt, & extra ordinem judicia omnia exercentur. *l.* 1. *Cod. de formul. & impetrat. ſublatis.* §. *ult. Inſtit. de Interdict.* Sed Paullum jam loquentem audiamus.

Naturalis meus filius ſerviebat tibi, &c. Contrahentes ingenui ac liberi erant in ſpecie hujus legis, filii autem eorum ſervi erant, quod ex ancilla nati eſſent, & partus conditionem matris ſequatur, *l. partum* 7. *Cod. de rei vindicat.*

cat. Propoſita hypotheſi, Paullus ob rem dati tractatum in quatuor ſpecies diſtribuit, nempe *Do, ut des: Do, ut facias: Facio, ut des*, & *facio, ut facias.* quæ diviſio imperfecta videri poteſt, cum multi ſint contractus innominati, qui ea non comprehenduntur: ut contractus *do, ne facias. l.* 3. *D. de condict. cauſſa data c. non ſeq.* & contractus, *do, ut Lucius Titius faciat:* vel, *ut aliquid contingat, do tibi. l. Senatus* 35. §. *ergo* 3. *D. de mortis cauſa donat.* Imola & Jaſon reſpondent, Juriſconſultum in hac lege non negare, quin plura ſint genera contractuum innominatorum, quam quatuor; quæ interpretatio mihi non probatur; quoniam Paullus ſic ait, *totus ob rem dati tractatus, in illas ſpecies dividitur*, (ſic enim legendum eſſe, & non *totius*, ratio recti ſermonis docet,) at qui totum dicit, nihil excipit, *l. internus* 68. *pr. D. de leg.* 3. Ergo Paullus omnia genera contractuum innominatorum illa diviſione complexus eſt. Bartolus, Fulgoſius & Caſtrenſis ajunt, Paullum ea diviſione complecti contractus tantum relativos, ſeu reciprocos, ut illi loquuntur, objectas vero leges de contractibus intelligi, quibus viciſſim aliquid non datur, vel fit, ſed ex una tantum parte. Atqui cum quis dat veſtem, ne alter ad judicem eat, utrimque aliquid datur vel fit. *l.* 3. *D. de condict. cauſſa dat.* ſicut cum veſtis Titio datur, ut Cajus aliquid faciat, vel ut aliquid obtingat *d. l. Senatus* 35. §. 3. *D. de mortis cauſa donat.* rectius itaque dici poterit, illos caſus eſſe reciprocos, & quatuor hujus legis articulis contineri: nam cum quis dat, ne alter faciat, exoritur contractus, do ut facias, cum ceſſatio ad factum referatur, & factum etiam comprehendat. *l. in facto* 60. *pr. D. de condit. & demonſt.* Cæterum, cum quis promiſit Cajum aliquid facturum, intelligitur promittere, curaturum ſe, ut Cajus faciat, vel daturum operam, ut aliquid contingat. *d. l. Senatus* 35. §. 3. ſicque contrahitur contractus innominatus, *do, ut facias.*

Adhuc objicitur multos eſſe contractus innominatos, qui non ſunt reciproci: ut, ſi gratuitam tibi habitationem dedero. *l ſi gratuitam* 17. *D. hoc tit.* vel pretii explorandi cauſſa rem tradam. *l.* 1. *in fine eod. tit.* ac tunc totum ſpectat ad favorem & unius commodum, tametſi in contractibus reciprocis viciſſim gratia alterius quid dari aut fieri oporteri, *hac l. naturalis* 5. *pr.* Quin Accurſius tradit in *l.* 1. *D. de Oblig. & actionib.* pacta nuda eſſe contractus: ergo illa ob rem dati diviſio genera omnia contractuum innominatorum non continet. Reſpondent Interpretes, contractus non reciprocos proprie contractus non dici, cum ex illis mutua obligatio non naſcatur, ideoque non ſint ultro citroque obligatorii. *l. Labeo* 19. *in verb. contractum D de verb. ſign.* Sed illi graviter falluntur, nec contractus definitionem intelligunt: etenim nemo in dubium vocat, quin mutuum & ſtipulatio ſint proprie contractus, & tamen plusquam manifeſtum eſt, ex illis mutuam obligationem non naſci: proinde ſi qui ſint contractus innominati non reciproci, ideo non minus proprie contractus dicentur, quod unum tantummodo obligent. Sic itaque accipienda eſt Labeonis definitio in *d. l.* 19. *D. de V. S.* ut contractus ſit obligatio, quæ a conventione & conſenſu duorum pluriumve oritur, unde Theophilus *tit de Obligat. Contractus*, inquit, *eſt duorum vel plurium conventio & conſenſus, ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri obnoxus fiat.* Sane

in

in contractibus innominatis, qui ſunt reciproci, priusquam cauſſa ſubſit, nulla oritur obligatio: poſtquam vero unus dedit aut fecit, alter dumtaxat obligatus remanet, qui ex parte ſua non implevit: ergo perperam interpretes & nomen contractus, & ejus definitionem accipiunt, nec verum eſt, quod illi tradunt, multos eſſe contractus innominatos non reciprocos, nam antequam cauſſa ſubſit, nulla naſcitur ex nudis pactis obligatio, poſtea vero fruſtra naſceretur, ſi is, qui promiſerat, fidem placiti implevit. nec obſtat *l. ſi gratuitam* 17. *pr. hoc tit.* nam cum gratuitam habitationem tibi conceſſi, vel commodatum eſt vel precarium, & non nuda conventio, in dubio tamen tutius eſt, ſi de nomine contractus dubitetur, præſcriptis verbis agere. *l.* 1. *D. de æſtimatoria actione.* Idem dicendum eſt cum pretii explorandi cauſſa rem dedi, nam tunc videtur mandatum interveniſſe, ſi gratis factum ſit; ſi pecunia interveniente, locatio. *l.* 1. *D. mandati.* licet Papinianus neutrius contractus meminerit *l.* 1. *hujus tit.* quod Jazon hoc loco notat.

Ad §. primam legis 5. D. de præſcriptis verbis &c.

Et ſiquidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio venditio eſt: ſin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emtionem eſſe, dubium non eſt, naſci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non, ut reddas, quod acceperis, ſed ut damneris mihi, quanti intereſt mea illud, de quo convenit, accipere, vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem datum re non ſecuta. Sed ſi ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præſtare debes

Ait Paullus. *Et ſiquidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio & venditio eſt.* Contra Celſus aperto Marte pugnat, in *l. ult. D. de cond. cauſſa dat.* ait enim, ſi tibi pecuniam dedero, ut mihi Stichum dares, emptionem non eſſe, ſed ſpeciem ob rem dati, hæc autem legum repugnantia capita variis modis conciliari poſſunt. Primo, ut de pecunia numerata hic Paullus loquatur, & Celſus in *d. l ult.* de pecunia, quæ tamquam ſpecies datur, ut pecunia ciſtæ vel ſacco incluſa, aut quæ in arca eſt. *l. talis* 30. §. *item ſi legetur* 6. *& l. ſed ſi certos* 51. *D. de Leg.* 1. tunc enim ſpecies pro ſpecie datur, & vere contrahitur innominatus contractus, *do, ut des.* Deinde, ex conceptione & forma utriusque verborum, legis antinomia tollitur, namque hic ego dedi pecuniam, ut acciperem Stichum, hoc eſt, ut traderes Stichum,

quod in emptione ſufficit, *l. ex empto* 11. §. 2. *D. de actionib. empti.* at in *d. l. ult.* ego dedi pecuniam, ut mihi Stichum dares, ſicque me dominum efficeres, dare enim eſt dominium transferre. §. *ſic itaque* 14. *Inſtit de actionib.* quod in emptione non requiritur, ſicut in contractibus innominatis. *l.* 1. *D. de rer. permut.* Poſtremo ſic illæ leges repugnantes poſſunt conciliari, ut in noſtra §. contrahentes emptionem inire voluerint, a qua abiri non poteſt: in dicta vero *l. ult.* contractum innominatum, in quo pœnitentiæ locus eſt.

Ait Paullus. *Si autem rem do, ut rem accipiam*, &c. Scilicet cum poſſeſſione & dominio, licet in exemplo emptionis ſuperius relato verbum *accipiam*, referatur ad ſolam rei traditionem, quæ in emptione ſufficit, illud enim late patet, ut ait *l. aliud* 71. *D. de verb. ſign.* unde intelligimus, fruſtra noſtros immorari in eo verbo, dum Antinomiam corrigere conantur

Ait Paullus, in actione præſcriptis verbis venire, ut damneris mihi, quanti intereſt, hinc noſtri frequentes eliciunt, præſcriptis verbis actionem in contractibus innominatis pro eo, quod intereſt, ſolum dari, cum illud ſit in obligatione, nec promiſſor præciſe compellatur dare, ſicut in contractibus nominatis obſervatur; *l. ubi autem* 75. §. *ult. D. de verbor. oblig.* ſed eos falli, Petrus a Bella Pertica & Cinus notant, in *l. cum precib.* 4. *Cod. de rer. perm.* Primum, quia *d. l. cum precibus* ait, præſcriptis verbis actionem dari, ut fides placiti ſervetur, ac proinde, ut detur, quod promiſſum eſt. Deinde quia ratio *d. legis ubi autem* 75. §. *ult.* locum habet etiam in contractibus innominatis, propter vim verbi *Dare*, quod innuit præſtandi neceſſitatem. Denique in contractu emptionis, ſi res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur, *l.* 1. *D. de actionib. empti*, ob id tamen venditor a rei præſtatione non liberatur, *l. ex empto* 11. §. 2. *D. de act. empti.* nec repugnat §. noſtra *& ſiquidem*, non enim dicit, id quod intereſt in obligatione eſſe, vel in locum dationis ſubjici, ſicut falſo interpretes prodiderunt, ſed illud actione præſcriptis verbis peti, ſicut & rei datio petitur, quam id, quod intereſt, non excludit, *d l.* 1. *pr. D. de act. empti.* & in §. noſtra *& ſiquidem* Paullus ait *vel ſi meum recipere malim, repetam, quod datum eſt.* In contractibus innominatis licet pœnitere, modo res ſit integra, & ob id condictio datur, *l.* 3. *& l. ult. D. de condict. cauſſa data cauſ. non ſeq.* id tamen non efficit, ut res peti non poſſit, ſed tantum id, quod intereſt, quemadmodum vulgaris ſchola, poſt Bartolum, tradit in *l. ſtipulationes non dividuntur* 72. *pr. D. de verb. oblig.* id enim falſum eſſe, ſatis antea oſtendimus. Illud dubitationis incurrit, quod condictio naſcatur ex obligatione. *l. licet* 42. §. *ea* 2. *D. de procuratorib.* obligatio autem ex conſenſu. *l. obligationes* 1. *D. de act. & obl.* hic tamen nihil de repetitione actum eſt, proinde nec contracta obligatio, nec nata actio. Reſpondet huic argumento Jurisconſultus in *l. is qui* 13. §. *ult. D. commod.* plerumque ultra id, quod nominatim agitur, tacitam obligationem naſci, ut videre eſt in condictione indebiti, & aliis generibus condictionum, inducit enim lex ex tacita & ſecundaria agentium voluntate quamdam efficacem obligationem, ex qua condictio naſcitur.

Ait Paullus, *ſed ſi ſcyphos dedi tibi, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichus erit*, Multa huic §. adverſantur, quorum primum ſumitur ex *l. ult. D.*

de

de condict. cauſſa dat. c. non ſeq. quæ ait, tunc datum poſſe repeti, unde fit, periculum ejus non eſſe, qui ſcyphos dedit. Nos reſpondemus tunc condictionem competere, non etiam actionem præſcriptis verbis, de qua hæc §. intelligitur. Secundo obeſt, quod periculum regulariter ſit domini, *l. pignus 9. Cod. de pignerat. act.* is autem qui ſcyphos dedit, numquam Stichi dominus fuit, cum traditione dominia rerum acquirantur, *l. traditionibus*, 20. *Cod. de pactis*, *l. numquam nuda*, 31. *pr. D. de acquir. rer. dom.* & ideo periculum ad eum non pertineat, qui ſcyphos dedit. Jazon reſpondet, intuitu actionis præſcriptis verbis Stichum interire periculo ejus, qui ſcyphos dedit, aliter condictionem non competituram. Ego hoc planius expono, quoties ante moram ſine dolo & culpa ejus, qui Stichum dare promiſerat, Stichus perierit, is, qui ſcyphos dedit neque Stichum petere poteſt, quia non extat, neque illius æſtimationem, quæ non eſt rei deperditæ ante moram, *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur*, 3. *D. de verb. oblig* neque id, quod intereſt, quod citra dolum vel culpam non intelligitur, *l. unica Cod. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.* ſicque his modis detrimentum interitus Stichi ad eum, qui ſcyphos dedit, pertinere dicitur: non pertinet tamen reſpectu ſcyphorum, quia poteſt illos repetere. Tertio obeſt, quod res intereant periculo moratoris, *l. quod te 5. D. de reb. cred. ſi certum pet. l. ſi ex legati cauſſa* 23. *D. de verb. oblig* ſed cum unus ex parte ſua implevit, alter, ſi non impleat, efficitur morator, ac fruſtrator, *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *D. de act. empti*, *l. curabit 5. Cod. eod.* ergo illius debet eſſe periculum interitus Stichi. Nos reſpondemus propoſitionem veram eſſe, nec non aſſumptionem, ſi de contractibus nominatis agatur, qui bonæ fidei ſunt. Nam in illis cum unus ex parte ſua implevit, ex parte alterius re ipſa mora contrahitur, quam irregularem vocant. Aliud tamen juris eſt in contractibus innominatis, cum reſilire liceat, & datum condicere; quin in contractibus nominatis re ipſa mora non committitur, quoties non ſtat per eum, qui dare debet. *l. lectos* 12. *D. de peric. & commod. rei vendit.* in contractibus autem innominatis, cum unus dedit, protinus mora non committitur, ſi alter dolo & culpa careat, itaque primum ad rei præſtationem agendum eſt, & poſt moram, ut id, quod intereſt, præſtetur, *l. ob eam cauſſam 9. D. hoc tit.*

Ad §. ſecundam legis 5. D. de Præſcriptis Verbis &c.

At cum do, ut facias, ſi tale factum ſit, quod locari ſolet, puta, ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, ſicut ſuperiori caſu emtio.

Ait Paullus, *at cum do, ut facias, &c.* Nullum eſt negotium, quo viciſſim aliquid detur vel fiat, quin verbo permutationis comprehendatur. *l. 1. D. de contrab. empt.* continet itaque permutatio emptionem, conductionem,

locationem & alios reciprocos contractus; ea tamen ab emptione & conductione multum differt, si anguſtiore ſignificatu accipiatur, quemadmodum Paullus in *hac* §. docet: ait enim locationem eſſe, cum pecunia datur, ut quid fiat, id eſt, pro operis alterius, & ideo in locatione duo requiri, nempe pecuniam, & ut factum conſueverit locari. Sed quid amplius videtur eſſe neceſſarium propter *l. ſi pecuniam 5. pr. D. de condict. cauſſa data.* nam ibi data eſt pecunia Titio, ut Romam iret; & tamen non eſt locatio, ſed contractus innominatus *do, ut facias:* ideo plures afferri ſolent ſolutiones. Prima eſt Accurſii & Bartoli, ut illa duo non ſufficiant, quæ noſtra §. exprimuntur, ſed oporteat ejus operas conducere, qui ſolitus ſit eas locare; quæ ſolutio nulla lege vel juris ratione firmatur, & abſurdi id conſequitur inde, quod ſi quis velit Romam mittere litteras, neceſſe ſit, ut locatio contrahatur, cum conducere tabellarium, ſeu curſorem ordinarium, qui ſolitus ſit operas ſuas aliis locare, quod mihi videtur ridiculum. Altera ſolutio eſt ejusdem Accurſii, nec non Bartoli, ut *lex ſi pecuniam 5. pr.* intelligatur de pecunia, quæ data eſt tamquam corpus vel ſpecies, noſtra vero §. de pecunia numerata, quæ ſolutio mihi non probatur, cum ex *d. l. 5. pr.* & ex §. noſtræ verbis elici non poſſit. Tertia ſolutio eſt Curtii junioris, ut lex *ſi pecuniam 5. pr.* loquatur de conductione: & reſpondet vulgari regulæ, qua dicitur, locationem & alios contractus nominatos pœnitentiam non recipere, *l. incivile* 12. *Cod. de rei vindic.* ut ea non procedat in caſu *legis 5. pr. ſi pecuniam*, nimirum cum per promiſſorem non ſtetit, quo minus operas præſtaret, & ex ſua parte impleret contractum, quæ ſolutio etiam rejicienda eſt, cum titulus de condictione cauſſa data, ſatis oſtendat, in *d. l. 5. pr.* de contractu innominato agi, & plusquam manifeſtum ſit, in contractibus nominatis, neque pœnitentiæ neque condictioni locum eſſe; ego itaque putarim, in *d. l. 5. pr.* voluiſſe contrahentes inire contractum innominatum, in quo pœnitentiæ locus eſt, ſicut nec in *l ult. ejusdem tituli* emptionem, quamobrem eo loci ex conducto non agitur, ſed condictione cauſſa data cauſſa non ſequuta.

Ad Verſic. ſi res ſit, non erit.

Si res, non erit locatio, ſed naſcetur civilis actio.

Ait Paullus, *ſi res ſit, non erit locatio, ſed naſcetur civilis actio.* Fruſtra videtur actio præſcriptis verbis dari, quoniam ſi tibi pecuniam dedero, ut Stichum manumittas, nec id facis intra tempus præſtitutum, ex conſtitutione Marci & Commodi ad Victorinum ſervus liber fit, nec opus eſt ulla actione. *l. 2. l. ſi is qui 3. & l. ult. Cod. ſi mancipium ita fuer. alien. ut manumitt. l. ſi quis ab alio* 19. *D. de manumiſſ.*

Reſpondet Fulgoſius poſt Accurſium in hac §. & in *l. dedi* 3. §. 2. *D. de*

de condict. cauſſa data pecuniam datam, ut ſpeciem, puta, in ſacculum ſine ulla numeratione (*f*).

(*f*) Ex conſtitutione D. D. Marci & Commodi ſervus ita venditus, ut ab emtore poſt certum tempus manumittatur, lapſo eo tempore fit ipſo jure liber. *l.* 38. §. 1. *D. de liberal. cauſſ. l.* 2. *l.* 3. *C. ſi mancip. ita fuerit alienat.* porrecta hæc conſtitutio ad mancipium, ea lege donatum. *l. pen. D. qui ſin. manum. ad libert. perven. l.* 20. *pr. D. de manumiſſ. l.* 1. *C. ſi manc. ita fuer. alienat.* ut & ad cauſſam pecuniæ datæ ea lege, ut dominus ipſe manumittat. *l.* 4. *C. eod. tit. d. l.* 38. §. 1. modo pecunia data ſit pro pretio ſervi *d l.* 4. *d. l.* 38. §. 1. nam ſi data eſt nulla pretii, quanti ſit ſervus, habita ratione, ceſſat conſtitutio, agendumque præſcriptis verbis, ut manumittatur, vel pecunia condicenda *l.* 3. *vſ. ſed ſi tibi D. de cond. cauſſ. dat. &c. l.* 5. §. 1. *l.* 7. *D. de præſcript. verb.* quos textus cum conſtitutione Marci & Commodi jam olim ita conciliavit Cujacius ad *l.* 7. *D. de præſcr. verb. in libr.* II. *Quæſtionum Papiniani* & ad *l.* 5. *D. eod. in lib.* V. *Quæſt. Paulli.* In lege porro 19. *D. de manumiſſ.* ponitur quis non ſuos, ſed ſervi nummos peculiares ſub lege manumittendi domino numeraſſe vid. Cujac. *ad d. l.* 19. *in libr.* XXX. *Quæſt. Papin.* & verba *ab invito extorqueri libertas poteſt*, ſatis innuunt, ſervum ejusmodi caſu non ipſo jure fieri liberum, ſed nec actioni præſcriptis verbis tunc locum eſſe puto, verum extra ordinem cogi dominum libertatem præſtare, uti res ſe habet in redemto nummis ſuis, cui hic ſimilis eſt *d. l.* 19. *in fin. l.* 67. *D. de jud.* Illud, quoniam in hanc materiam incidi, addere liceat, eum qui pecunia alii ſub lege manumittendi Stichi dedit, ex nuda pœnitentia repetere eam poſſe. *l.* 3. *vſ. ſed ſi tibi D. de cond. cauſſ. dat. &c.* idque, opinor, ſine diſcrimine, ſive ſine pretii contemplatione, ſive ut pretium dederit: nam & ipſe ſervus, ſub lege manumittendi traditus, condici ex pœnitentia poteſt. *l.* 5. §. 1. *D. eod.* & licet venditus ſervus ex pœnitentia condici nequeat, non magis tamen vendito ea lege, quam donato procedet libertas, ſi non in eadem voluntate perſtet venditor aut donator *l.* 3. *l. pen. D. qui ſin. manum. ad libert. perven. l.* 1. *l. ult. C. ſi manc. ita fuer. alienat.* &c. Nec aliud eſt in *l.* 1. *in fin. D. qui ſin. manum. ad libert. perven.* nam id accipiendum de voluntate venditoris demum poſt mortem emtoris mutata, adeoque eo tempore, quo ſervo libertas jam competebat: ſciendum enim, ſervum, ut intra certum tempus manumittatur, venditum, defuncto intra id tempus emtore, ſtatim fieri liberum, ut egregie diſputat A. Faber. *de Error. Pragmat. dec.* XLV. *err.* 5. *num.* 7. 8. 9. Ceterum periodum finalem modo allegatæ legis *ult. C. ſi mancip. ita fuer. alien. ut manum. Cum — conditionis poteſtatem poſt manumittentis factum repræſentari, optima ratione placuit*, non ſatis ſanam eſſe jam viderunt Cujacius, & A. Faber, quorum ille *Obſ.* XVI. 24. legit *poteſtate*, deleta etiam particula *poſt*; hic *de Err. Pragm. decad.* XCV. *err.* 8. *p.* 723. quod ad τὸ *poteſtate* Cujacio adſenſus, illud *poſt* reformat in *poſſe*. Quod ſi me audias, inſuper pro *conditionis* legendum *conſtitutionis:* ut vera lectio hæc ſit, *cum — conſtitutionis poteſtate poſſe manumittentis factum repræſentari* &c. non enim conditio de ſervo manumittendo, venditioni ejus adjecta, ſed conſtitutio DD. Marci & Commodi, quæ refertur in Lege 2. *C. eod.* manumittentis factum repræſentat hoc ipſo, quod jubeat ejusmodi ſervum, ſimulac mora ei fit in præſtanda libertate, absque manumiſſione eſſe liberum, eaque libertas palam conſtitutioni Imperatorum, non conditioni contrahentium adſcribitur in *l.* 1. 2. 3. *C. eod.* atque ita in *l.* 5. §. 1. *D. de cond. cauſſ. dat. cauſſ. non ſec.* ſi non manumiſerit, *conſtitutio* dicitur *ſuccedere* nempe in locum manumiſſionis, adeoque factum hominis repræſentare. Quin imo ſanum eſt τὸ *poſt* adverbialiter pro *poſtea manumittentis.* Quo non animadverſo, ex *poteſtate* cuſum *poteſtatem*, quaſi vero verbo aliter ſuus deëſſet accuſativus.

Ad Tit. 1. *Libr.* 8. *D.* De Servitutibus (*g*).

Notiſſima eſt diviſio rerum in corporales & incorporales ex Inſtit. Tit. *de reb. corpor. & incorporalib.* De vindicatione rerum corporalium dixit *tit. de rei vind.* In *tit. de uſufr.* tractare cœpit de vindicatione rerum incorporalium, quem ordinem ſequitur ipſe Juſtinianus *tit. Inſtit. de action.* ut conſtat ex §. 1. & §. *æque* 2. hunc autem tractatum perſequitur in *hoc tit. de ſervit.* Servitutes enim dicuntur *jura* prædiorum urbanorum & ruſticorum §. *ult. Inſtit. de reb. corp. & incorp.* Jura corporibus opponuntur *l.* 3. §. 1. *de bonor. poſſeſſ.* & *corporis* dominus ei, qui *jus* habet, puta, ſervitutem *l.* 13. §. 1. *D. de damno infect. Corpora* ſenſu, *jura* intellectu percipiuntur. Papinian. in *l. hereditas* 50. *pr. D. de petit. hered. hereditas etiam ſine ullo corpore juris intellectum habet*, & eleganter Mæcianus *quantitatis corpus ex hereditate, quam jus eſſe conſtat, deduci non poſſe l. cogi* 16. §. *inde quæritur* 3. *D. ad SCtum Trebell.* & Paullus in *l.* 8. *D. de rei vind.* jus pro parte diviſa poſſideri non poſſe, imo *communionem juris ſeparatim intelligi non poſſe* in *l. arbor.* 19. §. *ſi per eundem* 2. *D. comm. divid.* eſt enim jus in ſolidum penes quemlibet ex ſociis, quod vix poteſt admittere communionem: quæ ratio efficit, ut in ſpecie *d.* §. *ſi per eundem* 2., de ſervitute communi ſociis competat actio negotiorum geſtorum, quod & Papinianus probat in *l. liberto* 31. §. *ult. D. de negot. geſtis*, quamvis actio communi dividundo competere videatur, juxta regulam ab eodem Papiniano propoſitam in *l.* 6. §. 2. *verſ. cæterum D. comm. divid.* Eſt igitur ſervitus, ut recte Theophilus noſter, jus quoddam certis modis conſtitutum, quod efficit, ut vicinus vicini onera ſuſtineat, ut apud Siculum Flaccum *de Condit. agror. Viæ ſæpe neceſſario per alienos agros tranſeunt, qua non univerſo populo itinera præſtantur, ſed iis, ad quorum agros per eas vias pervenire neceſſe eſt.*

Et initio quidem, ut Hyginus ſcribit *lib.* 2. *de limitibus agror. diviſis & aſſignatis agris, certæ leges ab agrorum conditoribus dictæ fuerunt, quibus prædia prædiis ſerviunt*, quod & JCtus docet in *l.* 1. §. *ult.* juncta *l.* 2. *D. de aqua & aqua pluv. arcend.* ubi *lex dicta agro* eſt lex auctoritate publica dicta a conditore agrorum, non privata pactio; ut imperite gloſſa voluit; ſed mutata poſtea diviſorum agrorum facie per varias ſucceſſiones, ut in *l. in finalibus* 11. *D.* & in *l.* 2. *C. fin. regund.* & ſubdiviſis agris privata pactione, ut loquitur vetus conſtitutio Tiberii Cæſaris, quæ extat apud Frontinum *lib.* 2. *de limitib. agror.* neceſſe fuit, privata quoque pactione novas quasdam conditiones agris imponere, quas adeo *Impoſititias* Sextus Pædius vocat ad differentiam earum, quæ initio lege publica conſtitutæ ſunt in *l. de pupillo* 5. §. *& belle* 9. *D. de novi oper. nunciat.* ſed prius videtur tantum precario conceſſas fuiſſe ſervitutes, quarum perpetua cauſſa non eſt. *l.* 3. §. 1. *D. de precar.* quod

(*g*) Exſtat ad hunc titulum Commentarius quoque in Theſauro Ampliſſ. G. Meerman *Tom.* 1. ſed minus plene.

quod colligo ex corruptis Siculi Flacci verbis illo loco, *conveniunt precario, uti servitutem præstent.* Sed obtinuit deinde, utilitate suadente, servitutis causam perpetuam esse, & certis modis licere dominis varias conditiones & leges agris suis imponere & dicere, quibus jura agrorum suorum vel augeant, vel minuant, ut loquitur dicta *lex de pupillo* 5. §. *& belle* 9. & ita meliore jure esse cœperunt prædia libera, quæ interpretes vocant *dominantia*, quibus scilicet servitus debetur; deteriora *servientia*, scilicet quæ servitutem debent, ut & M. Tullius ait, in *Orat. pro Lege agrar. ad populum altera c.* 2. Et recte Celsus in *l. quid aliud* 86. *D. de verb. signif. Quid aliud*, inquit, *sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia.* Eadem fere forma Diomedes vetus Grammaticus *lib.* 1. *nomina esse quædam qualiter se habentia* dixit, *ut dexter, sinister*; & Seneca *epist.* 50. *Quid aliud*, inquit, *est animus quam spiritus quodammodo se habens*, quem Cornelius Fronto in *lib. de differentiis vocum*, ait esse *qualitatem viventis:* hoc igitur Celsus voluit, jura prædiorum, id est, servitutes esse prædiorum qualitates, ut colligere licet ex *l. qui fundum* 12. *D. quemad. servit. amitt.* quæ est ejusd. Celsi; nec tamen est admittendum in *d. l. quid aliud* 86. Celsum bonitatem, salubritatem, amplitudinem prædiorum recensere inter jura prædiorum, ut D. Cujacius voluit, nam cum jura prædiorum dicimus, intelligimus servitutes prædiorum *d.* §. 1. *Instit. de reb. corpor.* Hæc jura Celsus ait esse qualitates prædiorum, & particula illa *ut*, adverbium similitudinis, illo loco idem est quod *sicut*, ut glossa eruditissime docuit ad *d. l. quid aliud* 86. & miror, viros eruditos de tam manifesta sententia dubitasse.

Ad Legem primam.

MARTIANUS LIB. 3. REGULARUM.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus & ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum aut urbanorum.

Proponitur in hac Lege ex *lib.* 3. *regul. Martiani*, summa divisio servitutum. Servitutes diximus proprie vocari jura prædiorum, sed & servitutes dicuntur jura personarum, quibus res alienæ personis serviunt. Sic usumfructum JCtus ait *partem* esse servitutis, id est, speciem servitutis *l. recte* 25. *pr. D. de verb. signif.* Summa igitur divisio servitutum hæc est, ut sint vel personarum, vel rerum, utque vel in personam vel in rem constituantur, ut loquitur *lex Cajus Seius* 12. *D. de ann. legat.* personarum servitutes esse ait usumfructum, usum, sunt enim jura ita constituta, ut certæ personæ re aliena liceat vel utisimpliciter, vel uti frui, id est, non solum uti, sed etiam frui, frui enim magis est, quam uti, ut & D. Augustinus docet *lib.* 2. *de doctr. Christiana, uti, inquam, vel uti frui secundum modum jure civili definitum.* Dominus re sua igitur fruitur ex causa proprietatis *l. si cum argentum* 21. §. *penult. D. de*

ex-

except. rei jud. fructuarius vero utitur fruitur re aliena jure ſervitutis, ex cauſſa hujus juris, quod certam formam accepit a jure civili, ideoque recte hic uſusfructus ab interpretibus dicitur formalis, ille vero cauſſalis. Porro hæc jura, quæ perſonarum ſunt, perſonis cohærere dicuntur *l.* 4. *D. de novat.* & cum perſonis ipſis extingui, nec tranſire in ſucceſſores *toto tit. D. quib. mod. uſusfr. amitt.* ſervitutes vero prædiorum, prædiis ipſis vel rebus adhærent §. *pen. Inſtit. hoc tit.* contemplatione prædiorum conſtitutæ ſunt, non contemplatione perſonarum, & hoc ſenſu ſententia prædio, non perſonæ, dicitur dari a judice, qui de prædiali ſervitute pronuntiat in *l. liberto* 31. §. *ult. D. de neg. geſt.* debetur enim fundo, ut recte ſcriptum eſt in veteri quodam lapide: PER HANC VIAM FUNDO M. PHILERONIS ITER ACTUS DEBETUR. recte *fundo*, non *Marco Phileroni*. Obſervandum tamen eſt, aliquando ſervitutes, quæ regulariter prædiorum eſſe dicuntur, dici poſſe ſervitutes perſonarum, ſi contemplatione perſonæ relinquantur, ut loquitur lex 4. *D. de ſervitut. præd. ruſt.* quo caſu ceſſat regula juris tradita in *d.* §. *pen. Inſtit. de ſervit.* & in *l.* 1. §. 1. *D. communia præd.* ſervitutem prædii relinqui non poſſe ei, qui vicinum prædium non habet: hoc igitur caſu utiliter relinquitur ſervitus perſonæ ei, qui vicinum prædium non habet, ut ſine ullo mendo ſcriptum eſt in *l. Mela* 14. §. *ult D. de alim. & cibar. legat.* nam Ulpianus in *d. l.* ad id, quod objici potuit ex dicta regula juris, reſpondet perſpicue, ceſſare hanc regulam, cum non prædii, ſed perſonæ ſervitus eſt, ut in ſervitute geſtandi, in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta vel legumina exprimenda utendi, quas omnes conſtat eſſe perſonales potius quam prædiales, ut latius explicandum erit ad *l. ut pomum* 8. *hoc tit.* Et cum certiſſimum ſit, hauſtum aquæ & pecoris ad aquam appulſum aliquando eſſe ſervitutes perſonæ ex *d. l.* 4. *infra de ſervit. ruſtic. præd.* ſi dicamus has ſervitutes, ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinqui, in eadem cauſſa erunt ſuperiores ſervitutes perſonales, quas tamen utiliter relinqui poſſe conſtat ei, qui vicinus non eſt. Ab iis igitur ſervitutibus perſonalibus argumentum Ulpianus ducit, ne ſequatur hoc abſurdum, inutiles eſſe has ſervitutes, quæ tamen utiles ſunt, ut tandem concludat, utile eſſe fideicommiſſum aquæ, de quo in *d.* §. *ult.* tractatur. Hoc, inquam, infert & concludit in fine *d.* §. his verbis *hæc enim aqua perſonæ relinquitur.* Sic igitur verba *d.* §. legenda & interpungenda ſunt, *nam & ſi* (*h*) *hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appul-*

(*h*) *Nam & ſi* eodem modo noſter & legit, & interpungit, & explicat hunc textum ad §. 3. *Inſt. de ſervit. præd.* item Emundus Merillius ad *l.* 15. *D. de ſervit. in Tom.* 3. *Theſauri Ampliſſ. Ottonis.* νὴ *ſi* habent Hugo à Porta & Baudoza in ſuis quisque editionibus. Taurellius omiſit. Quo minus autem eam particulam, nec non Jani a Coſta interpunctionem, & interpretationem admittere queam, facit, quod, ſi quid conjicio, non in hypotheſi, ſed in theſi eſſe illud debeat, hauſtum aquæ eſſe ſervitutem perſonalem, certe eſſe poſſe: utitur enim Ulpianus exemplo aquæ hauſtus, item exemplo pecoris ad aquam appulſus ad demonſtrandum, aquam, de qua quæritur, perſonale jus eſſe poſſe, nec proinde opus eſſe, ut fideicommiſſarius habeat prædium vicinum. Præterea, enuntiatione iſta *ſi hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus* (pro *ut* legendum hic arbitror & vel *ut &*: ſunt enim hæ

pulſus, eſt ſervitus perſonæ, (id eſt, aliquando poteſt eſſe ſervitus perſonæ, ut in *d. l.* 4.) *tamen ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur, in eadem cauſſa erunt ſervitutes geſtandi* &c. ſublata interpunctione ante illa verba, *in eadem cauſſa*, quæ elegantiſſimum ſenſum turbat. Eadem illatione in hoc tractatu utitur JCtus in *l. ſi unus* 19. *infra de ſervit. ruſtic. præd.* (*i*) ſi omnes ſocii

hæ ſervitutes natura diverſæ, & ab ipſo Ulpiano diſtinctæ in *l.* 1. §. 1. & *l.* 5. §. 1. *D. de ſerv. præd. ruſt.*) *eſt ſervitus perſonæ*; ſignificaretur, has natura ſua & ſemper eſſe perſonales ſervitutes, quod tamen ipſe Ulpianus omnino negat in *l.* 1. §. 1. & *l* 5. §. 1. *de ſerv. præd. ruſt.* nec non Papinianus in *l.* 4. *D. eod.* & de aquæ hauſtu Pomponius in *l.* 20. §. 3. *D. de ſerv. præd. ruſt.* Hoc amplius ſi, poſt τὸ *relinquitur* commate duntaxat poſito, ſequentia uno fere ſpiritu legas, ratiocinium illud ab abſurdo petitum demonſtrabit id, quod demonſtrandum non erat, nempe hauſtum aquæ & pecoris ad aquam appulſum poſſe ei, qui vicinus non eſt, utiliter relinqui. Atqui hoc de aqua per fideicommiſſum relicta, de qua ſola conſultus erat Ulpianus, demonſtrari oportuerat. Non ſolent JCti ita divagari a quæſtione propoſita. Evaneſcent hæ difficultates, ſi cum Cujacio *loc. all.* omiſſa particula *ſi* legamus & interpungamus ita: *Nam & hauſtus aquæ &* (pro *ut*) *pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus: perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur. In eadem cauſſa erunt geſtandi, vel in tuo uvas premendi, vel areæ tuæ ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Hæc enim aqua perſonæ relinquitur.* Poſtrema hæc, quæ proprie continent reſolutionem objectionis antea factæ, illuſtrantur compluribus exemplis præmiſſis, nempe aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, item juris geſtandi, uvas in alieno premendi, vel area aliena ad excutienda frumenta utendi. Hæc enim omnia natura ſua ſervitutes prædiales ſunt, ſed poſſunt quoque perſonæ conſtitui. Cum Cujacio prorſus ſentit Vinnius ad §. 2. *Inſt. de ſervit. præd.* Alii aliter, & varie. vid. Hugonem Donellum *Comment.* XI. *c.* 7. Gul. Maranum in *Paratitl. ad tit. D. de ſervit. p.* 132. *col. a.* Cl. Abraham Wieling. *Lection. Jur. Civ. l.* 1. *c.* 17. qui omnes, non per omnia quidem, ſed tamen in id conſpirare videntur, verba *nam & hauſtus aquæ — exprimenda utendi*, quaſi in parentheſi poſita non ad diluendam, ſed ad confirmandam dubitandi rationem pertinere. Aliter rurſus Marcus Lyclama *Membran. lib.* VI. *eclog.* 11. quorum omnium opiniones ad examen revocare, non fert inſtituti noſtri ratio.

(*i*) Verba Legis 19. *D. de ſerv. præd. ruſt.* ita exhibent Taurellius & Haloander; *ſi unus ex ſociis ſtipuletur iter ad communem fundum, inutilis eſt ſtipulatio, quia nec dari ei poteſt: ſed ſi omnes ſtipulentur, ſive communis ſervus, ſinguli ex ſociis ſibi dari oportere, petere poſſunt: quia ita dari eis poteſt a te: nec ſi ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, inutilis ſtipulatio fiat.* Eodem modo edidit Ludovicus Charondas, ſed Hugo a Porta, vulgatam lectionem ſecutus, poſteriorem partem, de qua ſola mihi Janus a Coſta præbet agendi occaſionem, ſic repræſentat — *quia ita dari iis poteſt a te. Si ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, utilis ſtipulatio fiet*, teſtatus tamen in nota marginali, verba *a te* ex Florentino codice, cujus puram ſervaſſe lectionem credi Taurellius voluit, exulare. Quilibet, opinor, mecum agnoſcet illa *a te* Gallica nive iſthoc quidem loco eſſe frigidiora, quin nec ſatis ei loco convenire, quoniam nulla promiſſoris mentio, nedum in ſecunda perſona, præmittitur, unde ea delet Antonius Faber in *Rational. ad h. l.* 19. Mihi vero iſtæ voculæ primam, nec levem, mendi ſuſpicionem injecerunt. Sed nec ſequentia, ſive Haloandri Taurelliique, ſive Hugonis a Porta lectionem intueamur, prorſus ſana eſſe puto. Nam ſecundum Haloandrum Taurelliumque verbis illis *ne ſi ſtipulator viæ* &c. continebitur ratio, ob quam, ſi omnes ſocii, vel communis eorum ſervus iter viamve ſtipulentur, dicendum ſit, ſingulos in ſolidum agere poſſe,

ſocii ſervitutem ſtipulentur, utilis eſt ſtipulatio, ne hoc abſurdum ſequatur inutilem ſtipulationem fieri, ſi ſtipulator plures heredes reliquerit. Eadem forma Ul-

& quidem ratio, ut Janus a Coſta hic ait, ab abſurdo depromta. Eodem redeunt, quæ ſcribunt Antonius Merenda *Controverſ. jur. Lib.* XV. *C.* 34. *n.* 6. & Antonius Faber *in Rational. ad h. l.* 19. Enimvero nemo eorum me temere traxerit in illam ſententiam, quia, hac diſputatione admiſſa, Paullus JCtus voluerit rem certam derivare ex incerta & controverſa, contra communem diſputandi formam, moremque veterum, qui controverſa definire vel ſaltem argumenta in ſuam ſententiam depromere ſolebant ex ejusmodi capitibus, de quibus inter omnes conſtabat. Nimirum conſtitit inter veteres, ſi omnes ſocii vel communis eorum ſervus iter viamve ſtipulabatur ad fundum communem, ſingulos in ſolidum experiri poſſe. Hoc certe ſine ulla dubitationis aut controverſiæ nota tradit Paullus non modo in Lege noſtra 19. ſed & in *l.* 25. §. 9. *D. fam. erciſc.* Contra, an unius ſtipulatoris heres unus ex pluribus ſolidam viam petere poſſet, controverſum erat. Affirmavit quidem cum Pomponio Paullus noſter in *l.* 2. §. 2. *D. de verb. oblig.* ſed ipſe ibi fatetur, alios exiſtimaſſe, ſtipulatoris morte exſtingui ſtipulationem, quia per ſingulos adquiri ſervitus non poſſit. Hæc diſſentientium opinio quamvis Paullo diſplicuerit, non tamen apparet eam ab ipſo adeo exploſam fuiſſe, ut, etiam ſine ulla refutatione, eam haberet pro abſurda, indeque velut ex abſurdo traxerit argumentum, idque ad confirmandam adſtruendamque rem minime controverſam. Quod ipſum, (pace illorum virorum dixerim) multo mihi dictu abſurdius videtur. Ceterum lectioni vulgatæ non eſt, quod diu immorer. Quî enim Paullus ſcribere potuit, *ſi ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, utilis ſtipulatio fiet?* An igitur, vivo ſtipulatore, fuit inutilis? Et, hoc admiſſo, an potuit tractu temporis convaleſcere contra regulam *Legis* 29. *D. de R. J.* an denique, ætate Paulli, actio, quæ non cœperat a defuncto, ab herede incipere potuit? Horum quodvis, opinor, ſufficit ad explodendam vulgatam lectionem. Et tamen habet ea nonnihil, quod nos adjuvet ad indagandam lectionem veram, veramque, & Paullo dignam ſententiam. Nimirum Paullus, poſtquam de ſociis omnibus ſtipulantibus proxime præmiſerat: *ſed ſi omnes ſtipulenter, ſive communis ſervus, ſinguli ex ſociis ſibi dari oportere petere poſſunt, quia ita* (vel ut A. Faber legit, *tota*) *dari eis poteſt*; voluit inde meo judicio elicere argumentum ad ſtabiliendam ſuam de pluribus unius domini heredibus ſententiam, contra diſſentientes illos, de quibus dicit in *l* 2. §. 2. *ſub fin. D. de V. O.* adeoque evincere, idem juris eſſe oportere in pluribus unius domini ſtipulantis heredibus, quod juris eſſe omnes fatentur in ſociis ſtipulatoribus. Et merito profecto. Etenim, ſi ratio illa, *quia per ſingulos acquiri ſervitus non poteſt* in pluribus unius domini heredibus valeat ad exſtinguendam ſtipulationem, cur non eadem ratio in pluribus dominis ſtipulantibus valebit ad ſtipulationem ab initio reddendam inutilem? Sanequam nihil intereſt, num fundus, qui ſervitute beandus ſit, tempore ſtipulationis plures dominos (dummodo omnes ſtipulentur) habuerit, an deinceps ope ſucceſſionis nactus ſit. Voluit igitur Paullus rapta occaſione ab eo, quod extra controverſiam erat, argumentari ad id, quod in controverſo jure erat poſitum, hunc in modum: „ſi omnes domini ad fundum communem ſtipulantur ſer„vitutem, ſinguli in ſolidum agunt: ergo, ſi unus dominus ſtipulator plures here„des reliquerit, ſtipulatio non fiet inutilis.“ Hæc ſententia ultro prodibit, ſi poſt *quia ita dari eis poteſt* punctum ponamus: deinde pro *a te ne* legamus *quare nec:* denique in fine pro *fiat* quod eſt Florentiæ, e vulgatis *fiet*, ut locus integer ſit. —— *Sed ſi omnes ſtipulentur, ſive communis ſervus, ſinguli ex ſociis ſibi dari oportere petere poſſunt, quia ita dari eis poteſt. Quare nec ſi ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, inutilis ſtipulatio fiet.* Sic particula *quare* ex fatuo *a te* confecta egregie

Paul-

Ulpianus ait, utilem esse hanc servitutem personæ, ne cæteræ personales servitutes fiant inutiles, si personis relinquantur, quæ vicina prædia non habent. Ex his apparet, necessariam non esse negationem, quam D. Cujacius ad *l.* 1. *de servit. rustic. præd. tom. VII. Operum omnium*, addendam esse voluit illo loco.

Ad leg. secundam.

ULPIANUS LIB. 17. AD EDICTUM.

Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest.

Diximus, dominis permissum esse jure civili prædiis suis servitutes imponere, sed quia varia sunt dominorum genera, merito de quibusdam dubitatum fuit, qui non videntur plene & absolute domini, v. g. provinciales, olim qui in provinciis stipendiaria & tributaria prædia possidebant, non erant domini prædiorum, sed, ut Theophilus scribit in §. *per traditionem* 40. *Institut. de rer. divis.* usum quemdam & detentationem habebant, quæ tamen detentatio proxime ad dominium accedere videbatur, habuerunt enim dominium in bonis, & ideo ab eodem Theophilo bonitarii dicuntur, ad differentiam eorum, qui dominium habent ex jure Quiritium, & Quiritarii domini dicuntur. Quæsitum igitur fuit, an liceret provinciali in provinciali prædio servitutem imponere, id est, quod in jure civili datum est domino, huic domino concedendum sit, qui proprie & absolute dominus non est? Et rescriptum est, hoc permittendum provinciali vel propter plenissimam illam detentationem: idemque dicendum est de emphyteuticario, qui fundum vectigalem jure

Paullo inservit ad confirmandam novo argumento, dum aliud agit, sententiam suam de pluribus unius domini stipulatoris heredibus. Ceterum si quis, me audacior, penitus ut spuria proscribere velit τὰ *sibi dari oportere*; nec non illa, *quia ita dari eis potest* haud multum ei refragabor, dummodo e voce *quia* retinere tunc mihi liceat duas litteras priores, quo facilius formem sequens *quare*. Potuerunt enim litteræ *qu* a ceteris paullulum distractæ juris studioso cuipiam dedisse ansam supplendi improvide, quæ deësse putabat, imprimis si pro *are* legeret *a te*. Quicquid sit, ambæ certe illæ pericopæ abundant, magisque sciolum, quam veterem JCtum, nedum Paullum, brevitatis studiosissimum, sapiunt. Neque tamen antesignanus ero in illis ejiciendis, quia, quod ad sententiam, nihil nobis turbarum dant: sic enim existimo, utique in jure civili moderate utendum esse critico esse, & quantum ad eruendam veterum mentem aut clariore in luce collocandam sufficiat, exemploque pernicioſum esse, quicquid omissum dictionis elegantiam paullulum promoveret, protinus resecare. Atque hæc ubi ad Legem nostram 19 meditatus fueram, comperi, Eruditissimum Anonymum, cui debemus inclitum opus, Parisiis anno MDCCXLVIII. editum sub titulo *Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ*, in notis ad hunc textum per conjecturam quoque legisse *nec —— inutilis —— fiet*, intactis tamen illis *a te*, quamvis manifestum mendum præferentibus.

jure emphyteutico poſſidet: huic enim, quaſi domino, utilis actio in rem, comparata ad inſtar directæ, quæ vero domino competit, jure civili data eſt *l.* 1. *D. ſi ager. vectig.* Hi igitur licet non ſint vere domini, quodammodo habentur pro dominis, & hoc jure ſervitutem imponere poſſunt. At ſuperficiarius, qui ſcilicet in alieno ſolo ædificium habet, & dicitur habere jus ἐμβατευτικὸν in *l.* 3. §. *ſi jus* 4. *D. de rebus eor. qui ſub tut. vel cur.* non potuit imponere ſervitutem, quia hoc jus afficit & occupat tantum ſuperficiem, non ſolum; & ita fit, ut concurſu domini ſoli elidatur quodammodo jus, quod habet ſuperficiarius, ſuperficies enim ſolo cedit. Superiores vero jus habent in ſolo & ſuperficie; ſed ſuperficiario, hac in parte a jure civili deſtituto, ſuppetias tulit jus Prætorium, quod augendi & ſupplendi juris civilis gratia introductum eſſe conſtat; Prætoris enim tuitione defenditur ſervitus ſuperficiaria *l.* 1. §. *ult. D. de ſuperficieb.* An autem domino, qui plenam proprietatem non habet, qui caret emolumento rei, id eſt, uſufructu, ut eleganter loquitur *lex Mævius* 66. §. *fundo* 6. *D. de leg.* 2. idem quoque permittendum ſit, tractatum fuiſſe conſtat ex *l.* 15. §. *ult. D. de Uſufr.* (*k*), & reſponſum eſt, ne quidem conſentiente fructuario poſſe ſervitutem imponere dominum proprietatis, niſi, ut ſubjicit *lex* 16. *D. eod. tit.* talis ſervitus ſit, qua impoſita deterior non fit conditio fructuarii. Sed belle quæritur, quare nihil præſtare poſſit conſenſus fructuarii, ſi talis ſervitus ſit, qua deterior ejus fit conditio; ratio perſpicua hæc eſt, quia conſentiens fructuarius videretur imponere ſervitutem; quod domino tantum licet, vel ei, qui pro domino habetur, fructuarius vero nulla parte rei dominium attingit. Ex ſuperioribus gradatim perveniendum eſt ad quæſtionem in hac lege propoſitam: quid dicendum ſit de pluribus dominis unius & ejusdem rei, qui in fundo puta vel ædibus partes pro indiviſo habent; hi enim, quotquot ſunt, vere & abſolute ſunt domini partium, quas habent in re communi. Hæc eſt quæſtio, quæ proponitur in *hac l.* 2. quæ ſumpta eſt ex *lib.* 17. *Ulp. ad edict.* quo libro Ulpianum tractaſſe de uſufructu colligere licet ex inſcriptione multarum legum, quæ extant in præcedentibus titulis. In hoc autem tractatu idem ſcripſiſſe videtur Ulpianus, quod Papinianus ſcripſit in *l.* 5. *D. de uſufr.* ſervitutem perſonalem uſusfructus ab initio & pro parte indiviſa conſtitui poſſe, & pro parte diviſa; aliud tamen obtinere in ſervitute reali, quæ ab uno ex ſociis pro parte indiviſa, conſtitui non poteſt. Ratio differentiæ perſpicua hæc eſt, quia ſervitus perſonalis uſusfructus dividua eſt, quia conſiſtit in jure percipiendorum fructuum, qui dividi poſſunt. *l.* 1. §. *ſi uſusfr.* 9 *D. ad leg. Falc.* ſervitus vero realis in facto conſiſtit, quod non poteſt explicari in parte in-

(*k*) Vide quæ de hoc textu, item de ſequente Lege 16. & de Lege 17. *pr. D. de Uſufr.* ſcripſit pater meus Jacobus Voorda *Electorum libro ſingulari C.* 10. nec non, quomodo is ſuam aliorumque interpretum ſententiam de ſenſu dictæ Legis 15. §. *ult.* tuitus ſit contra Virum Clariſſimum Jacobum Perizonium, cujus argumentis perculſus quondam Bernardus Henricus Reinoldus de ſententia fuerat dejectus; in ejusdem patris mei Interpretationum & Emendationum editione noviſſima *lib.* III. *c.* 13.

intellectuali, id est, in parte, quam in re communi pro indiviso habet quilibet ex sociis, hæc enim pars intellectu tantum percipitur, ut nominatim ait *lex* 5. *D. de stipul. servor.* Exempli gratia, unus ex dominis vult concedere Mævio servitutem tigni immittendi in parietem communem, non potest Mævius tignum in parietem immittere, quin immittat in omnes partes omnium sociorum, quia in qualibet parte parietis, imo & in quolibet lapide, vel cæmento, omnes domini partes pro indiviso habent; ideoque receptum fuit, omnes imponere debere *l. unus* 34. *D. de servit. rust. præd. l. ult. D. comm. præd.* & hoc est, quod ait, unus ex dominis non potest, quod omnes possunt.

Ad Leg. tertiam.

PAULLUS LIB. 21. AD EDICTUM.

Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.

Accursius duas hujus legis interpretationes adfert: secunda, in qua acquiescere videtur, & quam omnes fere veteres interpretes amplectuntur, plane falsa & inepta est, ut apparet ex *l.* 20. *D. de servit. urban. præd.* in qua non servitutes a superficiario constitutæ, quas jure prætorio tantum constitui posse jam docui; sed servitutes urbanæ, quæ ab ipsis dominis jure civili recte constituuntur, dicuntur in superficie consistere: verius igitur est, quod initio dixit, servitutes rusticas in solo consistere, servitutes urbanas in superficie, & ita interpres Græcus Constant. Harmenopulus *lib.* 2. *Epit. tit.* 4. §. 126. *si quis*, inquit, *aut lata via, aut angusta per alienum agrum transire, aut aquam ducere possit, servitus hæc soli dicitur: ubi vero aut tignorum in vicini ædes immittendorum, aut aquæ ex tegulis effundendæ, id est, stillicidii, aut oneris immittendi jus habet quisquam, nominatur servitus in superficie*, quod & ex veteribus Latinis fidelis interpres Odofredus. Sed hoc enucleatius explicare debeo. Vult igitur, opinor, JCtus, servitutes in solo proprie consistere, quæ ad utilitatem fundi sive soli constituuntur, fundi, inquam, dominantis, cujus respectu servitutes dicuntur jura prædiorum, & quarum effectus, vel utilitas explicatur in alieno solo, quod scilicet servitutem debet, ut in exemplis supra propositis: servitutes urbanas proprie in superficie consistere, quia, ut est in §. *prædiorum urbanorum* 1. *Instit. hoc tit.* ædificiis inhærent; *ædificiis*, inquam, quibus debentur, ut ususfructus personis inhærere dicitur, quibus debetur, ut recte Cujacius in *posterioribus notis Instit.* porro ædificium quamvis regulariter ex solo & superficie constare dicatur in *l. eum qui* 23. *pr. D. de usurp & usuc.* tamen proprie superficium vel superficies dicitur, ut in *l. domo* 21. *D. de pign. act.* & in hoc tractatu manifeste separatur a solo. Ratione igitur superficiei, cujus contemplatione servitus urbana constituitur, & cujus respectu dicitur servitus urbana, quamvis ædificium in villa positum sit, ut ait nominatim *d.* §. *prædiorum* 1. servitus urbana in su-

perficie consistere videtur: & hac ratione in *d. l* 20. *D. de servit. urb. præd.* servitutes urbanæ quasi facto quodam & possessione retineri dicuntur, quod procedere non posse in servitutibus rusticis JCtus ait in *l.* 14. *D. hoc tit.* ubi negat servitutum rusticarum continuam esse possessionem, quæ tantum in servitutibus urbanis, quæ in superficie consistunt, potest esse continua. Hanc sententiam bellissime confirmat elegans species & interpretatio legis *certo generi* 13. *D de servit. rust. præd.* quæsitum fuit apud veteres, an certo generi agrorum, puta vineis, servitus constitui possit? ratio dubitandi hæc fuit, ut ex *d. l* colligere licet, quia, si servitus contemplatione vinearum constituatur, videtur ad superficiem potius, quam ad solum pertinere. at contra naturam servitutis rusticæ, de qua scilicet in *d. l.* tractatur, hoc est, ut ad superficiem tantum, non ad solum pertineat, respicit enim servitus rustica utilitatem fundi, utilitatem soli, & constituitur, non, ut eleganter Apulejus *lib.* 1. *Floridor.* loquitur, ad putandam vineam, vel inoculandam arborem, sed ad proscindendum ipsum solum, ideoque apud veteres dubitatum fuisse constat, utrum servitus pastus pecoris, vel pecoris ad aquam appulsus recenseri debeat inter servitutes rusticas, ut constat ex §. *inter* 2. *Inst. hoc tit* quemadmodum Servius, eruditus grammaticus, initio *libri* 1. *Georg. Virgilii* adnotavit, quosdam ex veteribus grammaticis admisisse duos tantum esse libros georgicos, qui scilicet proprie respiciunt tantum utilitatem terræ, tertium & quartum, in quibus tractatur de pecoribus, apibus & cura hortorum, non esse georgicos vel rusticos. Sed ad rem, de qua in *d. l. certo* 13. *pr.* agitur. Non ita potest constitui servitus, ut ad superficiem tantum pertineat; ideoque ipso jure, quamvis superficiei caussa, puta vinearum, constituta videatur, afficit ipsum solum, & hac ratione veteres admittunt *certo generi agrorum servitutem posse constitui*, viæ vel itineris puta, *quia ea*, inquit, *ad solum, non ad superficiem pertinet, ideo sublatis vineis* inhæret tamen solo. Ex jure tamen Prætorio obtinuit, servitutem rusticam constitutam videri in superficie, si id inter contrahentes actum sit, id est, hanc conventionem Prætorem tueri solere data exceptione pacti vel doli, quo casu, si verum amamus, non potest proprie dici servitus, ut dicitur de servitute precario concessa, cujus perpetua caussa non est, de qua in *l* 15. §. *precario* 2. *D. de precario* & ita servitus, quæ ex eodem jure Prætorio tempore finiri potest *l.* 4. *D hoc tit.* proprie non est servitus, sed quasi servitus. Ex dicta igitur lege *certo generi* 13. apparet jure civili non recte constitui servitutem rusticam, quæ in superficie tantum consistat; ipso enim jure, sublatis vineis; hæc ipsa servitus remanet in solo. Male igitur quidam hac lege utuntur, ut doceant, servitutem rusticam posse in superficie consistere; male etiam Lege 2. *D. de servit. præd. rust.* ex sententia Neratii, quæ non obtinuit: omnia enim ædificia urbana sunt, etsi in villa ædificata sint. §. *prædiorum* 2. *Instit hoc tit* & servitutem quoque itineris, quæ aliquando urbana est *l. iter* 14. *D. comm. præd.* dico consistere in ædificio, ad quod per aream alienam ire agere possum, ut in *l.* 20. §. 1. *de servit. urb. præd.* & generaliter omnem servitutem urbanam proprie dici consistere in superficie, id est, in ædificiis, quibus debetur. Vis videre, quam hoc verum sit? Sublatis ædificiis ipso jure servitus extinguitur, quamvis utilitate

tate ſuadente tandem receptum ſit, eam eſſe reſtituendam; ergo ipſo jure in ſuperficie conſiſtit, quia, ſublata ſuperficie, ipſo quoque jure extinguitur: etſi aliquando contingat, ut ſervitus ruſtica in ſuperficie conſiſtere videatur, vel contra, ut ſervitus urbana videatur quoque conſiſtere in ſolo, quia utilitas & effectus ejus in ſolo potius, quam in ſuperficie, explicari videtur: non ideo tamen vitiatur regula, quæ jure civili obtinuit.

Ad Leg. quartam pr.

PAPINIANUS LIB. 7. QUÆSTIONUM.

Servitutes ipſo quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia quamdiu volam,) conſtitui poſſunt: ſed tamen ſi hæc adjiciantur pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita ſervitutem vindicanti: idque & Sabinum reſpondiſſe Caſſius retulit, & ſibi placere.

Quod in hac Lege Papinianus tractat, an conſtitutio ſervitutis, id eſt, ceſſio vel traditio admittere poſſit adjectionem diei vel conditionis, id ſine ulla dubitatione tractaſſe videtur per conſequentias tractatus de uſufructu. In hac enim ſervitute perſonali hoc receptum fuiſſe conſtat, uſumfructum ex die vel ad diem, vel ſub conditione conſtitui poſſe, quod *exſtare* dicitur in *l.* 4. *D. de uſufr. Exſtare*, id eſt, conſtare & obtinuiſſe ex conſona omnium JCtorum reſponſione, ut in *l. Statius Florus* 48. *pr. D. de jur. fiſc.* quod tamen contra in ſervitute reali non obtinuiſſe, Papinianus hoc loco reſpondet. Servitutem realem ita conſtitui non poſſe, ut Calendis puta proximis conſtituta cenſeatur, non die præſenti, quo conſtituitur; vel ut pure conſtituta ſine diei adjectione, finiatur & extinguatur tempore certo, puta, ut duret tantum biennio, vel triennio, per tres vel quatuor menſes conſiſtat, neque ſub conditione conſtitui poſſe, ut ſcilicet, exiſtente aliquando conditione conſtituta cenſeatur, neque ad conditionem, ut puta, quamdiu volam, id eſt, ut eam ad libitum aliquando revocare poſſim, quas tamen adjectiones conſtitutio ſervitutis perſonalis admittere poteſt. Quæritur ratio differentiæ. Et explosis iis omnibus, quæ ad hunc locum viri docti adnotare ſolent, vera mihi & ſimpliciſſima videtur ratio tradita ab eruditiſſimo JCto D. Marano, has adjectiones diei vel conditionis proprie reſpicere perſonas ipſas, diem & conditionem adjici hominum cauſſa, pertinere ad utilitatem perſonarum, ut ſcilicet aliquid fiat vel contingat, adveniente die vel conditione, ut colligere licet ex *l. eum qui* 41. §. *ult. D. de verb. oblig.* & ex *l. intra* 7. *D. de re judic.* ſimilibusque: non pertinere igitur ad utilitatem rerum vel prædiorum,

quo-

quorum cauſſa ſervitutes reales conſtituuntur, ut eadem ratione hoc obtinuiſſe videatur jure civili, qua eodem quoque jure obtinuit, ſervitutes ipſas, quæ non reſpiciunt utilitatem prædiorum, conſiſtere non poſſe; ſervitutes non eſſe, ſed quaſi ſervitutes, ut latius explicandum erit in *l. pomum* 8. *hoc tit.* & quemadmodum in ſuperiori lege docuimus, quod regulariter jure civili fieri non poteſt, aliquando tamen fieri poſſe jure Prætorio, quod in hoc tractatu frequentiſſimum eſt, idem quoque obtinuit in regula, hac lege propoſita, adjectiones iſtas, quas jus civile rejicit, jure Prætorio eſſe admittendas. Sed obſervandum eſt, ſuperiorem juris civilis regulam locum tantum habere poſſe in ceſſione vel quaſi traditione ſervitutis, per quam ſcilicet ſervitus imponitur, & qua impoſita incipit actio competere in rem, id eſt vindicatio ſervitutis, de qua in §. *æque* 2. *Inſtit de actionib.* & in titulo *D. ſi ſervit. vindic.* non in obligatione, ex qua perſona tenetur cedere, præſtare, tradere ſervitutem: aliud enim eſt, paciſci de ſervitute præſtanda, vel ſtipulari ſervitutem, aliud, promiſſam vel pactam ſervitutem cedere vel imponere: promiſſio vel pactio admittit diei vel conditionis adjectionem, id eſt, promittere tibi poſſum ſervitutem ex die, vel conditione, ut ſcilicet adveniente die vel conditione perſona teneatur ſervitutem tradere *l. exiſtimo* 98. *D. de verb. obligat.* naſcitur enim obligatio perſonalis, ex qua agitur in perſonam, ut perſona cogatur tradere: ceſſio vel impoſitio realis eſt, id eſt, afficit rem ipſam, vel prædium, non perſonam reſpicit; ideoque obtinuit fruſtra ceſſioni adjici diem vel conditionem, quia iſtæ adjectiones perſonam reſpiciunt. Hoc tamen commune habent promiſſio & ceſſio ſervitutis, ut neque tempore, neque conditione finiri poſſint, quia ipſo jure, id eſt, jure civili conſtituuntur, quod generaliter de omni obligatione dicitur in *d. l. obligationum* 44. §. 1. *D. de oblig. & act.* idque obtinuit in obligatione ratione propria, tradita a JCtis in *d.* §. 1., quia certi ſunt modi, quibus finitur obligatio, de quibus in *tit. Inſtitut. quib. mod. obligat. toll.* extra quos alios inducere & comminiſci non licet, nunquam enim jurisprudentia tempus admiſit tanquam modum legitimum, quo ipſo jure finiatur obligatio. At ceſſio ſervitutis non finitur tempore vel conditione ratione propria, quæ, ut docui, repetenda eſt ex natura ſervitutis realis, cujus ceſſio vel impoſitio neceſſario debet reſpicere commodum & utilitatem prædiorum, ut ex jure civili ſubſtantiam capiat. In ceſſione igitur & promiſſione ſervitutis hac in parte idem jus obtinet, ſed ratione diverſa.

Ad §. 1. & 2. legis 4. D. de ſervitut.

Modum adjici ſervitutibus poſſe conſtat, veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. §. 2. Intervalla dierum & horarum non ad temporis cauſſam, ſed ad modum pertinent jure conſtitutæ ſervitutis.

Sabinus & Caſſius ſuperiores adjectiones dici & conditionis in ceſſione ſervitutis admiſerunt, advocato auxilio Prætoris, quod, ut recte D. Cujac. obſervat, contraria ſchola Proculeianorum non admiſit; & licet hac in parte obſervare veſtigia controverſiæ veteris. At de adjectione modi, nulla fuit controverſia, & hoc eſt, quod Papinianus hoc loco ait, *modum* autem *adjici poſſe ſervitutibus conſtat*, etiam jure civili, quia adjectio modi vere reſpicit utilitatem prædiorum, ut modus ſervitutis conſtituatur, prout prædiis utilis eſt, ut in exemplis hoc loco propoſitis: idemque dicendum eſt de intervallis dierum & horarum, hæc enim pertinent ad modum, quo quis utatur ſervitute, non ad cauſſam temporis.

Ad Leg. 5. D. de ſervitutibus.

GAJUS LIB. 7. AD EDICTUM PROVINCIALE.

Via, iter, actus, ductus aquæ, iisdem fere modis conſtituitur, quibus & uſumfructum conſtitui diximus. §. 1. Uſus ſervitutum temporibus ſecerni poteſt, forte ut quis poſt horam tertiam usque in horam decimam eo jure utatur, vel ut alternis diebus utatur.

Ut intelligamus, quibus modis conſtitui poſſit ſervitus, videamus, quibus modis conſtituatur uſusfructus; nam Cajus auctor hujus legis id jam docuerat in eodem libro, ut colligere licet ex *l. 6. ſupra de uſufr.* ſed ne circumſcribamur, ſciendum eſt bifariam accipi hoc verbum *conſtitui*, nam proprie & perfecte conſtitui dicitur ſervitus perſonalis vel realis, cum ceditur, aut quaſi traditur, & ita dicimus uno tantum modo, proprie conſtitui ſervitutem ceſſione ſcilicet, vel quaſi traditione, quo ſenſu habuimus ſupra in *l.* 4. ipſo jure ex die vel ad diem, ſub conditione vel ad conditionem non conſtitui

poſſe ſervitutem. Sed & conſtitui dicitur, cum promittitur, & hoc ſenſu plures eſſe dicimus modos, quibus conſtitui poteſt ſervitus, id eſt, nos poſſe pluribus modis aſſequi, ut nobis ſervitus debeatur, ut ex juſta cauſſa teneatur quis nobis tradere, cedere, id eſt, perfecte conſtituere ſervitutem, de quibus modis in hac lege tractatur. Et primum conſtat, uſumfructum conſtitui teſtamento vel jure legati, ut in *l. 3. in princ.* & in *l. ſed etſi quid 25. §. ult. D. de uſufr.* eodemque modo conſtituitur ſervitus §. *ult. Inſtit. hoc tit.* cum autem jure legati conſtituitur uſusfructus, ex veteri jure, ipſo jure perfecte conſtitutus cenſebatur ſine ullo facto, ſive ceſſione heredis, cum legabatur per vindicationem; ſi vero per damnationem, ceſſione & facto heredis opus erat ad perfectam uſusfructus conſtitutionem, ut Paullus docet *lib. 3. ſent. tit. de legat. 6. §. uſusfructus* 17. primo enim caſu datur vindicatio uſusfructus ex natura & formula legati per vindicationem; ſecundo caſu datur tantum actio perſonalis ex teſtamento, quia heres dare damnatus eſt, ut in *l 3. §. 1. D. de uſufr.* Hodie ex conſtitutione Juſtiniani, id eſt, ex *l. 1. Cod. comm. de legat.* ſublata eſt differentia legatorum & generaliter ex omni legato competit vindicatio, quamvis, ſi hoc malit, poſſit agere legatarius actione perſonali ex teſtamento, & ita accipio, quod Juſtinianus generaliter ait de actione perſonali, quæ ex teſtamento, uſufructu legato, competere poteſt in *l. corruptionem 16. pr. C. de uſufr.* Hodie igitur perfecte conſtituitur uſusfructus jure legati, nec neceſſaria eſt ceſſio vel traditio heredis, ut ſcilicet dominium uſusfructus ad legatarium translatum cenſeatur. Idem quoque contingit, ſi a judice vel arbitro, familiæ herciſcundæ, vel communi dividundo judicio addicto, uſusfructus uni ex ſociis adjudicatus fuerit, ut in *l. 6. §. 1. D. de uſufr.* adjudicatione enim Judicis rei adjudicatæ dominium ipſa prolatione ſententiæ tranſit ad eum, cui res adjudicata eſt, ut Ulpianus docet *l. 16. ſing. regular. tit. de dominiis & adq. rer.* & hoc unico caſu judex ſententia ſua poteſt facere dominum, quem nec Prætor ipſe aliter facere poteſt §. 1. *Inſtit.* ut Ulpianus docet *eod. lib. tit. de fideicomm.* fideicommiſſarius non dominium, ſed poſſeſſionem tantum conſequitur, ut de uſufructu per fideicommiſſum relicto nominatim proditum eſt in *l. qui uſumfructum 3. D. ſi uſusfr. pet.* Porro conſtituitur uſusfructus pactionibus & ſtipulationibus, ut in *d. l. 3. D. de uſufr.* quod & de ſervitute traditum eſt in § *pen. Inſtit. de ſervitut.* id eſt, conſtituitur contractibus juris gentium vel juris civilis, aut pactionibus, ad agendum tamen utilibus, ſubditis ſcilicet donationibus, venditionibus, locationibus, traditionibus, ut in *l. quisquis 28. C. de donat. l. Seia 42. pr. D. de mort. cauſ. donat. l. ſi domina 10. Cod de uſufr. l. ſi ſocrus 18. in 2ª. parte C. de jur. dot.*, non nudis & ſimplicibus pactionibus, quæ non ſunt ad agendum efficaces, ut quidam male cenſent, nec talis pactionis ullum exemplum, quod ſciam, extat in jure noſtro. His igitur omnibus modis, quibus conſtituitur uſusfructus, conſtituitur quoque ſervitus, addit tamen hoc loco Cajus particulam *fere*, quia non omnimodo ſervitus iisdem modis conſtituitur, quibus uſusfructus conſtitui poteſt, v. g. legari & conſtitui poteſt uſusfructus deductus ab ipſo fundo & proprietate, at non poteſt deduci & legari ſervitus debita fundo; ſequitur enim neceſſario ipſum fundum,

dum, & poteſt legari uſusfructus ex die vel ad diem, ſub conditione vel ad certam conditionem *l.* 4. *D. de uſufr.* at ita non poteſt legari ſervitus, ut habuimus in *l.* 4.

Ad Leg. 6. *D.* de ſervitutibus (*l*).

PAULLUS LIB. 21. AD EDICTUM.

Ad certam fundi partem ſervitus tam remitti, quam conſtitui poteſt.

Pars pro indiviſo, quæ intellectu tantum, non ſenſu percipitur *l. Mævius* 66. §. *ſed ſi pars* 2. *D. de legat.* 2. *l.* 8. *D. de ſtipulat ſervor.* pars incerta eſt, cum ſcilicet opponitur parti pro diviſo, ut in *l. placet* 25. *D. quib. mod. uſusfr. amitt.* & in *l.* 1. §. *hoc interdictum* 7. *D. uti poſſidetis*, ubi abſolute pro diviſo dicitur pars certa; quamvis aliquando pars pro indiviſo dicatur certa pars, cum ſcilicet quota eſt, puta dimidia, tertia vel quarta, & opponitur incertæ parti, de qua *l.* 3 §. *incertam* 2. & in *l. locus certus* 26. *D. de adq. poſſeſſ.* ut puta, ſi quis vendat, quidquid Titius in eo fundo habet, incerta enim pars eſt, quam Titius habet, cum non deſignatur, quota ſit. Cæterum pars certa pro diviſo, ſi verum amamus, totum eſt; fundus enim dividi poteſt certis finibus atque regionibus, & ita quælibet pars fundi fundus eſſe incipit, ex ſententia Q. Mutii veteris JCti relata in *l. recte* 25. §. 1. *D. de verb. ſignif.* ſed & non ineleganter pars dicitur ex ſententia Servii, de qua in fine *d. l.* quam plerumque ſequuntur JCti, ad hanc igitur partem pro diviſo conſtitui & remitti poſſe ſervitutem JCtus ait in *hac l.* qua de re dubitari potuit propter vulgarem regulam juris, quæ vult, pro parte conſtitui non poſſe ſervitutem, quam ita intelligendam eſſe hoc loco docet, ut proprie pertineat ad partem incertam; ad partem pro indiviſo, non ad partem pro diviſo, quæ certa eſt, & revera totum eſt, non pars.

(*l*) Deëſt in Theſauro Meermanniano hujus, ut & ſequentis legis interpretatio.

Ad Leg. 7. *D.* de ſervitutibus.

ULPIANUS LIB. 13. AD LEGEM JULIAM ET PAPIAM.

Jus cloacæ mittendæ ſervitus eſt.

Libro 13. ad legem Juliam & Papiam, ex quo hæc lex ſumpta eſt, Ulpianum tractaſſe de teſtamentis & legato, conſtat ex indice Labitti, & quantum conjectura aſſequi poſſum, videtur Ulpianus ſpeciem hoc loco propoſuiſſe ſimilem iis, quæ ex Cajo proponuntur in §. *ult. Inſtit. hoc tit.* Finge, heres damnatus fuit in ſuas ædes vel hereditarias recipere cloacam ædium vicinarum. Quæritur, utrum recte conſtituta ſit ſervitus prædialis? An jus cloacæ immittendæ ſervitus ſit? Prima enim fronte dicendum videtur, non eſſe ſervitutem prædialem, quia perſonam potius reſpicit, quam prædium, & pertinere videtur potius ad valetudinem hominis, quam ad habentiam prædii, ſed tamen contra reſpondet Ulpianus, ſervitutem eſſe, realem ſcilicet vel prædialem, nam, ut eſt in *l.* 1. §. 1. *D. de cloacis.* pertinet hæc ad ſalubritatem & tutelam prædii, & ideo ſervitus prædialis eſt. Potuit & hæc eſſe elegans ratio dubitandi, quia hæc ſervitus non videtur habere perpetuam & naturalem cauſſam, quod ſemper in prædialibus deſideratur *l. foramen* 28. *pr. D. de ſerv. urb. præd.* per cloacam autem colluvies quædam fluit, ut in *d. l.* 1. §. *cloaca* 4. & apud Feſtum *de verb. ſign. in voc. cloacæ* & *cloacale flumen.* Ad hanc dubitationem ex Vitruvio reſpondeo, qui *lib. 5. cap. 9.* rationem docet inſtituendarum cloacarum in ambulationibus urbanis, ne lutoſæ ſint; videtur igitur quodammodo, propter naturalem illum humorem, cauſſa perpetua & naturalis hujus ſervitutis, quam nominatim Cajus *Inſtit. tit. de reb. corp.* ait eſſe ſervitutem urbanam, quamvis ex ſententia D. Cujacii in *parat. D. de cloac.* aliquando ſervitus ruſtica eſſe poſſit.

Ad Leg. 8. *D.* de ſervitutibus.

PAULLUS LIB. 15. AD PLAUTIUM.

Ut pomum decerpere liceat, & ut ſpatiari & ut cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt.

Servitus hæc, ut ait lex noſtra, imponi non poteſt. Sed anxie quæritur, an neque realis neque perſonalis? Quod ſcire refert: ut ſcilicet intelligamus, an iis caſibus, agere liceat actione in rem, an liceat vindicare ſervitutem, an tranſeat in emptorem, & ſequatur fundum. Joannes & Azo neque per-

personalem esse affirmant, quos certatim sequuntur interpretes, & communem Doctorum esse opinionem, Fulgosius notat ad *l.* 4. *D. de servit. rust. præd.* hanc quoque incomparabilis JCtus D. Cujacius amplectitur *lib.* 24. *Observ. cap.* 22. quia, inquit, prædialis esse non potest, cum nihil ea res ad utilitatem, ad amœnitatem prædii mei, pertineat; sed neque personalis, quia neque usui vel fructui ea facultas similis est, & quæ non iis duabus servitutibus assimilantur, servitutes personales non sunt; erit igitur simpliciter in hac lege personalis obligatio ex contractu, vel ex testamento, quæ fundum non sequitur, ut in *l.* 13. *D. comm. præd.* & in *l. ult.* §. *ult. D. de contrah. empt.* & in *l.* 12. *D. de ann. legat.* quas vobis excutiendas relinquo. Sed contra Hugo, antiquus glossographus, qui & Hugolinus dicitur, discipulus Irnerii, de quo extat ejusdem Irnerii elogium in Chronico Lausensi Odonis Modenæ, rogatus enim Irnerius, ut cathedræ successorem designaret, ita respondisse fertur:

Bulgarus os aureum, Martinus copia legum,
Hugo mens legum, Jacobus est, quod ego.

Hugo igitur personalem esse affirmabat, sic enim ex Bartolo glossa restituenda est, secundum Hugonem vel Hugolinum, ubi secundum glossam, in eadem sententia fuisse Rogerium glossa notat in *l. Mela* 14. §. *ult. D. de alim. & cibar. leg.* quam Cynus in *l.* 1. *C. de usufr.* & Fulgosius ad *d. l.* 4. *D. de servit. rust. præd.* asserere tentant. Et in hanc ego quoque proclivior sum; nam si facultas gestandi in alieno *d. l. Mela* 14. §. *ult.* dicitur servitus personæ, quare facultas spatiandi non erit personæ servitus? & quæ differentia hac in parte esse potest inter eum, qui sella gestatoria sedens in alieno spatiatur, & eum, qui pedibus spatia facit? si jure servitutis personalis licet mihi in tua uvas premere vel fruges excutere; cur non eodem jure licet mihi pomum in tuo decerpere, vel in tuo cœnare? hæc enim omnia, si proprie non pertinent ad utilitatem prædiorum, respiciunt tamen utilitatem hominum, quorum interesse potest, ut hoc vel illo jure utantur: hoc autem sufficit, ut constituatur servitus personalis, & ut contrariæ sententiæ objectiones removeamus, observandum est, quasdam esse servitutes, quæ proprie prædiorum sunt, quibus res rebus serviunt, de quibus hæc Rubrica *de servitutibus* concepta est. In his hoc perpetuum est, ut in gratiam tantum proximorum prædiorum constituantur *l. si ædes* 32. *& l. seq. D. de servit. urb. præd. l.* 5. *D. de servit. rust. præd. l.* 12. *D. de ann. legat.* Et vice versa quædam sunt servitutes, quæ proprie personarum sunt, ut usus & ususfructus *l.* 1. *hoc tit.* Sunt præterea quædam servitutes, de quibus dubitari potest, an sint potius personales quam prædiales, nam quidam ex veteribus JCtis jus pecoris pascendi, vel pecoris ad aquam appellendi non recensebant inter prædiales, vel reales servitutes, ut colligere licet ex §. *inter rusticorum Inst. hoc tit.* Papinianus tamen in *l.* 4. *D. de S. P. R.* has servitutes ait magis prædii esse, quam personæ, sed cum temperamento, si prædii fructus in pecore consistant, alias enim jus pascendi dicitur servitus personalis, ut in *l. si quis unas* 32. *D. de usufr.* & in *d. l. Mela* 14. §. *ult.* Tertio sunt quædam servitutes, quæ per-

ſonæ magis, quam prædii eſſe videntur; hujusmodi ſunt ſervitutes, de quibus in *d. §. ult. d. l. Mela* 14. & in hac noſtra lege. Hæc enim omnia quodammodo ad prædia ipſa pertinere videntur, ſed magis & propius reſpiciunt perſonam ipſam: hæ ſunt igitur ſervitutes, quæ belliſſime aſſimilari poſſunt fructui vel uſui, quod ita oſtendo. Is, cui licet in alieno pomum decerpere, quaſi fructuarius eſſe videtur: non eſt proprie fructuarius, quia omnibus fundi fructibus frui non poteſt; frui poteſt quibusdam: ergo pene fructuarius eſt; quod & Bartolus ingenue agnoviſſe videtur; is, cui licet ſpatiari vel cœnare in alieno, utitur alieno fundo ambulationis, vel cœnationis cauſſa, ergo quaſi uſuarius eſt, ut de eo dicitur, cui uſus digiti aquæ relictus eſt in *l. Lucius Titius* 37. *D. de ſervit. ruſt. præd.* in *l. uſus aquæ* 21. *D. de uſu & hab* & ita eſt reſpondendum liquido, ad primam rationem, qua D. Cujacius utitur. Ad legem vero 13. *pr. D. comm. præd.* ita reſpondeo, non poſſe neque prædialem, neque perſonalem conſtitui ſervitutem in ſpecie *d. l.* quia in mari nulla poteſt conſtitui ſervitus, ut nominatim ibi JCtus ait, ideoque ex conventione propoſita in *d. l.* naſcitur tantum perſonalis obligatio, ſine ulla conſtitutione ſervitutis, neque enim poteſt privatorum conventio mutare jus publicum *l. jus publicum* 38. *D. de pact.* Ad *d. l.* 12. *de ann. legat.* reſpondeo, perſpicuum eſſe teſtatorem, neque in rem, neque in perſonam ſervitutem conſtituere voluiſſe, ut nominatim JCtus ait & latius ad *d. l.* docuit D. Cujacius. Idem quoque dicendum eſt de *lege ultima §. ult. D. de contrah. empt.* demonſtravit enim promiſſor tantum; ex quo fundo teneretur præſtare certos modios frumenti, non in fundo ſervitutem conſtituit, ut & D. Cujacius agnovit in *d. cap.* 22. His igitur & ſimilibus caſibus inſpicimus mentem & animum contrahentium, nam ſi ſatis conſtat, ex conventione vel ex voluntate teſtatoris nullam ſervitutem conſtitutam fuiſſe, reſpondendum eſt, naſci tantum obligationem perſonalem ex contractu, vel ex teſtamento; aliud vero dicendum eſt, ſi talis ſit ſervitus conſtituta, quæ utiliter perſonæ conſtitui poteſt, ut in exemplis propoſitis in hac noſtra lege & in *d. §. ult. l. Mela* 14. *D. de alim. legat.* Quod igitur dicit, ſervitus imponi non poteſt; id eſt, ſervitus prædialis: perſonalem enim conſtitui poſſe ex ſuperioribus concludendum eſt.

Ad §. 1. Legis 8. D. de ſervitutibus.

Si prædium tuum mihi ſerviat; ſive ego partis prædii tui dominus eſſe cœpero, ſive tu mei, per partes ſervitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit.

Servitus pro parte adquiri, imponi, conſtitui, & remitti non poteſt; quæritur, an poſſit retineri? hoc ſi admittamus, ſtatim obſtabit regula, quæ vult, ea quæ in hunc caſum pervenerunt, a quo non potuerunt incipere, ſtatim evane-

neſcere. ſed contra tenorem hujus regulæ obtinuit, ut quamvis per partem prædii plurium dominorum acquiri non poſſit ſervitus, per partem tamen jam adquiſita conſervari poſſit, & hoc caſu, & in aliis quibusdam a D. Cujacio notatis in *l.* 2. §. *& harum* 1. *D. de verb. oblig.* & hanc regulam perdere officium ſuum, Paullus docet in *l. pluribus* 140. §. *ult. D. eod. tit.*; & hoc eſt, quod Papinianus ait in *l. unus* 34. *pr. D. de ſervit. ruſt. præd. pro parte retineri placet*, id eſt, receptum eſt, nulla habita ratione ſuperioris regulæ; an quia facilior eſt retentio, quam acquiſitio *l.* 1. *D. de pign.* ſic videtur, nam quæ ſemel ſubſtantiam cepit, vel adhæſit ſervitus, non facile divellitur, ſi pars remaneat, cujus occaſione retineri poſſit: & iniquum viſum eſt, cum confuſio pro parte tantum fiat, partem, in qua extinguitur ſervitus, veluti contagio quodam trahere extinctionem alterius partis. Videtur igitur favor, vel utilitas ſervitutum, imo ipſa æquitas hoc ſuadere, ut per partem adquiſita retineatur, quæ ab initio per partem adquiri non potuit; retineatur, inquam, per partem fundi, non per partem ſervitutis, ſervitus enim natura ſua diviſionem non admittit *l.* 2. §. 1. *D. de verb. oblig.* Ideoque pro ea parte fundi, cujus occaſione retinetur ſervitus, ſemper ſocius in ſolidum ſervitute utitur, quia ſervitus eſt uniuscujusque ſocii ſeparatim in ſolidum, ut erudite ad *l. liberto* 31. § *ult. D. de neg. geſt.* D. Cujacius docuit ex *l. arbor.* 19. §. *ſi per eundem* 2. *D. comm. divid* hoc ideo fit, quia uſus ſervitutis individuus eſt *l. uſus aquæ* 21. *D. de uſu & habit.* hoc igitur admiſſo contra regulam veterem, ſervitutem pro parte retineri, hoc quoque admittitur, ut quamvis proprius fundus non poſſit ſervire proprio, jure ſcilicet ſervitutis, ut loquitur *lex in re communi* 26. *D. de ſervit. ruſt. præd.* proprius tamen fundus poſſit ſervire communi, & contra communis proprio, imo & communis communi, excepto caſu, qui proponitur in *l.* 27. *D. de S. P. R.* Sed hos caſus diligenter excutiamus; finge, fundum meum, cui tuus ſervit, tibi communicavi, & ita pro parte indiviſa dominus eſſe cœpiſti fundi dominantis, & pro ea parte confuſa eſt ſervitus, quam mihi debuiſti in fundo tuo: pro ea vero parte, quam in dominante fundo retineo, non confundetur ſervitus, ſed occaſione illius partis, eam ſcilicet ſervitutem ita retineo, ut in ſolidum uti poſſim ſervitute, antea a fundo tuo, meo debita: idemque contingit in contrario caſu; finge, communicavi tibi fundum ſervientem tuo proprio fundo, eadem ratione retines ſervitutem tibi debitam, quia pro parte tantum fit confuſio; & ideo ii duo caſus proponuntur in *hac* §. 1. ex quibus apparet, proprium fundum poſſe ſervire communi & communem proprio. Nunc videamus an communis poſſit ſervire communi, quod receptum eſt certis caſibus, ut in *l. ſi quis ædes* 30. §. 1. *verſ. itaque D. de S. P. U.* Finge ergo: tu mihi communicas fundum ſervientem, ego tibi communico fundum dominantem, communis ſervit communi, quia ſervitutem retineo pro parte, & in utroque fundo diſpar eſt jus utriusque domini, quod & in ſuperioribus caſibus contingit, nam vel uni tantum debetur ſervitus, vel unus ſolus debet; hæc igitur diſparitas conſervat ſervitutem, quia ſervitus remanet propter partem retentam. Major dubitatio eſſe videtur in caſu *l. unus* 34. *pr. D. de ſervit. ruſt. præd.* communico tibi meum fundum, tuo fundo ſervientem, tu mihi quoque commu-

municas fundum meo ſervientem; finge, fundus tuus debet fundo meo ſervitutem itineris, meus debet tuo ſervitutem actus: hoc quoque caſu, communis ſervit communi; nam ſervitutem itineris, quam mihi debuiſti, retineo pro parte tua, id eſt, pro parte, quam retines in fundo, quem mihi communicaſti, & tu retines in fundo a me tibi communicato ſervitutem actus, quam antea tibi debui, retines inquam pro parte mea, id eſt, pro parte, quam retinui in fundo tibi communicato; denique hoc caſu retinetur ſervitus pro parte indiviſa, & diſpar remanet jus dominorum in utroque fundo: nam ego ſolus tibi debeo ſervitutem, & tu ſolus quoque ſervitutem mihi debes, uterque debet pro parte indiviſa, quam pro ſolido fundo antea debuit: non incipit igitur a communione par eſſe jus utriusque domini in utroque fundo, nam ſi hoc contingat, dubio procul ſequitur confuſio, ut in caſu a Juliano propoſito in *d. l. ſi communi* 27. *D. de S. P. R.* Communi fundo meo & tuo ſervit fundus Sempronianus, redemptus eſt a nobis pecunia communi & ita fundus ſerviens communis eſſe incipit inter me & te. Reſpondet Julianus omnino ſervitutem extingui, addita elegantiſſima ratione, quæ interpretem deſiderat, *quia par*, inquit, *utriusque domini jus in utroque fundo eſſe incipit*, id eſt, propter fundum communem dominantem tibi & mihi debuit Sempronius, propter fundum Sempronianum, ſervitutem urbanam vel ruſticam. In hoc igitur fundo ego & tu par jus habemus, in fundo ſcilicet dominante & per redemptionem par habere incipimus in fundo ſerviente; nam ejus occaſione ego & tu, novi domini fundi, pecunia communi adquiſiti, incipimus debere ſervitutem, quam fundus debuit, non ego ſolus debeo, nec tu ſolus debes, ſed debemus uterque; quibus autem debere incepimus? profecto nobis, quia ſumus quoque domini fundi, cui hæc ſervitus debetur, ergo neceſſario ſequitur confuſio, quia par in utroque fundo, utriusque domini jus eſſe incipit, & perinde eſt, ac ſi unus dominus unius prædii, cui ſervitus debetur, prædium ſerviens redimeret, ut in *l.* 1. *D. quemadm. ſervit. amitt.* denique in caſu *d. l. ſi communi* 27., ego nihil tibi debui, tu nihil mihi debuiſti, ergo nihil eſt, quod ego retinere poſſim; nihil, quod tu retineas: in ſuperioribus caſibus vel ego debui, vel tu debuiſti, & de ſolido, quod debui, vel tu partem retinere potes; vel de ſolido, quod debuiſti, ego partem retinere poſſum, & remanet diſpar jus, ideoque non ſequitur confuſio in ſolidum: at ubi nulla dari poteſt retentio, vel deductio, neceſſario ſequitur confuſio, quam parit juris paritas in utroque fundo, & ita meo judicio explicanda eſt obſcura Juliani ratio.

Ad

Ad Leg. 9. *D.* de ſervitutibus.

CELSUS LIB. 5. DIGESTORUM.

Si cui ſimplicius (m) via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem, ire agere licebit, civiliter modo, nam quædam in ſermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipſam nec per medias vineas ire agere ſinendus eſt, cum id æque commode per alteram partem facere poſſit minore ſervientis fundi detrimento. Verum conſtitit, ut qua primum viam direxiſſet, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandæ ejus poteſtatem haberet, ſicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur quem primo qualibet ducere licuiſſet, poſtea quam ductus, transferre non liceret, quod & in via ſervandum eſſe, verum eſt.

Species hujus legis eſt de ſervitute jam conſtituta, vel poſita, vel actu viventis vel actu morientis ut in *l. ult. D. comm. præd.* verbum enim *relinquatur* accipiendum eſſe de ultima voluntate, fruſtra fuerim, ſi, quod notiſſimum eſt, pluribus doceam, finge ergo: ceſſit tibi Titius vel legavit ſervitutem viæ *ſimplicius*, ut hæc lex loquitur, *ſimpliciter* ut in *l. ſi via* 26. *D. de S. P. R ſimplicius* vel *ſimpliciter*, id eſt, generaliter ut in *l. Mævius* 66. §. *ſed ſi pars* 2. *D. de legat.* 2. juncta *l. ſi domus* 71. *pr. D. de leg.* 1. ceſſit igitur vel legavit Titius per fundum ſuum generaliter ſervitutem, id eſt, ſine ulla determinatione, ſine ullo certo modo, nec loco deſignato per quem tibi ire agere liceat; hoc caſu totus fundus ſervit. *l. certo generi* 13. §. 1. *D. de ſervit. ruſt. præd. l. ſi mihi* 21. *D. hoc tit.* hæc diffuſa eſt per omnes glebas, ideoque, ut hæc lex ait, *in infinito*, *videlicet per quamlibet partem fundi* tibi ire, agere licet, ubi particula illa *videlicet* explicat, quid ſit *in infinito*, ait enim *in infinito agere*, Celſus eadem forma, qua Paullus in *l. cujus ædificium* 24. *D. de ſervit. urb. præd. in infinito ædificium imponere*, & ex variis interpretationibus hæc ſola placet. Hanc tamen ſententiam, tam a Proculejanis, quam a Sabinianis probatam, ita ſufflaminandam eſſe cenſet Celſus, ut in hoc generali ſermone quædam excepta cenſeantur, ut in generali omni-

(m) Ita ex Codice Florentino Taurellius. Haloander: *ſimpliciter*. Alii multo pejus: *ſimplici uſu*. Sed nihil mutandum docuit Anonymus Scriptor in libro ſingulari *Obſ. Jur. Civ. Rom.* bonæ frugis pleniſſimo *c.* 22. *pag.* 136. (Hagæ-Com. 1743.)

omnium bonorum obligatione obſervari docent *ll. 6. 7. & 8. D. de pignorib.* Non poteſt igitur ire per villam, vel per medias vineas, (qua forma loquendi utitur P. Scipio in oratione contra Claudium Aſellum apud Gellium *lib. 2. cap. 20. inde corrigere viam, aliis per medias vineas, aliis per roborarium, atque piſcinam, aliis per villam,*) ſi æque commode per alteram partem agere poſſit; ut ait Celſus, nam ſi in cæteris partibus fundi iter patiatur incommodum, & per ipſam villam & per medias vineas licet, ut Scipio loquitur, *viam corrigere* & ita Siculus Flaccus in libro *de condit. agror.* (*n*) ait, per ipſas villas iter populo præſtari, ſi aliis in locis iter incommodum ſit, qua de cauſſa Hyginus libro *de limit. agror.* (*o*) ſcribit, *veteres habuiſſe januas villarum ſemper patentes, per quas populum prætereuntem transmitterent*, & hoc ipſum expreſſum reperio in veteri inſtrumento Garſiæ Fernandi Comitis, quo prædia quædam donat monaſterio S^ti Petri de Cardoua, ut loquuntur. *Si non ſit carreta directa*, id eſt, ſi iter ſit incommodum, *pergat per deſeſſa, per terras laboratas, per vineas*; quod & de via publica nominatim *lege 12. tabb.* conſtitutum fuit, ut M. Tullius docet in *orat. pro Cæcina :* verba legis fuerunt, *amſegetes viam muniunto: amſegetes* dicuntur, quorum ager viam tangit; *ſi via ſit immunita, qua voles, jumentum agito.* Subjicit Celſus, hoc receptum fuiſſe ab omnibus ſine ulla dubitatione, hoc enim eſt, quod ait, verum conſtitit, ut, qua primum viam direxiſſet, ea demum ire agere poſſit, ut eſt in *d. l certo 13. §. 1.* ſervitute certa parte determinata, cæteræ partes agri liberæ ſunt, quod & Sabino placuiſſe ait, qui argumento aquæ ductus utebatur. Sed quod hæc lex ait dari electionem legatario, manifeſto pugnat cum *l. ſi via 26. D. de ſervitutib. ruſt. præd.* ubi heredi, non legatario, datur electio. Solutio, quam D. Cujacius indicavit, veriſſima eſt, quod ita oſtendo. In hac lege ſervitus nominatim relinquitur legatario, ait enim, ſi cui relinquatur via, quæ verba proprie deſignant legatum per vindicationem, quod veteri formula ita relinquitur, *ſumito, capito, tibi habeto, do tibi, lego tibi*, ut apud Ulpian. *lib. ſingul. regul. tit. de legat.* & id eſſe juris civilis, eruditus grammaticus Servius obſervat in Virgilii locum *Aen.* v. *vſ* 533.

Sume pater, nam te voluit Rex Magnus Olympi.

Sume, inquit, *verbum eſt JCtorum, quoties enim legatum non ab herede relinquitur, ſed eſt in accipientis arbitrio, hoc utuntur vocabulo.* Hoc igitur genere legati nominatim defertur electio legatariis, quod non obtinet, ſi ſit legatum per damnationem, *heres meus damnas eſto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo*, quibus verbis data eſt heredi facultas, per quam partem fundi velit conſtituere ſervitutem, ut ait dicta *lex ſi via 26.* quæ verba ſatis inſinuant, legatum relictum fuiſſe per damnationem, id eſt, datam fuiſſe a teſtatore electionem heredi, non legatario, & ita quocumque legato generaliter relicto, homine puta generaliter legato, ſi per vindicationem, legatarii electio eſt

(*n*) Pag. 20. in init. edit. W. Goeſii.
(*o*) Pag. 209. edit. ejusd.

eſt *l. legato* 37. *pr. D. de leg.* 1. ſi per damnationem, heredis. *l. ſi a ſubſtituto* 45. §. 1 *D. eod. tit.* quæ differentia non eſt ſublata a Juſtiniano, ut apud Ulpianum *fragm. dict. tit. de legat.* §. 14. idem Cujacius docuit (*p*). Nec obſtat, quod Juſtinianus ait in §. 1. *Inſtit. de legat.* verborum ſolemnitatem, veteri jure præſcriptam, penitus ſublatam eſſe; ſublata enim fuit neceſſitas verborum *ſolemnium*, id eſt, civilium vel directorum, ut loquitur lex *quoniam* 15. *C. de teſtam.* id eſt, ſcrupuloſa verborum obſervatio, qua prætermiſſa, legatum nullius momenti erat. Sed non ideo prohibitum fuit hoc vel illo modo legare, & quibuscumque verbis vel ipſi legatario relinquere, vel jubere aut rogare heredem dare, & ex verbis, quibus utitur teſtator, conjicere, an legatario vel heredi data ſit electio: & ut dicam explicatius, vel ipſum legatarium alloquitur teſtator quibuscumque verbis, non, ut olim, formula, certo verborum numero dimenſa, & hoc caſu defert legatario electionem; vel alloquitur heredem ipſum, & hoc caſu ex verbis & mente teſtatoris neceſſario danda eſt electio heredi. Quod ſi forſitan, herede ex facultate a teſtatore data locum eligente, magna captio ſit legatarii, ut loquitur *d. l. ſi via* 26. *D. de S. P. U.* vel vice verſa, legatario eligente, contendat heres legatarium non agere civiliter, ut hæc lex loquitur, tum ex ſententia Javoleni propoſita in *d. l. certo* 13. §. 1. arbiter accipiendus eſt, ut in caſu *l. qui luminibus* 11. *D. de ſervit. urb. præd.* & ſane *utroque caſu*, quo ſcilicet ceſſa vel relicta erat, Javolenus voluit, officio arbitri viam eſſe determinandam; prima pars *d.* §. 1. eſt de via ceſſa, id eſt, conſtituta actu viventis; ſecunda pars eſt de ſervitute conſtituta actu morientis, ut erudite Fulgoſius contra gloſſam obſervat: & ita quodammodo a recepta ſententia diſcedere videtur Javolenus, voluit enim commodius eſſe, ſtatim (*q*) ſervitutem officio arbitri determinari, *modo*, inquit, *determinabitur*; ita recte Florentini libri, male quidam, *modus determinabitur*.

(*p*) Imo contra, & merito, ſentit J. a Coſta ad §. 22. *Inſtit. de legat.* confer Cl. A. Schulting. in *Jurispr. Antejuſt. ad all. Ulpiani locum num.* 40.

(*q*) Imo *modo*, me judice, hoc loco non adverbialiter ponitur: ſed *modo* hic eſt caſus ſextus τῦ *modus*: nempe ſervitus determinabitur modo utendi, exercendi; vel, quod eodem redit *modo* agri. conf. lex 4. *in fin. D. de ſervit.*

(*r*) *Ad Leg.* 10. *D.* de ſervitutibus.

IDEM LIB. 18. DIGESTORUM.

Si iter legatum ſit, qua, niſi opere facto, iri non poſſit, licere fodiendo, ſubſtruendo iter facere, Proculus ait.

Quæſtio hujus legis hæc eſt, an is, cui iter legatum eſt, poſſit quid novi facere in eo loco, per quem ſervitus itineris conſtituta eſt, quod & tractari poteſt de ſervitute ceſſa, id eſt, conſtituta actu viventis. Licet quidem ei, cui hæc ſervitus debetur, locum reficere *l.* 3. §. *pen. D. de itinere actuque privato*, quod & fructuario permittitur, qui reficere quidem poteſt, ſed nihil novi facere poteſt. *l.* 7. §. *quoniam* 2. *l.* 44. *l.* 50. *D. de uſufr.* an igitur idem dicendum eſt de hac prædiali ſervitute, ut, quod non eſt conceſſum ei, qui ſervitutem perſonalem habet, non ſit quoque concedendum ei, qui ſervitutem prædialem habet? Nam & is, qui ſervitutem ceſſit, eam, prout ſe locus habet, ceſſiſſe videtur, nec videtur permiſiſſe, ut aliquid in eo loco ei, cui ſervitus debetur, facere liceat. In ſervitute aquæ ductus, ex natura ipſius ſervitutis tacite hoc conceſſum videtur: aqua enim duci non poteſt, niſi opere facto, ut in *l* 1. §. 1. *D. de rivis*, aliud dicendum videbatur de itinere: ſed tamen contra Celſus reſpondet, licere ei, cui iter conceſſum eſt, ſi per iter conceſſum aliter ire ambulare non poſſit, fodiendo, ſubſtruendo iter ſibi facere, nam & hoc tacite ei conceſſum videtur in ipſa conceſſione ſervitutis, quemadmodum dicimus, conceſſa vel mandata jurisdictione, tacite ea omnia translata videri, ſine quibus jurisdictio explicari non poteſt. *l.* 1. §. *ult. D. de offic. ejus cui mand. eſt jurisd.*, aliter enim interpretantibus inutilis eſſet conſtitutio ſervitutis, quia qui ſervitutem debet, regulariter nihil facere tenetur, & ſatis eſt, ſi patiatur. *l quoties* 15. §. 1. *hoc tit.* hoc eſt igitur, quod Celſus voluit, cujus ſententia confirmatur in *l. ſervitutes* 20. §. 1. *D. de ſervit. urb. præd.*

(*r*) Abeſt hujus legis interpretatio a Theſauro Meermanniano.

Ad

Ad Leg. 11. *D.* de ſervitutibus.

MODESTINUS LIB. 6. DIFFERENTIARUM.

Pro parte dominii ſervitutem acquiri non poſſe vulgo traditur. Et ideo, ſi quis fundum habens viam ſtipuletur, & partem fundi ſui poſtea alienet, corrumpit ſtipulationem in eum caſum deducendo, a quo incipere non poſſit. Pro parte quoque neque legari neque adimi via poteſt: &, ſi id factum eſt, neque legatum, neque ademtio valet.

Pro parte domini, id eſt, pro parte indiviſa, quæ undique diffunditur, ut recte Servius in illum Virgilii locum *Aen.* III. *vſ.* 634.

—— *Una undique circum*
Fundimur —— ——

Undique, inquit, *pro indiviſo*. Pro ea igitur parte indiviſa acquiri non poteſt ab uno ex dominis ſervitus, ut in *l. ut pomum* 8. §. 1. *hoc tit.* nam nec ab uno ex dominis conſtitui, vel imponi poteſt. *l.* 2. *hoc tit.* hoc autem *vulgo* traditum eſſe Modeſtinus ait, id eſt, eſſe vulgarem regulam juris, ex qua ſequitur, ut ſi quis fundum habens, viam aut aliam ſervitutem ſtipulatus ſit, deinde alienaverit partem fundi, corrumpat ſtipulationem in eum caſum deducendo, a quo incipere non potuit: remanet enim dominus pro parte indiviſa, cui ab initio non potuit acquirere ſervitutem: nunc igitur obſtat ei alia regula juris, quæ vult, ea, quæ ad hunc caſum pervenerunt, a quo non potuerunt incipere, evaneſcere, ſed tamen huic regulæ locum non eſſe favore ſervitutum, diximus ad *d. l. ut pomum* 8. §. 1. *hoc tit.* Cur igitur tam varie? quia hic caſus eſt de ſervitute, quæ debetur tantum, quæ nondum eſt conſtituta, nec adhæſit fundo, ideoque pro parte retineri non poteſt: at caſus *d.* §. 1. eſt de ſervitute, quæ non tantum debetur, ſed quæ etiam eſt conſtituta, quæ ſaltem pro parte retinetur. Idem dicendum eſt, ſi non partem fundi, ſed ſolidum fundum alienaverit, nam & ita extinguitur ſtipulatio. *l. ſi ſub una* 136. §. 1. *D. de verb. oblig.* ei enim, qui fundum habere deſinit, ſervitus deberi non poteſt, nec ſtipulatio tranſire poteſt in emptorem, in ſucceſſorem rei, quæ tantum tranſire poteſt in heredem, vel heredes, id eſt, ſucceſſores univerſi juris, quo caſu, etſi, pluribus heredibus relictis, ſtipulatio in hunc caſum deducta videatur, a quo incipere non poterat, obtinuit tamen, non evaneſcere ſtipulationem *l. ſi unus* 19. *D. de ſervit. ruſt. præd. l. pluribus* 140. §. *ult. D. de verb. oblig.* Subjicit Modeſtinus, hoc quoque receptum eſſe, ſervitutem neque legari pro parte neque adimi pro parte poſſe, ſi ſolida, puta, ſervitus initio legata ſit, & poſtea pro parte adimatur, ut in *l. legata* 14.

§. 1. *D. de adim. vel transf. leg.* hoc igitur casu neque legatum, neque ademptio valet, & falsum est, quod glossa notat, servitutem adimi pro parte posse, ut erudite Fulgosius notat ex *l.* 3 *D de servit. leg.* adimi videtur tacite, si pars fundi legati, ad quem servitus solida legata est, adimatur. Sed nec hoc casu ademptio valet, ut ex *d. l.* 3 colligere licet, adhibita interpretatione D. Cujacii (*s*), sine qua vix potest intelligi.

Ad Leg. 12. *D.* de servitutibus (*t*).

JAVOLENUS LIB. 4. EPISTOLARUM.

Non dubito, quin fundo municipum per servum recte servitus acquiratur.

Sciendum est ex veteri regula juris, de qua in *l.* 1. § *ult. D. de adq. possess.* municipes nihil per se possidere posse, quia in unum consentire non possunt. Eademque ratione dixit Ulpianus *lib. reg. tit. qui hered. inst. poss.* eos non posse per se cernere hereditatem, sed Nerva filius, ut est in *d.* §. *ult.* primus induxit posse municipes acquirere & possidere per servum publicum, quod tamen non fuit admissum ab omnibus, a Sabinianis puta: Nerva enim Proculejanus fuit, cum igitur hac de re non constaret adhuc, consultus fuit Javolenus, auctor hujus legis, an fundo municipum per servum adquiri possit servitus, & respondit Javolenus, se non dubitare, adquiri posse, constat autem Javolenum fuisse Sabinianum: & ita tandem admissa fuit sententia Proculejanorum. Et hoc est, quod Ulpianus ait in *l.* 2. *D. de adquir. possess. hoc jure utimur* &c.

Ad Leg. 13. *D.* de servitutibus.

POMPONIUS LIB. 13. AD QUINTUM MUCIUM.

Si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit, iter magis, quam via aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus.

Facilis est sententia hujus loci ex demonstratione & determinatione loci, per quem via concessa est, quamvis via, quæ actum & iter in se continet *l.* 2. *D. de servit. rust. præd.* concessa sit nominatim, iter censeri tantum

(*s*) Operum omnium Tomo VII.

(*t*) Hujus, & sequentis textus interpretatio abest a Thesauro Meermanniano.

tum esse adquisitum, si forte neque vehiculum, neque jumentum ea ire possit: quod si jumentum tantum, non vehiculum, actum videri adquisitum, ut actus valeat.

Ad Leg. 14. *pr. D.* de servitutibus.

PAULLUS LIB. 15. AD SABINUM.

Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Perdifficilis & perobscura quæstio est de usucapione servitutum, ad quam primum observandum est, diligenter separandam esse usucapionem a possessione longi temporis; usucapio inducta fuit *l.* XII. *tab.* & ea adquiritur dominium per continuationem possessionis anni vel biennii, ut Ulpianus docet *lib. regul. tit.* 19. rerum mobilium anni, immobilium biennii, sed in rebus tantum immobilibus Italici soli initio locum habuit, non in provincialibus; in mobilibus vero ubique, id est, tam in Italia, quam in provinciis §. 1. *Inst. de usucap. & longi temp. possess.* & *l. unic. C. de usucap. transform.* separatur Italia caput imperii & rerum domina a provinciis passim, & Italici a provincialibus *l.* 2. §. *item si extra* 5. *D. de judic. l.* 7. §. *si quis eam* 13 *D. de interd. & releg. l. notionem* 99. §. 1. *D. de verb. signif. l.* 1. *C. qui numero liber. se excus.* & in §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. divis.* Provinciales, ut Theophilus exponit in *d.* §. *per traditionem* 40. prædiorum provincialium non erant domini, sed usumfructum tantum habebant & plenissimam detentationem: rerum vero mobilium, quarum plerumque vilissima & volatica est possessio, usucapione dominium nanciscipotuerunt provinciales, quod benigne eis concessum fuit jure civili, id est, jure illo, quod interpretatio prudentum statim post *leg.* 12. *tab.* induxit, cui & usucapionem tribuit Justinianus in principio *d. tit. Inst. de usucap.* Usucapio igitur, quæ ab Ulpiano in *d. tit.* 19. dicitur *adeptio dominii*, & a Modestino in *l.* 3. *D. de usurp. & usucap. dominii adjectio*, qua scilicet adjicitur & apponitur, id est, adquiritur dominium; usucapio, inquam, ipso jure tutum reddit eum, qui tempore præstituto rem alienam usu suam fecit, quod & ipsum *capionis* verbum indicat satis, huic enim lex defert dominium, eripit vero misero domino, (ut loquitur dicta lex unica *C. de usucap. transform.*) qui rem suam intra definitum tempus petere contempsit. Extinguitur igitur actio in rem cum ipso dominio, & a lege novi dominii auctoritatem consequitur possessor, ut M. Tullius docet in *orat. pro Cæcina c.* 26. qui enim domi-

minium amiſit, actionem in rem habere non poteſt *l. in rem 23. pr. D. de rei vindicat* Cum igitur in quibusdam rebus non poſſit procedere uſucapio, puta in prædiis provincialibus, neque in prædiis vectigalibus vel emphyteuticariis *l. cum ſponſus 12. § in vectigalibus 2. D. de public. in rem act. l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus 26. D. de damno infect.* ideo in his rebus, & ſimilibus, inducta fuit longi temporis poſſeſſio. *l. 2. C. in quib. cauſſ. ceſſat long. temp. præſc.* Eſt enim præſcriptio, quæ ſcilicet datur ex longi temporis poſſeſſione, veluti ſubſidiaria uſucapionis, ut, in quibus rebus non ſufficiat tempus illud a *l. 12. tabul.* præſtitutum, longum tempus bonæ fidei poſſeſſorem defendat, nec ei certa & indubitata poſſeſſio auferatur §. 7. *vſ. & eorum Inſtitut de uſucap.*

Ex his apparet, magnam eſſe differentiam inter uſucapionem & præſcriptionem longi temporis. Uſucapione dominium adquiritur, & ſi forte is, qui uſucepit, poſſeſſionem rei uſucaptæ amiſerit, directa actione in rem, quæ datur domino, etiam adverſus veterem dominum agere poteſt: præſcriptione vero dominium non adquiritur, quia jure, quo introducta fuit, data tantum fuit exceptio, qua dominum aut creditorem agentem hypothecaria excludit bonæ fidei poſſeſſor, & ideo dicitur *præſcriptio*, id eſt, exceptio. Et obſervandum eſt, ſenſim interpretatione prudentum ad exemplum & ſimilitudinem uſucapionis effictam & efformatam præſcriptionem effectu ipſo omnia habuiſſe, quæ tribuere ſolet uſucapio, nam & Prætor utiles actiones dedit, & ita ei, qui rem, quæ uſucapi non poteſt, bona fide poſſidere cœpit, ante perfectum tempus, amiſſa poſſeſſione, datam fuiſſe Publicianam, perinde ac ſi uſucapere cœpiſſet, conſtat ex *l. cum ſponſus 12. §. in vectigalibus 2. D. de public. in rem act.* & finito tempore data quoque ei fuit utilis actio in rem, qua amiſſa poſſeſſionem repeteret *l. pen. pr. C. de præſcr. 30. vel 40. ann.* quæ nominatim ait, *id quoque veteribus legibus, ſi quis recte eas inſpiciat, conceſſum fuiſſe*; & ad hunc finem perducta longi temporis poſſeſſione, ut parum aut nihil ab ipſa uſucapione differre videretur; aperta tandem fuit via Juſtiniano, qua veterem uſucapionem in præſcriptionem transformaret, huic enim iniquum viſum eſt, breviſſimo tempore decemviralis uſucapionis anni vel biennii dominos res ſuas amittere, ideoque conſtituit in rebus immobilibus neceſſarium eſſe longum tempus 10. vel 20. annorum; in mobilibus vero triennium. *d. l. unica C. de uſucap transform.* Remanet tamen poſt hanc transformationem differentia inter uſucapionem & præſcriptionem; & hodie quædam eſt præſcriptio, quæ non eſt uſucapio; Juſtinianus quidem uſucapionem transformavit in præſcriptionem, id eſt, voluit, ea, quæ olim uſucapiebantur biennio, vel quæ hodie uſucapi poſſunt ex nova conſtitutione, longo tempore uſucapi, id eſt, eodem tempore, quo præſcriptio perficitur, ſed viceverſa non omnem præſcriptionem transformavit in uſucapionem, quia non omnia uſucapi voluit, & remanent hodie quædam, quæ ſimpliciter præſcribuntur, non uſucapiuntur, ut puta prædia ſuperficiaria, item emphyteuticaria, quæ ſi quis acceperit a non domino, ut jus ſuperficiei, vel jus emphyteuticum in eis habeat, jus illud non uſucapit, ſed longo tempore adquirit: quod etiam D. Cujacius docuit *Parat. Cod. de præſcript. long. temp.* an idem dicendum ſit de ſervitutibus

bus diligentius quærendum erit. Quod ſi quis forte quærat, cui bono ſit ſubtilis illa diſtinctio inter præſcriptionem & uſucapionem, cum, ut cœpi dicere, effectu ipſo appareat, non minus præſcriptionem ſecuritatem præſtare poſſeſſori, quam uſucapionem, quia hodie non ſolum habet exceptionem, ſed etiam actionem: reſpondeo eum, qui rem, quæ uſucapionem recipit, longo tempore cepit, dominium acquirere, & eam optimo jure poſſidere, uſucapione enim dominium adquiritur, ut Ulpianus docet *lib. regul. tit.* 19. §. *uſucapio* 8. eum vero, qui rem, quæ præſcribi tantum poteſt, non uſucapi, longo tempore præſcripſit, dominium non adquirere, quamvis utilem in rem actionem habeat, nec enim is, cui utilis actio datur, dominus eſt *l.* 1. §. 1. *D. ſi ager vectigal. vel emphyteut. pet.* Et ita recte Bulgarus præſcriptione non adquiri dominium, præſcriptione ſcilicet, quæ uſucapio non eſt, id eſt, quæ procedit in re, quæ uſucapi non poteſt, nam ſi poſſit uſucapi, ſi ſit præſcriptio, quæ & uſucapio dici poteſt, ſane dominium adquiritur, quo caſu vera eſt contraria ſententia Martini. Eſt igitur quædam præſcriptio, quæ uſucapio quoque eſt, & contra præſcriptio quædam, quæ non eſt uſucapio. Eſt etiam quædam uſucapio, quæ non eſt præſcriptio, quæ ſcilicet in rebus mobilibus locum habet & triennio perficitur: hæc hodie ſimpliciter & proprie uſucapio dici poteſt, & in §. 12. *vſ. quod noſtra Inſtit. de uſucap.* opponitur uſucapioni rei immobilis, in qua diutina poſſeſſio, id eſt, longum tempus deſideratur, quam in rem ſunt valde notanda hæc Juſtiniani verba in *d. l. unica C. de uſucap. transform. Si quis rem mobilem detinuerit per continuum triennium, is firmo jure poſſideat, quaſi per uſucapionem acquiſitam*, quia ſcilicet hoc caſu vere & proprie uſucapio remanet, & ſeparatur a præſcriptione, quæ longum tempus 10. vel 20. annorum deſiderat.

His poſitis accedamus ad quæſtionem in hac lege propoſitam, an fuerit admiſſa decemviralis uſucapio in ſervitutibus, & videamus, num vera ſit ſententia D. Cujacii, ruſticorum prædiorum ſervitutes, uſucapi nunquam potuiſſe, vel quia poſſideri non poſſunt, ſunt enim incorporales, vel quia naturalem intermiſſionem habent, ut docet hæc *lex* 14. juncta *l. cum uſusfructus* 13. *D. de uſufr. leg.* ſervitutes vero urbanas olim uſucapi potuiſſe, ideo quia tales ſunt, ut continuam poſſeſſionem habeant *l. ſervitutes, quæ in ſuperficie* 20. *pr. D. de ſervit. urb. præd.* legem tamen Scriboniam earum uſucapionem ſuſtuliſſe, ut traditur in *l.* 4. §. *ult. D. de uſurp. & uſucap.* quæ §. non pertinet niſi ad urbanorum prædiorum ſervitutes, nam de uſucapione libertatis tractat, quæ in urbanis tantum ſervitutibus locum habet; denique hoc totum ſic concludendum eſſe cenſet, nec ruſticorum, nec urbanorum prædiorum ſervitutes uſucapi poſſe; ruſticorum uſucapioni obſtare rationem juris, urbanorum legem Scriboniam. Eſt autem, inquit etiam, moribus recepta lex Scribonia *l. ſi aliena* 10. §. 1. *D. de uſurp. & uſucap.* & hoc eſt, quod in hac *lege* 14. cum oſtendiſſet, rationem hoc non pati, ut ruſticorum prædiorum ſervitutes uſucapi poſſint, Paullus ait, *idem & in ſervitutibus urbanorum prædiorum obſervatur*, non illa ſcilicet ratione, ſed lege Scribonia & more majorum. Denique mixto jure fit, ne urbanorum prædiorum ſervitutes uſucapi poſſint, quod enim lege fit, moribus comprobata, mixto jure fit: argumen-

to est actio ex lege Cornelia de injuriis, quam Paullus *lib. 5. sentent. tit. 4. de injuriis* §. 8. ait mixto jure esse introductam, item illa juris definitio de quæstione servi in dominum non habenda; quam vetere SCto Cornelius Tacitus *Annal. lib. 2. c. 30.* more majorum M. Tullius *pro Dejotaro c. 1.* munitam ait.

Hæc est incomparabilis JCti sententia, quam non possum admittere, his rationibus fretus; Primo quia rationes, quas Paullus affert ad excludendam usucapionem servitutum rusticarum, non videntur esse veræ, & certæ rationes, imo manifeste claudicant: nam quod attinet ad primam, quia incorporales sunt, eadem ratione dicendum videtur admittendam non esse usucapionem servitutum urbanarum, quas quoque incorporales esse constat. Secundam vero falsam esse, in quibusdam rusticis, quis non videt? ut in aqua, quæ perpetuo fluit *l. 1. §. quæsitum 21. D. de aqua quotid. & æstiv. l. qui fundum 12. D. quemadm. servit. amitt.* & in servitute aquæ ductus apparet continuam esse possessionem operis facti, puta lapidei vel cæmentitii aut fistularum, de quibus in *l. si prius 17. §. 1. D. de aq. & aq. pluv.* & in *l. Quintus Mutius 15. D. de servit. rust. præd.* & rursus dari potest servitus urbana, quæ continuam possessionem non habet. Sunt igitur rationes quales quales recepti & explorati juris, cujus origo diligentius exquirenda est. Secundo servitutes rusticas usucapi potuisse, probat insignis locus M. Tullii in *orat. pro Cæcina c. 26.* qui usucapionem tam in fundo, quam in servitutibus rusticis locum habuisse liquido ostendit his verbis: *fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus: aquæ ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur*, cum enim ait *auctoritas*, utitur notissimo juris *legis* XII. *tabul.* verbo, quo usucapio designatur. Lex XII. *tabul.* scripta fuit de fundo, ut est notissimum, sed tracta fuit ad ædes & ad servitutes tam rusticas quam urbanas, interpretatione prudentum: & hoc est, opinor, quod ait M. Tullius, usucapionem fundi dari *legibus*, usucapionem servitutum *jure civili*, servitutes enim, quamvis vere non possideantur, quia sunt incorporales, tamen quasi possidentur, & facile fuit in quibusdam rusticis, quæ natura sui intermissionem habent, ut loquitur *lex 13. D. de usufr. legat.* fingere continuationem possessionis, quemadmodum perpetuo & assidue cadere fingitur aqua de cœlo, etsi id non semper fiat in *l. foramen 28. D. de servit. urb. præd.* Tertio, si servitutes rusticæ biennio non utendo amittuntur, quid vetat eas eodem tempore usucapi posse, imo quia usucapi potuerunt biennio, receptum fuit, eas amitti posse biennio, & hujus usucapionis certissima vestigia remanent in servitute rustica, ut observo ex sententia Paulli, quæ exstat *lib. 1. sentent. tit. 17. de servit.* §. 2. nam postquam Paullus docuit, amitti servitutes rusticas non utendo, sine ullo facto ejus, qui servitutem debet, a quo usucapi non potest libertas earum servitutum, quæ non utendo amittuntur, subjicit deinde, servitutes rusticas biennio quidem omissas intercidere, sed biennio usurpatas recipi, verba Paulli hæc sunt: *servitus hauriendæ aquæ vel deducendæ, biennio amissa, intercidit, & biennio usurpata recipitur*, quæ ita recte Anianus vetus interpres exposuit, *usus hauriendæ aquæ vel ducendæ, si bien-*

biennio deſiterit, non utendo perit, & ſi iterum biennio in uſum fuerit reducta, aqua ſcilicet, *recipitur*; quod autem Paullus ait *amiſſam biennio*, hoc de continuo & abſoluto biennio accipiendum eſſe, quis non videt? computatione ſcilicet facta, ut fieri ſolet in uſucapione, quæ non perficitur, niſi quis poſtremum diem biennii attigerit *l. in uſucap. 6. D. de uſurp. & uſucap. l. penult. pr. D. de diverſ. & temp. præſcr.* Et quemadmodum quis non poteſt videri uſucepiſſe, niſi hoc tempus impleverit, ita non poteſt videri amiſiſſe ante tempus conſtitutum, & ſufficit ſervitutem uſurpare, antequam tempus præſtitutum omnino perficiatur. Finge, decem tantum dies ſupereſſe, vel quatuor aut quinque: inſtare denique amiſſionem ſervitutis, ſed ante finitum tempus, ante momentum illud, quo tempus præſtitutum perficitur, uſum fuiſſe aliquem debita ſervitute per tempus illud, quod deëſt ad perficiendam amiſſionem, an hoc caſu dicendum eſt, uſurpationem factam intra tempus illud non poſſe amiſſionem interrumpere, nec recipi ſervitutem, niſi forte ab eo tempore, quo cœpit interrumpere, biennium integrum impleverit, ut vult D. Cujacius? quod plane pugnat cum ratione juris & ſenſu communi: nam nec ante tempus perfectum amiſſa videri poteſt, nec aliud tempus neceſſarium eſt ad retinendam ſervitutem, quia ſufficit eam uſurpari intra tempus, quo amittitur. Cæterum manifeſta verba Paulli cavillari non poſſumus; ait *biennio amitti*, ergo neceſſe eſt illud biennium perfici ſine uſu ejus, qui ſervitutem habet, antequam amiſſa dicatur: & rurſus Paullus ait *retipi uſurpatam biennio*; ſi recipitur, ergo fuit amiſſa & ita paſſim in his libris, locis notiſſimis, quis dicitur *recipere* amiſſam perſonam, dignitatem, civitatem, libertatem, priſtinum jus: & valde notanda eſt differentia inter ſervitutes ruſticas & urbanas, quam haurio ex vera interpretatione dictæ ſententiæ Paulli: notiſſimum eſt ex *l. 6. D. de ſervit. urban. præd.* ſervitutes ruſticas amitti non utendo, ſine ullo facto ejus, qui ſervitutem debet, quod & ſupra ex eodem Paullo docui: ſervitutes vero urbanas non omnino perire non utendo, ſed ita ſi vicinus ſimul libertatem uſucapiat: difficilius ergo amittuntur urbanæ, nam ſi ædes tuæ, ædibus meis ſerviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, ut in *d. l. 6* & ego per ſtatutum tempus ædes meas præfixas habuero; ita meum jus amitto, ſi tu per hoc tempus ædes tuas ſublatas habueris. Ruſticæ facilius amittuntur, ſed in hoc relevantur, quod non fuit obſervatum, ut amiſſæ non utendo biennio rurſus uſurpatæ, id eſt, in uſum reductæ, eodem tempore recipiantur, & hoc eſt quod Paullus diſertis verbis dixit in *d. ſententia*; ratio differentiæ perſpicua eſt: ruſticarum libertas, ut idem Paullus docet, uſucapi non poteſt, ideoque, quamvis amiſſæ ſint non utendo biennio, ſi tamen is, qui ſervitutem ruſticam debet, poſt abſolutum biennium rurſus patitur eum, qui ſervitutem amiſit, eadem ſervitute, eodem tempore uti, recipitur & redintegratur ſervitus amiſſa, cujus ſcilicet libertas uſucapta non eſt, quia non potuit uſucapi; urbanæ vero ſervitutis libertas uſucapitur, nec niſi uſucapta libertate amittitur, ſed ſi amiſſa ſit, non recipitur. Difficilius igitur amittitur urbana, ſed ſemel amiſſa, nunquam recipitur; & contra ruſtica facilius amittitur, ſed eadem facilitate recipitur iterum uſurpata. Ex hoc ergo loco, diligenter & fideliter explicato, concludere licet, receptam fuiſſe ſervi-

tutis ruſticæ uſurpationem, quæ uſurpatio, ſi verum amamus, nihil aliud eſt quam nova quædam uſucapio ſervitutis amiſſæ, & *uſurpatio* potius, quam *uſucapio*, quia uſu recipitur jus, quod quis antea habuit, quod tanquam ſuum rurſus uſurpare videtur, quaſi non ſit penitus amiſſa ſervitus, cujus libertas non potuit uſucapi: quod ſi amiſſa, recipi potuit biennio, id eſt iterum adquiri quaſi poſſeſſione biennii. Præſtat hæc adquiſitio non leve argumentum, ex quo inferre licet, non obſtare uſucapioni ſervitutum ruſticarum quales quales rationes, quibus Paullus utitur in hac lege.

Ex his apparet, temere non eſſe admittendam D. Cujacii ſententiam, ſervitutes ruſticas nunquam uſucapi potuiſſe: quod autem idem vir præſtantiſſimus ſecundo loco ait, legem Scriboniam nominatim ſuſtuliſſe uſucapionem ſervitutum urbanarum, quam moribus deinde comprobatam eſſe cenſet, & mixto jure fieri, ne ſervitutes urbanorum prædiorum uſucapiantur, *quod enim*, inquit, *lege fit*, *moribus comprobata*, *mixto jure fit*, ex loco Paulli ſupra notato, id perſpicuis argumentis impugnandum ſuſcipio. Primum obſervandum eſt, veriſſimum eſſe, quod acute animadvertit, verba, quibus Paullus in hac lege utitur, ut doceat uſucapionem ſervitutum urbanarum eſſe ſublatam, aperte deſignare, jus moribus receptum. *Idem*, inquit Paullus, *in ſervitutibus urbanis obſervatur*, & apertius Ulpianus in *l.* 10. §. 1. *D. de uſurp. & uſuc.* *hoc jure* inquit, *utimur*, *ut nusquam ſervitutes per ſe longo tempore capiantur*, id eſt, uſucapiantur, qui locus, quia de ædificiis loquitur, capiendus eſt de ſervitutibus urbanis, in quibus magna dubitatio fuit; & notandum eſt, hæc verba *hoc jure utimur*, plerumque ſignificare, jus fuiſſe controverſum, quod deinde uſus & tritura fori certum fecit, ut in *l.* 1. §. *ult.* juncta *l.* 2. *D. de adq. vel amitt. poſſeſſ.* cum ſimilibus: Recte igitur colligit Cujacius, jus hoc, quod obtinuit, ſervitutes urbanas non poſſe uſucapi, fuiſſe moribus receptum, ſed quia *l.* 4. §. *ult. D. de uſucap. & uſurpat.* id tribuit legi Scriboniæ, hoc ita exaudiendum eſſe cenſet, ut, quod lege Scribonia nominatim conſtitutum fuit, deinde uſu frequentatum atque receptum, mixto jure videatur inductum, lege ſcilicet nominatim hac de re ſcripta & uſu deinde, qui legem admiſit & confirmavit. Sed, quod pace viri magni dictum ſit, videtur huic ſententiæ duplex ineſſe error. Primum enim hoc valde novum & inauditum eſt, id, quod lege quadam primum inductum eſt, quod deinde uſu receptum ſit, fieri lege & moribus: hoc ſi admittimus, non in lege Scribonia ſingulare erit, ſed commune erit cuilibet legi, quæ in republica obtineat & recepta ſit, quod videtur ridiculum: imo jus, quod *lege* inductum, opponitur juri *moribus* recepto in *l.* 8. *D. de ritu nupt. hoc jus*, inquit, *moribus*, *non legibus introductum fuit.* Scio jus, quod moribus primum induci cœpit, lege poſtea lata plerumque confirmari, ut pleraque translata fuiſſe conſtat ex moribus antiquis pop. Rom. in *ll.* XII. *tabul.* & hoc ſenſu Modeſtinus ait in *l.* 4. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.* *Jam hoc jure utimur ex conſtitutione D. Marci*, *ut*, *qui in alterum caſum ſubſtituit*, *in utrumque ſubſtituiſſe intelligatur.* Ante conſtitutionem D. Marci hoc jus receptum fuiſſe moribus neceſſario colligitur ex §. *ſequenti*, ubi JCtus ait, hoc jus tractum fuiſſe ad reciprocam conſtitutione D. Pii. Ergo obtinuit ante D. Marcum, quia D. Pius antiquior eſt

D.

D. Marco: eodemque exemplo tolerabilis eſſet ſententia, ſi quis diceret, mores primum ſuſtuliſſe uſucapionem ſervitutum urbanarum & hoc jus poſtea lege Scribonia confirmatum fuiſſe; mores præcedentes lex ſequens dubitationis tollendæ cauſſa ſæpe confirmat, & recte hoc caſu tribuere licet idem jus & legi & moribus. Contra quoque præcedentem legem, quæ de certo caſu nominatim lata eſt, mores & interpretatio prudentum trahere ſolent ad ſimiles caſus; ſic lex Voconia, quæ de ſucceſſione teſtamentaria fœminarum tantum loquebatur, tracta fuit ad ſucceſſionem ab inteſtato moribus; *media jurisprudentia*, ut Juſtinianus loquitur §. 3. *Inſtit. de legit. agnat. ſucc.* & hoc eſt, quod Paullus ait, id fieri jure civili, *Voconiana ratione*, ſic enim ille locus reſtituendus eſt. Lex quoque Falcidia, quæ de legatis primum lata fuit, tracta deinde fuit ad fideicommiſſa & in omnibus quarta deduci dicitur ex lege Falcidia *l. in quartam* 91. *D. ad leg. Falcid.* quamvis in fideicommiſſis particularibus hoc jus moribus inductum ſit, ratione Falcidiaria, ut colligere licet ex *l.* 1. §. *Marcellus* 3. *verſic. hodie* (in al. edd. §. 5.) *D. ſi cui plus quam per leg. Falc.* His igitur & ſimilibus caſibus recte quid fieri dicitur lege & moribus. Primo caſu, lex nominatim conſtituit id, quod jam mores induxerant, ſecundo mores legem imitantur & trahunt ad ſimiles caſus, ſed hoc vel illo caſu nulla fingi poteſt mixtura juris. Vis videre, quam hoc verum ſit? primo caſu lex confirmat ſimpliciter id, quod mores induxerunt, ergo jura non commiſcentur inter ſe, ſed idem & merum jus remanet poſt confirmationem; ſecundo caſu lex trahitur moribus ab uno caſu ad alium ſimilem. Nulla eſt igitur confuſio juris, ſed idem jus obtinet in caſibus ſimilibus, quod obtinebat in caſibus nominatim lege definitis: non poteſt igitur his omnibus modis dici quid mixto jure fieri, quamvis admittas ſententiam Cujacii, quæ vult, legem moribus confirmari, nam ſi mores ſimpliciter legem confirmant, quæ mixtura, vel confuſio fingi poteſt, ut aliquid fieri dicatur mixto jure? Duo diverſa jura, ſimul confunduntur, & commiſcentur, ut jure mixto quid inducatur. Sic Julianus duobus diverſis, imo contrariis, capitibus legis Vellejæ commixtis reſpondere dicitur in caſu difficili propoſito in *l. Gallus* 29. §. *ille caſus* 45. *D. de lib. & poſtum.* Et teſtimonium, quo D. Cujacius utitur, hanc plane interpretationem confirmat: ait Paullus, *actionem injuriarum aut lege aut moribus, aut mixto jure eſſe introductam*; *lege* ſcilicet XII. tabul. de famoſis carminibus, membris ruptis & oſſibus fractis; *moribus*, quoties factum ſcilicet qualecumque pro qualitate ſua arbitrio judicis æſtimatur; *mixto jure* ex lege Cornelia agi, quoties quis pulſatur verberaturve, vel cujus domus introitur. Cur mixto jure ex lege Cornelia his caſibus dicitur? an quia lex Cornelia fuit moribus confirmata, minime, ſed quia, ut colligitur ex *l. lex Cornelia* 5. *in principio & ex l. conſtitutionibus* 37. §. 1. *D. de injur.* ex lege Cornelia datur actio tribus caſibus lege comprehenſis, condemnatione æſtimatione Judicis facienda, quod poſtremum quis non videt ſumptum eſſe ex actione moribus introducta, in qua factum arbitrio judicis æſtimatur. Mixto jure igitur actio injuriarum certis caſibus ex lege Cornelia conſtitui dicitur, quia cum jure, lege Cornelia certis caſibus introducto, mixtum fuit jus moribus inductum, ut arbitrio Judicis æſtimatio fiat, ſeu quia actioni ex lege Cornelia

inductæ ineſt æſtimatio moribus inducta; ſic mixtum imperium dicitur, cui jurisdictio ineſt. *l.* 3. *D. de jurisd.* Hanc juris mixturam poſſum variis exemplis confirmare, ſed hæc ſufficiant, ut ſtudioſis conſtet nulla parte ſententiam D. Cujacii poſſe conſiſtere. (†). Hac igitur exploſa, meam ſententiam mihi proferre liceat. Exiſtimo, legem Scriboniam nominatim ſuſtuliſſe uſucapionem ſervitutum ruſticarum, quam jus civile, ut jam præmunivi, induxerat. Quod ſi forte quæras, cur potius ruſticarum, quam urbanarum, uſucapio hac lege ſublata ſit, dicam difficile eſſe rationem reddere hujus novi juris, hac lege inducti, ut difficile eſt reddere rationem legis Claudiæ, quæ tutelas fœminarum, non maſculorum ſuſtuliſſe (*u*) dicitur apud Ulpian. *lib. regul. tit.* XI. *de tutel.* §. 8. & in hoc ipſo tractatu, vix reddi poteſt ratio differentiæ ſupra explicatæ, ruſticarum libertatem uſucapi non poſſe, urbanarum vero libertatem poſſe uſucapi, ruſticas pignori opponi poſſe; urbanas vero non poſſe (*v*), quod quoque certum eſt ex *l.* 11. §. *ult. D. de pignor.* & ridiculi ſunt interpretes, dum quærunt differentiæ rationem: & cur, quæſo, Ulpian. in *libr. regul. tit.* 19. ruſticas ſervitutes tantum recenſet inter res mancipi, quæ omnia explicare non eſt hujus loci, & imitari licet hac in parte modeſtiam veterum, qui ad ſimiles quæſtiones reſpondere ſolent: non omnium, quæ a majoribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt. *l. non omnium* 28. *D. de legib. & SCtis.*

Ut ad propoſitam quæſtionem aliquid reſpondeam, ſi in re tam obſcura conjecturæ locus eſt, tentari poteſt, cauſſam hujus juris inducendi hanc fuiſſe, quia iniquum viſum eſt, abſentibus dominis & res ruſticas contemnentibus, qua

(†) Quæ abhinc ſequuntur uſque ad ſimile ſignum, deſunt apud Ampliſſ. Meerman.

(*u*) Imo *ſuſtinuiſſe*, uti agnoſcit & contra Cujacium defendit ipſe Janus a Coſta ad *tit. Inſt. de leg. patron. tut.* & infra ad *l.* 4. *Cod. de reb. cred.* ubi vide plura notata.

(*v*) An ſervitutes oppignorari queant, variatur ſententiis. Fuſe de hac quæſtione agit A. Faber *Conjectur. lib.* XIX. *c.* 67. refellens, nec ſine cauſſa, partim Cujacium *Obſ. lib.* XV. *c.* 6. partim Franciſcum Duarenum *Diſp. Anniverſ. lib.* II. *c.* 13. quorum prior omittit diſtinguere inter ſervitutes olim conſtitutas, easque, quæ pignoris cauſſa jam nunc conſtituuntur; poſterior vero inter ſervitutes ruſticas & urbanas. Duareno e recentioribus adſentitur Clar. J. Voet ad *tit. D. commun. præd.* §. 8. Enimvero ſervitutes conſtitutæ una cum prædiis, quibus debentur oppignorari poſſunt; ſeorſum ſine prædiis nequeunt ob rationem legis *quid aliud* 86. *D. de V. S.* ſervitutes nondum conſtitutæ, urbanæ pignori hypothecæve dari nequeunt. *l.* 11. §. *ult. D. de pign. & hyp.* intelligendum enim ibi Marcianum de nondum conſtitutis, docet ſubjecta antitheſis in *lege ſeq.* 12. *pr.* ubi Paullus ex Pomponio affirmat, ruſticas, quæ in rerum natura non ſunt, poſſe pignoris cauſſa conſtitui, donec ſolvatur debitum, tuitione videlicet prætoria. *arg. l.* 4. *D. de ſervit. d. l.* 12. *in verb. propter utilitatem contrahentium.* Ruſticæ enim poſſunt & aliis eſſe utiles, adeoque, debitore non ſolvente, emtorem invenire, ſecus ac urbanæ. Cujacius *d. loc.* Quod ſi qua tamen ſervitus urbana poſſit alii utilis eſſe, uti accidere poteſt in ſervitute proſpectus, non dubito, quin & hæc pignoris cauſſa, donec ſolvatur debitum, conſtitui poſſit. Atque huc redire videtur ſententia viri Clar. A. Schultingii *Theſ. decad.* LXXVIII. §. 8.

qua de re Varronis, Palladii, Columellæ & Plinii notissimæ sunt querelæ, supinitate, malitia & negligentia colonorum & villicorum, deteriorem fieri conditionem prædiorum rusticorum, & in hac lege hujus juris, quo obtinuit servitutes rusticas, usucapi non posse, Paullus ex Sabino fucatas quasdam & probabiles, ut dixi, rationes affert, quibus Sabinus efficere tentabat, hoc jus in rusticis tantum procedere, non in urbanis; sed quia post legem Scriboniam cœperunt prudentes eandem æquitatem trahere ad urbanas, quod non obtinuit sine controversia, adnotat Paullus ad Sabinum, idem in urbanis observari, quod receptum tamen non fuerat ætate Sabini: controversum autem jus fuisse, liquido ostendunt verba Ulpiani in *d. l.* 10. §. 1. *D. de usurp. & usucap. supra explicata.* Fuit igitur tandem tracta lex Scribonia, quæ scripta fuit de rusticis, moribus & interpretatione ad urbanas; & ita recte & legi Scriboniæ & moribus hoc jus tribui potest: legi, quia ab uno casu ad alium lex tracta fuit, ut in exemplis supra propositis; moribus, quia mores hoc jus, quod ad rusticas tantum pertinebat, traxerunt ad urbanas. Utrumque igitur verum est, quod *dd. locis* Paullus & Ulpianus scribunt, legem Scriboniam sustuliisse usucapionem omnium servitutum, quamvis species *d. l.* 4. §. *ult. D. de usurp. & usus.* sit de servitutibus urbanis tantum: generaliter lex Scribonia dicitur sustuliisse usucapionem servitutum vel disertis verbis scilicet, vel interpretatione & sententia, & quod fit ex sententia legis, lege fieri dicitur *l.* 6. §. 1. *D. de verb. signif.* & rursus verum est, moribus inductam fuisse usucapionem servitutum urbanarum, quia ad urbanas legem Scriboniam mores induxerunt. Summa igitur superioris disceptationis hæc sit. Vetusto jure civili servitutes tam rusticas quam urbanas usucapi potuisse; sed legem postea Scriboniam, nominatim sustuliisse usucapionem servitutum rusticarum, quod jus moribus tractum fuit ad servitutes urbanas: & ita generaliter neque rusticæ neque urbanæ usucapi possunt, sed quia non usucapiuntur, usu diuturno, longo tempore, vetustate adquiri possunt *l. foramen* 28. *D. de servit. urban. præd. l. si quis diuturno* 10. *pr. D. si servit. vind. l.* 1. §. *ult. D. de aqu. & aq. pluv. arc. l. apparet* 5. §. *pen. D. de itin. act. priv. l.* 1. *& 2. C. de servit.* Hæc autem acquisitionum genera diversa esse jam docui, & recte Cujacius dicit, male ex his locis colligere interpretes, servitutes usucapi potuisse. Quo autem juris progressu receptum sit, servitutes adquiri diuturno usu, vulgo non observatur, nec dubito Prætorem primum hoc jus induxisse, ut colligere licet ex *l. ult. D. de aq. & aq. pluv.* Etenim eodem tempore, quo usucapio servitutum recepta fuit, id est, ante legem Scriboniam, & ante inductam præscriptionem 10. vel 20. ann. constitutionibus principum, necessitas hujus juris inducendi hæc fuit: usucapio procedere non potuit sine titulo, sed si quis sine titulo bona fide tamen, nec vi, nec clam, nec precario usus fuerat servitute longo tempore, utilitas finiendarum litium, quæ frequentissimæ erant de servitutibus inter vicinos, suasit, hanc vetustatem pro jure esse habendam *l.* 2. *pr. D. de aq. & aq. pluv. arc.* Et data fuit hoc casu a Prætore non solum exceptio, sed etiam utilis actio, ut est in *d. l. si quis diuturno* 10. *pr. D. si serv. vind.* †

Sed quæritur, quæ sit definitio hujus vetustatis? nam *l.* 3. §. *ductus* 4.

D.

D. de aq. cotid. & æst. vetuſtatem deſiderat, quæ hominum memoriam excedat, & varie accipitur longum tempus vel longa conſuetudo, ut D. Cujacius docuit in *parat. C. quæ ſit long. conſuet.* Exiſtimo, hoc primum poſitum fuiſſe in arbitrio Prætoris, an tempus, quo quis contendebat, ſe uſum fuiſſe ſervitute, ſufficeret ad inducendam longam conſuetudinem, quod innuere videntur Ulpiani verba in *d. l. ſi quis diuturno* 4. *D. ſi ſerv. vind. in verbis forte per annos tot*; non ait, per 10. *vel* 20. *annos* fuit igitur tempus arbitrarium, quia hoc poſitum fuit in cognitione Prætoris, an vetuſtas ſatis longa eſſet ad hoc jus conſtituendum: ſed poſtquam inducta fuit præſcriptio 10. vel 20. annorum conſtitutionibus principum *l. dolia* 76. §. 1. *D. de contrah. empt.* id eſt, poſtquam fuit conſtitutum, præſcriptionem longi temporis acquiri 10. vel 20. annis, in ſervitutibus idem tempus quoque ſufficere Principes reſcripſerunt *d. l.* 1. *&* 2. *C. de ſervitut.* & ita Paullus *lib.* 5. *ſent. tit. de re judicata*, in regula juris, quæ vult poſt longum ſilentium rem judicatam in judicium deduci non poſſe, longum tempus computandum eſſe cenſet, exemplo longæ præſcriptionis, reſcriptis principum inductæ: & quamvis in hac præſcriptione longi temporis, conſtitutionibus introducta, titulus neceſſarius ſit, ut Dominus Cujacius docuit in *parat. Cod. de præſcript. long. temp.* retinent tamen ſervitutes hoc ex veteri jure Prætorio, ut in his non ſit neceſſe docere de titulo *d. l. ſi quis diuturno* 4. *D. ſi ſervit. vind.* recte igitur D. Cujacius & præſcriptionem 10. vel 20. ann. & vetuſtatem longiorem, vicem obtinere jure conſtitutæ ſervitutis; vetuſtatem jure Prætorio; præſcriptionem 10. vel 20. annorum ex conſtitutionibus: & ita hæc jura ſunt ſeparanda & diſtinguenda.

Reſtat, ut videamus, utrum hodie transformata uſucapione recte dici poſſit, ſervitutes, quæ poſt legem Scriboniam decemvirali uſucapione non potuerunt uſucapi, hodie uſucapione Juſtinianea, uſucapi poſſunt, quod cum D. Cujacio in *d. l.* 4. §. *ult. de uſurp. & uſucap.* paſſim viri docti admittunt & confirmari poteſt ipſa *lege unic. C. de uſuc. transf.* ubi Juſtinianus nominatim ait, transformationem ſuam locum habere in rebus, quæ immobiles ſunt, aut eſſe intelliguntur. At ſervitutes jure immobilium cenſentur, & pro immobilibus habentur, ergo & in his uſucapio Juſtinianea procedere poteſt. Sed contraria ſeutentia placet magis, quam & tandem placuiſſe D. Cujacio facile ſtudioſus animadvertere poteſt, ſi diligenter excutiat ea, quæ idem vir magnus ſcripſit in *parat. C. de præſc. long. temp.* moveor hac validiſſima ratione, quia hæc videtur fuiſſe Triboniani mens in *d. l.* 10. §. 1. *D. de uſurp. & uſuc.* ubi manifeſte Ulpiani verba immutavit, quod & erudite D. Cujacius obſervavit, ſed an ideo nobis licet Tribonianum, in quem ipſe tot laudes conjicit in *præfat. parat. Cod.* inſimulare imperitiæ & ſtultitiæ? *Hoc jure utimur*, inquit, *ut ſervitutes nusquam longo tempore capiantur*, hoc falſum eſt, ſi dicamus uſucapi ſervitutes uſucapione Juſtinianea. Concludamus igitur non poſſe longo tempore capi, id eſt, uſucapi, ſed longo tempore adquiri, ut de ſuperficiariis & emphyteuticariis prædiis initio diximus: & quod ait dicta lex unica *in rebus, quæ immobiles eſſe intelliguntur*, hoc dicendum eſt procedere in mancipiis, quæ prædiis adhærent, in reditibus certis *l.* 3. *D. de diverſ. & tempor. præſc.*

l. ju-

l. jubemus nulli 14. *princ. C. de ſacroſ. Eccleſ.* in panibus, qui junguntur ædibus. *l. hereditatis* 12. *C. de hered. inſtit. l. ult. §. præterea* 2. *C. de jur. dot.* & *l.* 1. 11. 12. *&* 13. *C. Theod. de annon. civilibus.* Hæ ſunt igitur res, quæ pro immobilibus habentur, in quibus locum habere poteſt uſucapio Juſtinianea, non in ſervitutibus, de quibus hoc nullo loco nominatim proditum eſt. Remanet ergo vetus jus, ſervitutes hodie non uſucapi, ſed longo tempore adquiri. Ut autem ſtudioſus in numerato habeat, originem, ſeriem & progreſſum hujus juris, hæc ſumma capita notanda ſunt, quibus comprehendo ea omnia, quæ jam a me ſatis ſuperque probata ſunt.

1. Vetuſtiſſimo jure civili ſervitutes tam ruſticas, quam urbanas biennio uſucapi poſſe.

2. Sed quia uſucapio biennii ſine titulo non procedebat, jus prætorium finiendarum litium cauſſa longam conſuetudinem & vetuſtatem etiam ſine titulo tueri cœpiſſe, ut, in quibus non procedebat uſucapio, longa conſuetudo vicem jure conſtitutæ ſervitutis obtineret.

3. Legem Scriboniam, poſt jus illud, tam jure civili quam prætorio conſtitutum, latam videri & ſuſtuliſſe nominatim uſucapionem ſervitutum ruſticarum.

4. Sed tractam deinde fuiſſe moribus & interpretatione ad ſervitutes urbanas.

5. Uſucapione ſervitutum ſublata lege, remanſiſſe longam conſuetudinem jure Prætorio introductam.

6. Tempus, quo longa conſuetudo perficitur, primum arbitrarium fuiſſe & poſitum in cognitione Prætoris.

7. Sed inducta Principum conſtitutionibus præſcriptione 10. vel 20. annor. ad hujus præſcriptionis exemplum definitam fuiſſe & ita ſervitutes non uſucapi, ſed longo tempore adquiri.

8. Quod jus etiam hodie remanet transformata uſucapione a Juſtiniano.

Ad §. ejusdem l. 14. D. de ſervitutibus (*y*).

Servitus itineris ad ſepulcrum privati juris manet, & ideo remitti domino fundi ſervientis poteſt, & acquiri etiam poſt religionem ſepulcri hæc ſervitus poteſt.

Duo caſus proponuntur in hac §. Titius ædificavit ſepulcrum in ſuo, & antequam mortuum inferret, faceretque locum religioſum (locus enim religioſus fit illatione mortui, toto *tit. de relig. & ſumpt. fun.*) iter ad ſepulcrum

(*y*) Quæ ad §. 1. 2. *h. l.* & ad *leg. ult. hoc tit.* hic exſtant, deſunt in *Theſ. Meerm.*

crum adquiſivit per vicinum fundum ac deinde mortuum intulit, & ita locus cœpit eſſe religioſus, neque eſt in bonis Titii. Quæritur, an ſaltem ſervitus ad religioſum locum maneat privati juris, & ita domino fundi ſervitus remitti poſſit ab eo, qui loci religioſi dominium amiſit? Secundus caſus hic eſt: Finge, idem Titius mortuum intulit in ſepulcrum & ita locum fecit religioſum, ante adquiſitam ſervitutem. Quæritur, an poſt loci religionem ſervitus ad ſepulcrum adquiri poſſit? utriusque caſus eadem eſt ratio dubitandi, domini tantum adquirunt vel remittunt ſervitutes. *l. unus ex dominis* 2. *D. de ſervit. l.* 1. §. 1. *D. comm. præd. l.* 1. *D. ſi ſervit. vind.* At Titius utroque caſu definit eſſe dominus. Ergo neque remittere, neque adquirere poteſt ſervitutem. Sed breviter reſpondendum eſt, Titium non omnino amittere dominium loci religioſi, eſſe quaſi dominum, habere quaſi proprietatem, quod liquido probat interdictum de mortuo inferendo, quod Titio competere poteſt, in quo interdicto ſimul cum poſſeſſione quæritur de proprietate quodammodo *l.* 2. §. *quædam* 2. *D. de interd.* de jure dominii. *l ſunt perſonæ* 43. *D. de Relig. & ſumpt. fun.* propter illam igitur quaſi proprietatem videtur quaſi dominus, & quaſi jure dominii hanc ſervitutem remittere & adquirere poteſt.

Ad §. ult. l. 14. & *l. ſi intercedat* 21. *pr.* D. de ſervitutibus, quæ alias eſt lex 1. D. de ſerv. præd. urb.

Publico loco interveniente vel via publica, hauſtus ſervitus imponi poteſt, aquæ ductus non poteſt. A Principe autem, peti ſolet, ut per viam publicam aquam ducere ſine incommodo publico liceat. Sacri & religioſi loci interventus etiam itineris ſervitutem impedit: cum ſervitus per ea loca nulli deberi poſſit.

PAULLUS LIB. 21. AD EDICTUM.

Si intercedat ſolum publicum vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi ſervitutes impedit, ſed immittendi, protegendi, prohibendi (z) *item fluminum & ſtillicidiorum ſervitutem impedit, quia cœlum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debet.*

Ait, publicum locum intervenientem, vel viam publicam impedire ſervitutem aquæ ductus, non aquæ hauſtus, non itineris actusve, vel altius tollendi, quod addendum eſt ex *lege ſi intercedat* ultima *hoc tit.* quæ male in Pan-

(z) Rectius Haloander & Hugo a Porta edidere *projiciendi.*

Pandect. Florent. posita est sub tit. *de servitut. urban. præd.* differentiæ ratio hæc est, quia per locum publicum, vel viam publicam ire, agere quis potest, vel ad hauriendam aquam sine incommodo publico, & publicis locis promiscue omnibus uti licet *l.* 1. §. *ult. D. de adq. vel amitt. possess.* Idem dicendum est de servitute altius tollendi, quæ nullo quoque incommodo loco publico esse potest: diversum jus obtinet in servitute aquæ ductus, nam, ut est notissimum, nemo potest aquam ducere sine opere terraneo vel lapideo *l.* 2. & 3. *D. de Rivis.*; & si quis fodiat viam publicam, puniendus est a curatoribus viarum *l.* 1. §. *curent.* 2. *D. de via publ.* Hi sunt, qui viocuri a Varrone dicuntur, quæ vox restituenda est veteribus Glossis, in quibus male *viaculus*, ὁδῶν ἐπιμελητὴς lege *viocurus* ex notissimo Varronis loco de *LL. Lib.* IV. *c.* 1. sed ad rem. Quamvis locus publicus impediat servitutem aquæ ductus ipso jure, hoc tamen a Principe impetrare possum, ut mihi liceat per locum publicum aquam ducere, ut in *l. fluminum* 24. *pr. D. de damn infect.* ut a Principe impetrari potest, ut ducere liceat aquam de flumine publico, quod sæpe principalibus rescriptis permissum fuisse Julius Frontinus scribit *lib. de aquæ ductib.* aliud dicendum est de loco sacro vel religioso, qui semper impedimento est servituti, nec hoc sibi arrogat Princeps vel summus Pontifex, res enim sacra temere profanari non potest, ut veteres loquebantur, quamobrem si quis forte rem litigiosam in sacram dedicaverit, data fuit ex 12. tab. actio in duplum, ut colligere licet ex *l. ult.* adhibita inscriptione tituli *de litigiosis*, quia res sacra amplius præstari non potest.

Ad Leg. quoties 15. *princ.* D. de ſervitutibus.

POMPONIUS LIB. 33. AD SABINUM.

Quoties nec hominum nec prædiorum ſervitutes ſunt, quia nihil vicinorum intereſt, non valet, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas, & ideo ſi mihi concedas, jus tibi non eſſe fundo tuo frui, nihil agitur: aliter atque ſi concedas mihi, jus tibi non eſſe in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia.

AD LEG. 19. D. EOD. LABEO LIB. 4. POSTERIORUM A JAVOLENO EPITOMATORUM.

Ei fundo, quem quis vendat, ſervitutem imponi, etſi non utilis ſit, poſſe exiſtimo, veluti ſi aquam alicui ducere non expediret, nihilominus conſtitui ea ſervitus poſſit: quædam enim debere, habere poſſumus, quamvis ea nobis utilia non ſint.

Omiſſis nugis interpretum, ſententia legum perſpicua eſt. In *l. quoties* 15. *pr.* paciſcitur quis contra naturam ſervitutum, quæ jure civili introductæ ſunt, ut prædia perſonis, vel prædia prædiis ſerviant, at in exemplis in dicta *lege quoties* propoſitis, nullam utilitatem percipere poſſunt prædia vel perſonæ, v. g. nunquam hoc utile eſſe poteſt prædio vel perſonæ, ſi vicinus in prædio ſuo non conſiſtat, vel non utatur prædio ſuo; ideoque in tali conventione, nec obligatio perſonalis naſci poteſt, quæ tamen aliquando admittitur, quamvis nulla ſervitus prædialis vel perſonalis conſtituta ſit, ut in caſibus ſupra notatis ad *l. ut pomum* 8. & hoc eſt, quod hoc loco JCtus ait, *nihil agitur*, id eſt, fruſtra omnino ſunt, qui ita paciſcuntur, nam nec ſervitus perſonalis nec realis conſtituta cenſetur, nec naſcitur obligatio perſonalis, quæ contrahentes obligare poſſit. At in ſpecie *legis ei fundo* 19. ſervitus aquæducendæ, ſervitus eſt jure civili recepta, ſed quæritur, an recte conſtituta cenſeatur, ſi forte prædium, cui adquiritur, aqua non egeat, ſit prædium uliginoſum, quod pluvio Jovi ſupplicare non ſolet? Hoc Sabiniani negaſſe videntur, quia ſervitutes utilitatis cauſſa receptæ ſunt; hæc autem ſervitus prædio inutilis eſt, ergo non recte conſtituta videtur. Sed Proculejani contra, quorum princeps Labeo fuit auctor hujus legis: hi enim contra contendebant, aquam ducere licere non ad irrigendum tantum, ſed etiam ad amœnitatem, ut colligere licet ex *lege* 3. *D. de aqua cott. & æſt.* ubi Pomponius docet, præ-

prævaluiſſe Proculejanorum ſententiam, *hoc jure*, inquit, *utimur*. Denique in caſibus propoſitis in dicta *lege quoties* 15. is, qui paciſcitur, ne vicinus ſuo prædio utatur, ex hac conventione nihil habet, at qui aquam habet, quamvis prædio inutilem aliquid habet, habet enim aquam, quæ plurimum ad amœnitatem prædii poteſt conferre, denique, ut eleganter Labeo dicebat, quædam habere poſſumus; etſi nobis utilia non ſint.

Ad §. 1. *l. quoties* 15. D. de ſervitutibus.

Servitutum non ea eſt natura, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat aut amœniorem proſpectum præſtet, aut in hoc, ut in ſuo pingat, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

Proponitur in hac §. regula juris, ſervitutum non eam eſſe naturam, ut qui ſervitutem debet, teneatur facere aliquid, ſed pati tantum, aut non facere, ut in *l.* 8. §. 6. *ſi ſervit. vind.* ſed in exemplis tribus in hac lege propoſitis explicandis hærent viri eruditiſſimi. Primum hoc eſt, non teneri poſſe eum, qui ſervitutem debet, ut aliquid faciat, *puta*, inquit, *ut viridaria tollat*, id eſt, ſilvas vel viridaria, quæ, quamvis amœnum aſpectum præſtent, poſſunt tamen obſtare proſpectui *l. ædificia* 12. *D. de ſervit. urb. præd.* Et diſtinguendum eſt inter amœnum proſpectum & liberum *l. inter* 15. *eod. tit.* non poteſt igitur ita conſtitui ſervitus, ut quis teneatur liberum proſpectum præſtare remotis viridariis, & quod eſt ſecundum exemplum, *aut amœniorem proſpectum præſtet*, quo loco nihil mutandum cum Cujacio, qui ſublata littera, *a* legendum cenſet: *ut amœniorem proſpectum præſtet*, male, nam hoc ſecundum exemplum opponitur ſuperiori, quod eſt de libero proſpectu; amœnus autem proſpectus fit poſitis viridariis, plantata ſylva, ut in *l. ſi quando* 17. §. 1. *D. ſi ſervit. vind.* quem amœnum proſpectum ſummæ curæ fuiſſe veteribus Vitruvius docet *de architect. lib.* 6. *cap.* 6. & Vetus Interpres Horatii Acron in illum locum *lib.* 1. *Od.* 16. *Jam pauca aratro jugera regiæ moles relinquent. Ædificia*, inquit, *latius porrigendo, vel captando amœnitates proſpectus, brevi agros arationi defuturos*, denique ſublata viridaria *liberum* proſpectum, poſita viridaria *amœnum* faciunt, ut in Senec. *Excerpt. Controv.* 5. *lib.* 5. eadem arbor, quæ amœnum proſpectum præſtabat pauperi, eadem obſtabat libero proſpectui divitis. Et apud Cornel. Tacit. *lib.* 15. *Annal. c.* 42. ubi de ædibus Romæ a Nerone ædificatis in modum ſolitudinum, *hinc ſylvæ, inde aperta ſpatia & proſpectus*. Tertium exemplum *aut in hoc, ut in ſuo pingat*, non reperio quoque explicatum, nam quod de lumine pictori neceſſario Cujacius comminiſcitur, nugatorium eſt. Perſpicua ſententia hujus loci hæc eſt, non poſſe quoque teneri aliquem in ſuo pingere, in parietibus ædium ſuarum collocare picturas, ut amœnum proſpectum præſtet vicino, amœniorem enim eſſe proſpectum picturis poſitis, colligere licet ex his quæ Harmenopulus ſcripſit

lib. 2. cap. 4. ubi inter ſpecies amœni proſpectus recenſet proſpectum picturarum publicarum in urbe Conſtantinopolitana; denique hæc tria verba in tribus exemplis propoſitis, *tollat*, *præſtet*, *pingat*, perſpicue referenda ſunt ad eum, cui ſervitus imponitur, non ad eum, cui deberi poteſt, ſunt enim exempla regulæ; ut is, qui debet ſervitutem, non teneatur aliquid facere, puta viridaria tollere, amœnum proſpectum præſtare, in ſuo pingere; hæc tamen regula vitium patitur in ſervitute oneris ferendi, ut nominatim eſt traditum in *l. eum debere* 33. *D. de ſervit. urb. præd.* hoc enim efflagitat neceſſario natura hujus ſervitutis.

Ad Leg. 16. D. de ſervitutibus.

JULIANUS LIB. 49. DIGESTORUM.

Ei qui pignori fundum accepit, non eſt iniquum utilem petitionem ſervitutis dari, ſicuti ipſius fundi utilis petitio dabitur. Idem ſervari convenit & in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Dat Julianus creditori utilem vindicationem ſervitutis debitæ fundo, pignori oppoſito, hac ratione, quia, inquit, utilem petitionem fundi habet, quaſi Serviana ſcilicet vel hypothecaria, quam conſtat eſſe actionem in rem & vindicationem *l. pignoris* 17. *D. de pignorib.* dabat idem Juliano utilem vindicationem fructuario, quæ tamen ſententia non obtinuit. *l.* 1. *pr. D. ſi uſusfr. petat. l.* 1. *D. de remiſſ.* quia fructuarius non poteſt fundum vindicare, petit enim tantum uſumfructum actione confeſſoria, ergo non poteſt vindicare ſervitutem fundo debitam; ſed quæritur ab Accurſio, an actiones utiles, quæ dari dicuntur in hac lege creditori, ideo dicantur utiles, quia ſunt comparatæ ad inſtar & exemplum directarum, ut loquitur *lex in honorariis* 35. *D. de obligat. & act.* & cenſet Accurſius hoc loco *utiles* dici actiones, quia efficaces ſunt, ut in plerisque juris locis utilis dicitur ipſa directa, quæ in caſu propoſito locum habere poteſt, ut in *l. ſi mandavero* 22. §. *interdum* 2. *&* §. *is cui* 5. *D. mandati. l. pater* 7. §. 2. *D. de dot. præleg.* & in *l. Titio* 73. *D. de condit. & demonſtr.* quo tamen ſenſu in hac lege actiones utiles non dicuntur, ipſam enim hypothecariam nemo eſt, qui neſciat, actionem eſſe utilem comparatam ad inſtar Servianæ actionis, & utilis quoque vindicatio ſervitutis dicitur dari creditori, quia directa tantum domino competit *l.* 1. *D. ſi ſervit. vind.* hoc autem veriſſimum eſſe convincit exemplum, quo Julianus utitur, utilem quoque vindicationem ſervitutis dandam eſſe emphyteuticario, quem conſtat habere utilem actionem in rem, non directam. *l.* 1. *D. ſi ag. vectig.*

Ad

Ad Leg. 17. *D.* de ſervitutibus.

De hac lege duobus aut tribus locis ſupra dictum eſt, hoc loco ſufficiat annotaſſe indiviſum dici ſervitutis uſum pro individuo, ut in *l. rem hereditariam 65. D. de evictionib.* indiviſa pignoris cauſſa, id eſt, individua.

Ad Leg. 18. *D.* de ſervitutibus.

PAULLUS LIB. 31. QUÆSTIONUM PAPINIANI.

In omnibus ſervitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt, reſponſum eſt, doli exceptionem nocituram legatario, ſi non patiatur eas iterum imponi.

Non potuit ſententia hujus legis olim procedere in legatis per vindicationem, in quibus recta via dominium rei legatæ a teſtatore tranſit ad legatarium *l. a Titio 64. D de furtis.* ſed potuit habere locum in legatis per damnationem, de quibus dixi in *l. ſi cui ſimplicius 9. hoc tit.* Hodie, ut recte Accurſius, locum tantum habet in legatis conditionalibus. His cognitis finge: Prædium Titii mihi ſerviebat, Titius me heredem inſtituit, & prædium, quod ſerviebat mihi, legavit Sempronio per damnationem, ſecundum jus vetus, vel ſub conditione, ſecundum jus novum: adita eſt a me hereditas Titii & ita aditione ſublata eſt ſervitus, quam mihi debuit prædium legatum Sempronio, cujus cœpi eſſe dominus, nemini enim res ſua ſervit *l. in re communi 26. D. de ſervitut. urb. præd.* aditione & confuſione tollitur ſervitus *l. 2. §. pen. D. de hered. vel act. vend.* hoc caſu æquum eſſe cenſet Paullus, dari mihi exceptionem doli mali adverſus Sempronium legatarium, qui, exiſtente conditione, fundum legatum petit, cujus exceptionis beneficio hoc conſequi debeo, ut, antequam tradam fundum Sempronio, teneatur Sempronius iterum conſtituere extinctam confuſione & aditione ſervitutem.

Ad Leg. 20. D. de ſervitutibus.

JAVOLENUS LIB. 5. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat eſſe Labeo, per te non fieri, quominus eo jure uti poſſit; quia nulla ejusmodi juris vacua traditio eſſet. Ego puto, uſum ejus juris pro traditione accipiendum eſſe, ideoque & interdicta veluti poſſeſſoria conſtituta ſunt.

Cenſet Labeo, remedio cautionis abhibito quodammodo tradi poſſe ſervitutem venditam, quæ naturaliter tradi non poteſt, eſt enim jus incorporale, quam ſententiam Javolenus notat, & exiſtimat, uſum ac patientiam haberi pro traditione vacuæ poſſeſſionis, & ſervitutem quodammodo poſſideri, quia de ſervitute dantur interdicta poſſeſſoria notiſſima. Videntur autem Proculejani hunc Javoleni modum, quo ſcilicet potuit procedere traditio ſervitutis, etiam agnoviſſe, ut licet colligere ex *l. Proculus* 19. *D. de uſufr.* quæ continet elegans conſilium ſine εὑρηματικὸν, quo Proculus docet, duobus modis legatarium cogi poſſe inſulæ legatæ imponere ſervitutem, quæ inſulæ hereditariæ debeatur, primus eſt, ut inſulæ, quam legat teſtator, & quam vult ſervire inſulæ hereditariæ, uſumfructum relinquat legatario ſub conditione præſtandæ cautionis, quam Labeo in hac noſtra lege propoſuit, quod ita exaudiendum eſt, ut proprietas inſulæ, quam ſervire vult hereditariæ inſulæ, cenſeatur legata pure, uſusfructus ſub conditione præſtandæ cautionis, qua ſcilicet ceditur & conſtituitur ſervitus, ut, quemadmodum Prætor mittit in poſſeſſionem ædium vitioſarum vicinum, ut tædio poſſeſſionis extorqueat cautionem; toto titulo *de damn. infect.* ita ex proviſione teſtatoris uſusfructus inſulæ legatæ remaneat penes heredem ſeparatus a proprietate, ſi forte legatarius non præſtat cautionem: hoc autem fingi non poteſt, ſi dicamus proprietatem ipſam fuiſſe legatam ſub conditione præſtandæ cautionis vel ſervitutis, quia ante conditionem impletam non poteſt adquiri legatum, hanc autem conditionem implere non poteſt legatarius, quia alienæ rei, id eſt, inſulæ legatæ ſub conditione non poteſt imponere ſervitutem, & ita ridiculum eſſet conſilium Proculi, ſi proprietas relicta ſit ſub conditione impoſſibili, quæ in teſtamentis pro nulla habetur *l.* 3. *D. de cond. & demonſtr.* Secundus modus hic eſt, ut non ſub conditione, ſed ad certam conditionem vel ad certum tempus relinquat legatario uſumfructum inſulæ legatæ, ut ſi forſitan non patiatur legatarius heredem uti ſervitute luminum, id eſt, ſi inſulam legatam altius tollat, uſusfructus redeat ad heredem, quæ omnia in uſumfructum cadere poſſe conſtat ex *l.* 4. *D. de uſufr.* nec ante Juſtinianum, id eſt, ante *legem ult. C. de legat.* hoc fingi potuit in proprietate, quæ ad certum tempus vel ad certam conditionem legari non potuit *l. nemo* 55. *D. de legat.* 1. quod tempus non ſit legitimus modus finiendæ obligationis.

Ad

Ad §. ult. l. ult. (*a*) D. de ſervitutibus, quæ alias eſt *lex* 1. §. 1. D. de S. P. U.

Si uſusfructus tuus ſit, ædium proprietas mea, quæ onera vicini ſuſtinere debeant, mecum in ſolidum agi poteſt, tecum nullo modo.

De initio hujus legis dixi ad §. *ult. l.* 14. Quod eſt in hac §. de ſervitute oneris ferendi agi tantum poſſe adverſus dominum, ſciendum eſt, hoc eſſe ſpeciale ex propria natura ſervitutis, quæ hoc admittit contra naturam ceterarum, ut qui eam debet, teneatur reficere columnam, quæ onus ſuſtinet; cum igitur de hac ſervitute agitur, neceſſe eſt agi adverſus dominum ipſum, qui ſolus tenetur reficere. Tentari potuit, agi poſſe adverſus fructuarium, qui fructuarias ædes tenetur reficere *l.* 7. §. *quoniam* 2. *D. de uſufr.* quod tamen negatur hoc loco, quia ſolus dominus, qui eam ſervitutem conſtituit, tenetur reficere, generaliter quidem verum eſt, de ſervitute agi poſſe adverſus quemlibet: ſed in hac ſervitute, quæ alia quædam ſingularia habet, receptum eſt agi tantum poſſe adverſus dominum.

Ad L. Minicius 61. D. de Rei vindicatione.

JULIANUS LIB. 6. EX MINICIO.

Minicius interrogatus, ſi quis navem ſuam aliena materia refeciſſet, num nihilominus ejusdem navis maneret? Reſpondit, manere; ſed ſi in ædificanda ea idem feciſſet, non poſſe, Julianus notat, nam proprietas totius navis carinæ cauſſam ſequitur.

Species legis *Minicius* hæc eſt. Titius, cum ſalva & integra carina reliquum corpus navis, ut Cæſar loquitur *lib.* 2. *de Bello Civili*, fatiſceret, & vitiatum eſſet; quaſſam navem refecit ex aliena materia. Minicius Natalis JCtus, quem conſtat fuiſſe ex Caſſianis vel Sabinianis; num nihilominus ejusdem, id eſt, reficientis, navis maneret, interrogatus & conſultus fuit; & reſpondit, manere: adjiciens ſi in ædificanda ea idem feciſſet, quod in reficien-

(*a*) Deſunt hæc in *Theſauro laudato.*

cienda fecerat, non posse dominum manere. Cujus responsi Julianus, ejusdem sectæ auctor, qui ex Minicio, vel ad Minicium sex libros scripsit, hanc rationem adfert; quia proprietas totius navis carinæ causſam sequitur. Cujus utriusque responsi una & eadem ratio dubitandi esse videtur, quam vulgo non animadvertunt interpretes tam veteres, quam recentiores. In reficienda nave, quæ tota fere refecta est, manente carina; ex ipsa Sabinianorum disciplina, qui non admittebant distinctionem rerum, quæ ad pristinam speciem reverti, vel non reverti possunt, ut erudite Cujacius observat ad §. *cum ex aliena* 25. *Instit. de rer. divis.* videbatur habendam esse rationem accessionis, & majoris partis; minor enim pars majori accedere videtur, & consequenter cedere, ut colligere licet ex his, quæ ex Cassio Pomponius scribit in *l. quidquid* 27. §. *ult. D. de acquir. rer. dom.* illo loco. *cum quæreretur utri cedat, Cassius ait, pro portione rei æstimandum, vel pro pretio cujusque partis*, ut minor scilicet cedat majori, qua in re & Labeo & Sabinus consenserunt in hac specie, si supra alienum parietem vicinus ædificaverat; quia major pars est ædificii, quam parietis *l. si supra* 28. *in princ. D. de acquir. rer. dom.* At cum carina respectu reliqui corporis navis, quod totum ex aliena materia refectum est, minor pars sit; videbatur dicendum, vel ex Sabiniana jurisprudentia, minorem partem cedere majori, & navem pertinere ad eum, ex cujus materia, excepta carina, tota refecta est. Eademque ratione definienda videbatur secunda quæstio, si in ædificanda ea idem feciſſet. In qua hoc primum observandum est, non hoc quæri, quid sit dicendum, si tota navis meis tabulis facta sit, ut in *l. sed si meis* 26. *pr. D. de acquir. rer. dom.* hoc enim casu Sabinianus sine mora responderet, navem ejus esse, ex cujus materia facta est, nec recurreret ad carinæ causſam, sed ad vulgarem & naturalem rationem, de qua in *l.* 7. §. *cum quis* 7. *D. de acquir. rer. dom.* sed quæri in eadem specie, ut perspicue insinuant verba, quid sit dicendum, si in ædificanda idem feciſſet, quod fecerat scilicet in superiore casu refectionis, in quo navis compacta reperiebatur ex utriusque materia, manente sola carina integra, quæ non indigebat refectione; hac enim vitiata, non de refectione, sed de ædificatione cogitandum erat, ut in secundo casu; quo ex aliena materia cœpit compingere carinam; quæ hoc effecit, ut quamvis reliquum corpus navis ex propria ædificantis materia compactum sit, & major materiæ pars ad eumdem pertineat, prævaleat tamen carinæ causſa, quæ licet minor pars sit, est tamen fundamentum & principium navis Ovidius *lib.* IV. *de Ponto Epist.* 3.

Dum mea puppis erat valida fundata carina.

Eadem igitur ratione, qua superficies cedit solo, carinæ cedit, quidquid carinæ superædificatur. Quod quidem jam animadvertit Anton. Faber *lib. 6. Conjectur. cap.* 15. Sed veram speciem nostræ legis adsequi non potuit, hocque argumento ducto a solo, cui ædificium impositum est, ausim adseverare Proculejanos in hac specie navis & carinæ non potuisse dissentire, argumento ducto ab his, quæ Pomponius scribit in *l. si supra* 28. *D. de acquir. rer. dom.* si vicinus supra tuum parietem ædificaverit, Proculus tuum proprium esse

esse ait, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius ædificasset; quamvis Labeo & Sabinus ipse existimaverint, proprium ejus esse, qui ædificaverit, ut est in principio dictæ legis, quia non existimabant, parietem posse solo comparari; & habita ratione majoris partis, id est, ædificii alieno parieti impositi. His cognitis, non obstabit dicta *lex sed si meis 26. pr.* quæ est de tota navi ædificata; in qua specie magis placuit mediæ sententiæ distinctio, rejecta Sabiniana regula.

Ad §. & si puerum 28. l. 27. D. ad leg. Aquil.

Et si puerum quis castraverit, & pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit, cessare Aquiliam: Sed injuriarum erit agendum, aut ex edicto Ædilium, aut in quadruplum.

Ait, *& si puerum quis castraverit.* Castrationem primum fuisse prohibitam Domitiani edicto, ex Suetonii, Statii, Martialis, & Philostrati notissimis locis jam adnotatum est; quod obtinuit in pueris, juvenibus, virisque, nec non in infantibus, qui rapiebantur castrandi ab ipso ubere. Ideoque necessaria fuit nova lex Domitiani, de qua Martialis *lib. 9. Epig. 9. ad Domitian.*

Jam cunæ lenonis erant, ut ab ubere raptus
Sordida vagitu poscoret æra puer.
Idem qui teneris nuper succurrit ephebis
Ne faceret steriles sæva libido viros.
Dilexere prius pueri, juvenesque, senesque,
At nunc infantes te quoque, Cæsar, amant.

Ex quibus quoque intelligere licet, quare Jurisconsultus ait puerum castratum pretiosiorem esse factum: cæterum recte Glossa notat, hoc crimen factum fuisse capitale ex *l. 4. §. ult. D. ad leg. Cornel. de sicar.* adlato quodam edicto Adriani, sive Antonini Pii, qui & Adrianus dicitur aliquando; quo edicto medico qui exciderit, item ipsi qui se sponte excidendum præbuit, capitale esse constituit. Cujus recentis edicti petebat veniam a Præfecto Augustali juvenis quidam Christianus, de quo Justinus Martyr, qui sub eodem Imperatore vixit, in *Apologia* 2ª. non veteris edicti Domitiani, ut voluit Doctiss. Scaliger *in Animadversionib. ad Eusebium.* Ex quo notandum est, hoc quoque expressum fuisse edicto Adriani, sive Antonini Pii, nemini licere castrandum se præbere, nisi causa probata, apud Magistratum.

Ad §. ult. l. 27. D. ad leg. Aquil.

Item ſi tectori locaveris laccum vino plenum curandum, & ille eum pertudit, ut vinum ſit effuſum; Labeo ſcribit in factum agendum.

Species hujus §. & elegantior erit & facilior, ſi prius conſtituamus veram lectionem Florentinarum Pandectarum & Baſilicorum mutatam, & adulteratam in quibusdam libris auctoritate Doctiſſ. Budæi; qui pro *tectori*, hoc loco reponendum eſſe cenſet *vietori*, artificis, qui cupas vinarias ſirpare ſolet, ut Varro loquitur apud Nonium; id eſt, circulis ligneis, viminibus junctis, vincire, quod proprie viere dicitur. Hunc errorem in plerisque libris graſſantem amoliri primus cœpit incomparabilis Cujac. *lib.* x. *Obſerv. cap.* 9 & docuit tectorem eum fuiſſe, qui tectorium, id eſt, incruſtationem ciſternæ inducere ſolet, & in gloſſis veteribus dicitur κονιάτης, id eſt, Albarius, & a Tertulliano in *lib. de Idololatr.* tector albarius; cujus & varia artificia enumerat. *Scil.*, inquit, *albarius tector & tecta ſarcire, & tectoria inducere, & ciſternam liare, & cymatia diſtendere, & multa alia ornamenta, præter ſimulacra, parietibus incruſtare:* ut valde notandum ſit, huic tectori, cujus etiam opificium eſt ciſternam ipſam vel lacum, de quo mox videndum erit, conficere; vel, ut Tertull. loquitur, liare, aut, ut quidam legunt, ligare, ea arte quam Plinius deſcribit *Hiſt. Nat. lib.* 36. *cap.* 23. huic, inquam, tectori lacum vini curandum datum fuiſſe. Sed de hoc lacu, quem Cujacius, dubitans tamen, nihil aliud eſſe cenſet quam vini ciſternam, de qua in *l. vulgaris* 21. §. *ſed ſi de navi* 5. *D. de furt.* præter ea quæ vir maximus adnotavit, nobis aliquid quærendum reſtat, quod vulgo non obſervatur. Budæus lacum eſſe ait excipulum muſti defluentis e torculari. Cujacius vero, ciſternam, quam in terra defoſſam, tectorio inducere, & incruſtare ſolebant. Budæi ſententiam aperte confirmare videtur, quod de lacu legimus apud Columellam, in carnime *de Cultu hortorum.*

Ferveat ut lacus, & multo completa Falerno
Exundent pingui ſpumantia dolia muſto.

Ex quibus verbis colligere licet, muſtum fervens e torculari defluere in lacum, ut Budæus cenſuit; quod & aperte inſinuat D. Auguſtinus in *lib. de moribus Manicheorum: nam muſto*, inquit, *recentiore perverſitas citius ſolet accidere, ita ut ſi aliquando in lacu remanſerit, aliquantulum fervuerit, intuentes deſuper percuſſo cerebro præcipites agit, & niſi aliquo modo ſubveniatur, extinguit.* Ergo lacus ad excipiendum ad tempus muſtum, ut ibi deferveret, defluens e torculari, adhibitus fuit, non ut in eo vinum reponeretur. Et tamen in hac §. Juriſconſultus ait, locatum fuiſſe tectori lacum vino plenum eu-

curandum; quod de muſto e torculari excepto intelligere non poſſumus. Sed ut hæc dubitatio tollatur, ſciendum eſt, quosdam fuiſſe lacus, de quibus ſuperiores loci Columellæ & Auguſtini ſunt accipiendi, quibus muſtum e torculari defluens excipiebatur, qui & ideo ab eodem Columella dicuntur lacus torcularii, *lib.* 12. *de Re Ruſtic. cap.* 18. quosdam vero fuiſſe lacus vinarios, de quibus hæc §. accipienda eſt; qui eadem forma dicti ſunt, qua navis vinaria, in qua vinum effundebatur, dicitur in *d. l. vulgaris* 21. §. *ſed ſi de navi* 5. *D. de furt.* Sunt autem in hanc rem perſpicua Columellæ verba dicto loco, quo deſcribitur villicæ officium in his, quæ ad vindemiam pertinent, præparandis, *tum lacus*, inquit, *vinarii & torcularii, & fora, omniaque vaſa, ſi vicinum eſt mare, aqua marina; ſi minus, dulci eluenda ſunt.* His cognitis, facilis erit ſententia & ſpecies hujus §. Titius cum in lacu vinario effuſum vinum haberet, hunc curandum dedit Sempronio tectori albario, id eſt, incruſtandum, appoſito ſcil. tectorio, quod in veteribus gloſſis κονιάμα dicitur. Sempronius tector lacum, quem curandum conduxerat, pertudit, & ita effecit, ut vinum effunderetur. Quæſitum eſt, an directa actio ex lege Aquilia competere poſſit? Et Labeo in hac §. reſpondiſſe dicitur, non quidem directam, ſed in factum actionem eſſe dandam. Ratio dubitandi hæc eſſe videtur, quod cum conſtet de damno injuria dato, imperitia, id eſt, culpa tectoris vino effuſo; directa ex ipſis verbis legis competere potuit: rupti enim appellatione, quo verbo lex tertio capite utitur, vinum effuſum nominatim Ulpianus ait contineri. *hac l.* 27. §. *cum eo plane* 15. Et quemadmodum ſi calicem diatretum quis faciendum dederit, quem artifex imperitia fregerit; non dubitatur actionem legis Aquiliæ competere, & quidem directam. *h. l.* 27. §. 29. ita quoque lacu effracto & pertuſo, damnoque, injuria dato, directam quoque Aquiliæ actionem competere dicendum videtur. Diatretum autem calicem quis faciendum dat, qui gemmam perforandam & excavandam in poculi uſum Diatretario dedit. His calicibus divites utebantur. Cyprianus in *Epiſt. ad Donatum: Suſpirat ille in convivio: bibat, licet, gemma.* Pacat. Drepanius in *Paneg. niſi æſtivam in gemmis capacibus glaciem Falerna fregiſſent.* quod liquido probat Martialis *lib.* 12. *Epig.* 70. quod primus Doctiſſ. Turnebus indicavit, illo verſu.

O quantum diatreta valent, & quinque comati!

Et fruſtra eſt vir doctus, qui hoc verbum, *diatreta* ſuſpectum habet, in nova editione auſpiciis Magni Scaligeri procurata. Aper enim, de quo in d. Epigrammate, ante adeptam patrui hereditatem ſobrius, & ebriorum tetricus cenſor; poſtquam hanc nactus eſt cum pretioſa ſupellectile, in qua & hujusmodi pocula, quibus Romani nepotuli utebantur, bibere demum affatim cœpit; vel a diatretis iſtis calicibus invitatus, quibus comati ſervi vina propinare ſolebant, quos & ideo aptiſſime jungit diatretis. Hoc veriſſimum eſſe confirmat Martialis ipſe *lib.* XI. his elegantiſſimus verſibus *Epigr.* 11. ad puerum ſuum laudans veterem in conviviis frugalitatem.

Tolle puer calices, tepidique toreumata Nili,
Et mihi ſecura pocula trade manu,
Trita patrum labris, & tonſo pura miniſtro:
Antiquus menſis reſtituatur honor.
Te potare decet gemma, qui Mentora frangis
In Scaphium mœchæ, Sardanapale, tuæ.

Vulgaribus poculis miniſtrat tonſus miniſter, diatretis vero comatus (*b*).

De jure accreſcendi.

Jus accreſcendi, quod collegatarii habent jure conjunctionis, ut ſociis non concurrentibus retineant ſolidum, Juſtinianus ſublatis differentiis legatorum per vindicationem & per damnationem, unaque omnium legatorum natura conſtituta, valde immutavit; ut colligere licet ex *l. unic.* §. *ubi autem* 11. *Cod. de caduc. toll.* & §. *ſi eadem res* 8. *Inſt. de legatis.* Ideoque verius cenſeo, omnes leges, quæ de jure accreſcendi extant in Pandectis, ſecundum mentem & diviſionem Juſtiniani eſſe accipiendas, & interpretandas, ut idem plane in hac quæſtione nobis dicere liceat, quod in re ſimili, id eſt, in ſimili confuſione actionis rei uxoriæ, & actionis ex ſtipulatu, ipſe Juſtinianus dicendum eſſe conſtituit; quæcumque in veterum reſponſis, & reſcriptis Principum reperiuntur, quæ loquuntur de actione rei uxoriæ, intelligenda eſſe de actione ex ſtipulatu, quam ſolam retinuit; ut totidem fere verbis ſcriptum eſt in *l. unic.* §. *ult. Cod. de rei uxor. act.* cujus rei inſigne argumentum præſtat *lex ſi pluribus* 33. *D. de leg.* 1. in qua novi juris Juſtinianei in hoc jure accreſcendi inducti non ſolum veſtigia, ſed etiam verba ipſa novæ conſtitutionis extare nemo dubitat. Quod & ſi ita nominatim in ceteris legibus, ad hanc quæſtionem pertinentibus, non expreſſum fuit; nobis tamen ex mente Juſtiniani ſupplere, & ſubtiliter indagare licet. Ut autem liquido intelligamus Juſtiniani conſilium, & proviſionem in hoc novo jure conſtituendo; ex veteri jure repetendum eſt, triplici modo hanc conjunctionem inter collegatarios fieri *l. triplici* 142. *D. de verb. ſign.* cujus pars eſt lex *re conjuncti* 80. *D. de leg.* 3. vel re & verbis; vel re tantum; vel verbis, non etiam re, ſed de hac conjunctione non agitur in dicta conſtitutione Juſtiniani nec in *d.* §. *ſi eadem* 8. *Inſt. de legat.* hæc enim nullius momenti eſt, niſi quando pro duplici accipitur, ex mente defuncti; id eſt, niſi quando non ſolum verbis, ſed etiam re conjuncti videntur. Conjuncti re & verbis per eminentiam conjuncti dicuntur, quia his oppoſiti conjuncti re tantum, disjuncti potius & ſeparati videntur; &, ut Juſtinianus ait in §. 10. *ſub fin. dictæ legis unic. Cod. de*

(*b*) Hactenus ad hanc legem Janus a Coſta. Deëſt certe in MS. ratio decidendi. Hanc autem non aliam reddi poſſe puto, quam quæ proponitur ab Antonio Fabro in *Rational. ad hunc textum.*

de caducis tollend. ab ipso testatoris sermone manifestissime discreti sunt. Et ita in *d.* §. *si res eadem* 8. disjuncti appellantur; quod apparet satis ex propositis exemplis in *d.* §. hi enim, quibus conjunctim legari Justinianus ait, nominis & rei complexu junguntur; separantur vero, quibus disjunctim, quia non simul eadem res legatur, sed discreto sermone, discretave clausula. Hæc sermonis varietas variam peperit sermonis interpretationem; ex qua quoque natæ sunt variæ formulæ legatorum. In quibus quæsitum fuit a prudentibus, an hoc jus accrescendi locum habeat, id est, an ex voluntate testatoris collegatarius, uno forsitan deficiente, solidum habere debeat, vel partem tantum: an vero duobus concurrentibus, uterque solidum; unus nempe rem ipsam, alter vero æstimationem? In legatis per vindicationem, & per præceptionem, quorum eadem fere vis & formula, cum singulis ab initio rem assignasse videatur testator prima facie, ut loquitur Justin. in §. 10. *vs. sin vero d l. unic. Cod. de caduc. tollend.* ex voluntate testatoris, uno non concurrente, alter solidum merito retinet, & pars, quam deficiens habiturus erat, accrescere dicitur; quia nihil de solido, quod initio datum est, minuitur alterius concursu; ut potius sit jus non decrescendi, quam accrescendi. In legatis vero per damnationem, & sinendi modo, sive conjunctim, sive disjunctim legaverit testator, non possumus contra manifestam voluntatem testatoris inducere jus accrescendi. Cum enim ita conjunctim legat, Titio & Mævio, apparet eum partes fecisse ab initio; id est, voluisse heredem præstare duobus divisis partibus, quas ipse testator fecisse intelligitur; & ideo dicimus, singulis deberi tantum partes, & uno non capiente, non acquiri partem deficientem alteri. Si vero disjunctim, singulis solidum debetur ab herede; uni, puta, res, qui actione personali ex testamento forte agere præoccupaverit; alteri æstimatio. Sed has legatorum differentias dicta constitutione sustulit Justinianus: de posteriori, qua, legato per damnationem disjunctim relicto, uni res, alteri pretium præstabatur, nulla est dubitatio; quia Justinianus nominatim ait, hodie hoc procedere non posse, in *d.* §. *ubi autem* 11. Sed anxie quæritur, an sublata sit differentia, quæ fuit inter conjunctos per damnationem, & per vindicationem, nam si hoc genere conjuncti sunt, id est, per vindicationem, eruditissimus Cujacius non dubitat partem accrescere collegatario *l. si duobus* 16. §. *ult. l. legatum* 116. §. 1. *l. plane* 34. §. *si duobus* 11. *D. de legat.* 1. *l. si servo* 31. §. 1. *D. de statulib.* quibus addere licet ceteras leges, in quibus dicitur pars accrescere. Si vero per damnationem, non capientis partem in hereditate remanere, juxta jus vetus; non autem accrescere collegatario *l.* 7. *D. de legat.* 2. *l. si duobus* 16. *in princ. l. hujusmodi* 84. §. *si Titio* 8. *l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *D. de legat.* 1. hanc differentiam, inquit vir maximus in *Parat. Cod d. tit. de caduc. tollend.* reperio non esse sublatam: & hoc veluti effugio declinandas esse censet omnes difficultates, quæ ad dictas leges conciliandas viros eruditos male hactenus habuerunt. Sed Justinianus contra in *d.* § *ubi autem* 11 *versic. nos autem*, ait, se omnino repellere hanc differentiam legatorum; & si hanc relinquere voluit, quare tollendam curavit in *D.* omnem fere mentionem horum legatorum? Denique, valde notandum est, quod ait in *d. versic. nos autem*, non solum omnibus legatis, sed etiam fidei-

com-

commiſſis, ſe unam naturam imponere: in fideicommiſſis locus non erat juri accreſcendi, fere enim comparantur legatis per damnationem, quod & idem eruditiſſimus vir vindicavit: hodie ex hac exæquatione locus erit, quia ſunt exæquata legatis, & ſi in hac parte nulla eſt hodie differentia inter legatum & fideicommiſſum; qua fronte dicere poſſumus remanſiſſe veterem differentiam inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem? Verius igitur eſſe videtur, ita fuiſſe in hac quoque parte confuſam & commixtam naturam horum legatorum, ut ſi conjunctim ſit legatum quibuſcumque verbis, ut loquitur §. 2. *verſ. noſtra autem conſtitutio Inſtitut. de legatis*, omnibus concurrentibus ſcindatur omnino legatum. Si vero quidam deficiant, ut volentibus accreſcat legatum, quaſi relictum per vindicationem: invitis vero & recuſantibus non accreſcat, quaſi relictum per damnationem, quaſi ab initio partes habuerint. Quod liquido colligere licet ex vera interpretatione *d.* §. 11. *l. un. C. de cad. toll.* Et ita malim ex mente Juſtiniani accipere omnes leges, in quibus tractatur de hoc jure accreſcendi; quam ſocordiæ & inſcitiæ inſimulare Tribonianum, qui merito nobis reliquit veſtigia veteris differentiæ, ut hanc confuſionem, & veluti commixtionem legatorum facilius intelligamus. Quod ita apertius & enucleatius oſtendo. Superior differentia ex varietate legatorum proficiſcitur, ex qua colligitur diverſitas voluntatis; nam vel initio ſolidum, vel initio partes habere intelligebantur. Hodie quibuſcumque verbis conjungit teſtator legatarios, hoc videtur relinquere legatariorum arbitrio, ut vel totum, vel partem habeant. Si vero disjunctim legat, aliud eſſe dicendum apparet ex manifeſtiſſima voluntate teſtatoris; quia ſolidum ab initio aſſignat, ut Juſtin. docet in *d.* §. 11. *vſ. ſin vero.* ideoque accreſcit invitis: in hac enim dubitatione, in hac ambiguitate voluntatis olim recurrendum erat ad varietatem & differentiam formulæ, qua legatum relictum erat. Hodie exploſis formulis, teſtator, qui conjunctim legat, cum quæritur, utrum ſolidum, an partes tantum legaſſe videatur; hoc voluiſſe videtur, ut vel partem habeat collegatarius, ſi velit, ac ſi legatum eſſet per damnationem; ſolidum vero, ſi hoc maluerit, quaſi legatum ſit per vindicationem, confuſa & commixta legatorum natura. Eademque confuſio fit in actionibus dandis, ut detur actio in rem, quaſi legatum ſit per vindicationem; & actio in perſonam, quaſi legatum ſit per damnationem: quod & Cujacius notavit in *poſterioribus not. Inſtitut. tit. de legatis.* Idem quoque obſervatur in legatis & fideicommiſſis, ut quod in uno locum habere non poteſt, ex altero adſumatur, & inde repetenda eſt vera ratio hujus novi juris, quo contra veterem regulam res accreſcit volenti, non invito; quia qui conjunctim legat, hoc voluiſſe videtur, ut eligat legatarius, quod maluerit adſumere, ex commixta natura utriusque legati, & contra aliud omnino præſumitur voluiſſe, ſi disjunctim legat; quo caſu accreſcit invito, ut latius expoſuit Juſtin. in *d. verſic. ſin vero.* Ut hæc ſit veluti brevis ſumma juris antiqui, & novi, quod Juſtinianus induxit. Jure antiquo duobus per vindicationem dato legato, concurrentibus partes præſtabantur; uno non concurrente, alteri pars deficiens accreſcebat, quaſi ab initio data in ſolidum. Per damnationem, utrique ſolidum præſtabatur, uni res, alteri pretium. Hodie ita diverſa horum legato-

rum

rum natura confunditur, & una eademque fit, ut solidum numquam uterque habere possit; nisi in casu exceptionis Justiniani, quæ quoque extat in *d. l. si pluribus* 33. *D. de legat.* 1. sed duobus concurrentibus scindatur legatum, ac si relictum esset per vindicationem. Si vero non concurrat alter; ut qui agnovit, retineat etiam invitus solidum; quod & olim habuit per vindicationem, altero deficiente; & per damnationem, etiam altero concurrente. Eadem fere confusio fit in legato conjunctim dato, nam si per vindicationem; jus accrescendi habuit collegatarius; quod non habuit per damnationem: hodie habet jus accrescendi, si vult agnoscere partem deficientem; & perinde est, ac si legatum esset per vindicationem. Si vero agnoscere recusat, cessat jus accrescendi, & perinde est, ac si legatum esset per damnationem, quod sublata varietate formularum, & commixta legatorum natura induxit Justinianus ex præsumpta voluntate testatoris, a qua jus accrescendi profectum esse, nemo est, qui nesciat. Non debemus igitur hodie recurrere ad differentiam legatorum per vindicationem, & per damnationem, quam nominatim & ex professo Justinianus sustulit; & frustra Cujacius uti videtur *d. l.* 7. *D. de legat.* 2. *l. si duobus* 16. *in princip. l. hujusmodi* 84. §. *si Titio* 8. *l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *D. de legat.* 1. ut probet etiam legatum per damnationem, juxta jus vetus, remanere in hereditate: nam species sunt de legatis, quæ pro non scriptis habentur, ut si legatum sit Titio & ei, qui in rerum natura non est; vel Titio & ei, qui ab initio incapax est, quæ tam jure novo, quam veteri apud heredes remanent sine onere, quocumque genere legati relicta sint; pro non scriptis enim sunt, quæ in ipso initio deficiunt, ut & D. Cujacius docuit *ad Ulpiani tit.* 17. *de Caducis* Idemque dicendum est, cum Titio & Mævio legatus est Stichus, qui Titii erat. *l. hujusmodi* 84. §. *si Titio* 8. *D. de legat.* 1. nam ab initio in persona Titii non consistit legatum, qui tamen partem facit, & Mævio debetur tantum pars; quod etiam jure novo & veteri dicendum est; & quod in *d. l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. scriptum est (*c*) non de legato disjunctim relicto; non de conjuncto re tantum,

(*c*) Agi in all. *l.* 34. §. 9. *D. de legat.* 1. de legato conjunctim relicto, hoc est, de legatariis re verbisque conjunctis, ex ipso textu apparet. Quamobrem is locus nihil obstat Marano, qua parte disputat de legatariis *disjunctis*, hoc est, re tantum conjunctis, asseritque, his solida legata ab initio esse data. Verum Janus a Costa hoc loco disputat de legatariis *conjunctis*, conaturque docere, in his vetus discrimen inter legatum vindicationis & damnationis circa jus accrescendi sublatum esse, secus ac putat Cujacius. Itaque Janus a Costa hoc loco non satisfacit Cujacio, dicens nihil aliud, quam eum textum de conjunctis legatariis accipiendum esse: nam hoc agnoscit Cujacius ipse. Procul dubio Janus a Costa ob oculos habuit id, quod Maranus ulterius addit, nempe verba *d. l.* 34. §. 9. *constat ab initio partes fieri.* non esse sic accipienda, quasi illis jus accrescendi conjunctis legatariis denegetur, id, quod ex iis confecit Cujacius, sed conjunctos habere partes ab initio, non quidem a testatore, sed juris potestate, atque idcirco eos, non obstantibus illis verbis, jure accrescendi gaudere. Enimvero, quod pace vel Marani vel Jani a Costa dixerim, nuspiam, quod sciam, in jure distinguitur inter partes *ab initio a testatore* factas, easque, quæ fiant *ab initio potestate juris*; nec magis inter concursum, qui fiat *ipso facto*, & concursum, qui *ipso jure* fiat. Imo quoties legatarii ab initio partes

tum, de quo loquitur *lex* 80. *D. de legat.* 3. qui potius disjunctus & separatus est, quam conjunctus; sed de legato conjunctim relicto intelligendum est, conjunctis videlicet legatariis re verbisque simul, qui proprie conjuncti dicuntur, quod Zasius olim vidit, & Eruditiss. G. Maranus verum esse vindicavit in *Parat. D. in tit. de legatis*, quem vide; ut neque *dictam* §. *si conjunctim* 9. referre debeamus ad legatum per damnationem, vel ex dictis locis contendere, remanere differentiam, quam plane sustulit Justinianus.

tes habent, non aliunde eas, quam a testatore habere possunt, quippe cujus ex voluntate id plane pendet, totumne singulis, an partes adsignet: & quoties concursu res dividi dicitur, non alius intelligitur concursus, nisi factum eorum, qui rem acquirere volunt. Quamobrem *partes ab initio fieri*, & *concursu partes habere* sibi invicem opponuntur in *d. l.* 34. §. 9. & §. 10. Itaque proclivior essem in sententiam Cujacii *d. l.* 34. §. 9. referentis ad damnationis legatum, in quo cum partes singulis deberentur, cessante jure accrescendi, uti testatur ipse Ulpianus *fragm. tit.* XXIV. §. 13. mirum profecto non est, eundem in *d. l.* 34. §. 9. scripsisse partes ab initio fieri. Et pro Cujaciana interpretatione illud quoque adfert Schultingius noster ad *d. Ulp. loc. fragm. not.* 34. quod in §§. præcedd. actum fuerat de re aliena legata, proinde de tali, quæ non nisi per damnationem olim legari poterat. Lubens igitur cum Schultingio adstipularer Cujacio de damnationis legato, (quamvis hoc discrimen non superesse post *l.* 1. *C. comm. de legat.* sed Triboniano hic loci per imprudentiam excidisse arbitrarer.) Lubens, inquam, Cujacium & Schultingium sequerer, nisi me deterreret §. sequens. Hæc manifesto agit de legatariis disjunctis, & hactenus per particulam *sed* recte opponitur §. 9. ubi de conjunctis sermo est. Sed eandem §. 10. intelligi de damnationis legato, vetat definitio subjecta *concursu illos partes habere.* In damnationis enim legato disjunctim relicto adeo non fiebant partes concursu, ut, ambobus concurrentibus, alteri res ipsa, alteri æstimatio præstanda foret. Ulp. *d. tit.* XXIV. §. 14. Cajus *Inst. lib.* II. *tit.* 5. §. 5. id, quod etiam contra Cujacium urget Maranus. Sublata foret difficultas omnis, si, neglecto ex ratione juris novi discrimine inter vindicationis & damnationis legatum, §. 9. intelligeremus de legatariis verbis tantum conjunctis: hos sane constat partes ab initio habere, iisque tum recte in §. *seq.* 10. opponerentur legatarii re tantum conjuncti. Et sic §. 9. accipi video a Meyero *Colleg. Argentor. ad tit. D. de legat. & fideic.* §. 39. *sub init.* Sed, utut fortasse ea mens adscribi Triboniano & Justiniano queat, dubito tamen, an Ulpiano: veteres enim τὸ *conjunctim legare* de legatariis sola verborum figura conjunctis, quantum scio, non usurparunt: & quoties de jure accrescendi tractabant, necesse habuerunt inter vindicationis & damnationis legata distinguere. Itaque de mente Ulpiani in *d.* §. 9. amplius deliberandum censeo.

Ad

Ad Titulum 7. *Lib.* 44. *D.* de Oblig. & Act.

Præfatio.

Obligationes ſunt matres actionum, ut elegantèr Theophilus ait Inſtit. initio *tit. de obligat.* & paſſim Doctores hoc loco notant ex vulgata *l. licet* 42. §. *ea obligatio* 2. *D. de procuratorib.* Recte igitur in Pandectis Florentinis hic titulus ita concipitur *de obligationibus & actionibus*, præponendæ enim ſunt obligationes actionibus, & ſupra poſt *tit. de contrahenda empt. & ſeqq.* qui pertinent ad contractum & obligationem empti & venditi, datur titulus *de action. empti.* Voluit autem conditor Pandectarum in hoc titulo tradere generales quasdam regulas pertinentes ad obligationes & actiones, de quibus fuſius ſuperioribus titulis tractatum eſt, & hac veluti generali clauſula concludere hunc uberrimum tractatum, qua mente ſubjicit ſtatim ſtipulationes *tit. ſeq.* quæ dicuntur concluſiones omnium contractuum *l. ſi dominus* 8. *D. de præſcrip. verb.* & inventæ cæterarum obligationum firmandarum cauſſa, ut Paullus ait *lib. 5. ſentent. tit. de obligat.* &, ut loquitur *lex 5. pr. in verb. conventionales D. de verb. oblig.* pendent ex negotio contracto. Sic Libro 4°. Cod. priusquam veniat ad ſpecies earum actionum, quæ ex contractu & obligatione civili naſcuntur, datur titulus generalis *de obligat. & actionib.* qui tamen hoc loco ſubjicitur, ut dicitur novum non eſſe, ut lex ſpecialiter quibusdam enumeratis generale ſubjiciat verbum, quo ſpecialia complectatur *l. ſi ſervus* 27. §. *& non negat* 16. *D. ad legem Aquil.* Hujus diverſi ordinis eadem ratio: ut primo vel poſtremo loco proponantur, quaſi ſint generales tituli, pertinentes ad ſequentes vel præcedentes titulos, & ita Libri Baſilicωv incipiunt a duobus poſtremis titulis Pandectarum *de verb. ſignific. & de Reg. Juris.*

Porro, quoniam, ut D. Hieronymus ait in *Præf. ad libros Pſalmorum*, proponitur titulus intellectus cauſſa, inſcribitur hic noſter titulus *de oblig. & actionib.* ut intelligamus, in eo potiſſimum tractari de obligationibus; & actionibus per conſequentias, quæ nimirum competunt & naſcuntur ex obligationibus, & quarum nomine ſæpe intelliguntur obligationes, ut in *l. civitatis* 8. *D. quod cujuscumque univerſ.* adhibita *l. a Divo Pio* 15. §. *ſic quoque* 8. *D. de re judicata l.* 3. *D. de ſententiam paſſis & reſtit.* cum *l. princeps* 21. *D. de verb. ſignific.* Fateor tamen, in hac rubr. actionis nomen non ſolum continere actionem in perſonam, quam parit obligatio, ſed etiam actionem in rem, quam non parit obligatio §. 1. *Inſtit. de actionib.* ſed dominii controverſia vel perſecutio, quam quis facit adverſus poſſeſſorem, nec enim poſſeſſio ſola parit actionem, nec qui poſſidet, niſi quia contra vindicet, id eſt, aſſerat rem ſuam eſſe, tenetur hac actione in rem *l. ſi debitor hereditarius* 42. *D. de petit. hered.* & ita eruditiſſime D. Cujacius in *notis poſter. Inſtit. ad tit. de act.* Nec turbare nos debet, quod aliter ſcripſit *hoc loco* & in *Parat. Cod. tit. de alien. jud. mut. cauſ.* deceptus enim fuit a corrupta lectione *l* 1. *Cod. de alien. jud. mutand.* quæ ex veteribus libris & ex Comment. Azonis & Odofredi ad *d. l.*

ſic reſtituenda eſt, *cum in rem actioni poſſeſſio pariat adverſarium*, quam lectionem ſatis confirmat *l.* 1. *D. eod* & vindicat rectiſſime Azo, qui & in *d. l.* nominatim refellit illorum ſententiam, qui ex corrupta lectione tentabant, poſſeſſionem gignere actionem, quam, inquit, dominium parit *l. in rem* 23. *D. de rei vind. l.* 1. §. *ult. D. ſi ager vectig. vel emphyt.* datur tamen adverſus poſſeſſorem hæc actio, qui vel ſola interverſione poſſeſſionis præſumitur rei, id eſt, proprietatis facere controverſiam, vel ſuo nomine vel alieno, ut recte Accurſius notat in *d.* §. 1. *Inſtit. de action.* ex *l.* 24. *hoc tit.* & ex *l.* 2. *C. ubi in rem actio*, quæ & ideo dicitur dari adverſus quemlibet poſſeſſorem *l. officium* 9. *D. de rei vindic.* actio igitur in rem, id eſt, adverſus rei poſſeſſorem, ut JCtus in *l. in cauſſæ* 13. §. *interdum* 1. *D. de minorib. reſtitutio*, inquit, *in rem datur, id eſt, adverſus ejus rei poſſeſſorem*, & ita eſt accipiendum quod eſt in *l. non alias* 24. §. *ult. D. de judic.* hanc actionem eſſe ex præſenti poſſeſſione, id eſt, dari adverſus præſentem poſſeſſorem, nam ex præſenti poſſeſſione conſtituitur adverſarius actioni in rem, ut loquitur *d. lex un. C. de alien. jud. mutand. cauſ.* non quod naſcatur ex præſenti poſſeſſione, ſed quod intendatur jam nata, & competat jure dominii adverſus præſentem poſſeſſionem, quam revocat & reſcindit: ſi naſceretur ex poſſeſſione, eam non reſcinderet & revocaret, ut actio, quæ naſcitur ex obligatione, obligationem non reſcindit aut revocat, ſed ad effectum perducere ſolet, ut actio in rem dominium vel jus aliud, ex quo naſcitur. Ex his ſatis conſtat non eſſe mutandam lectionem *l.* 17. *D. de pignorib. pignoris perſecutio in rem parit actionem* ut dominii perſecutio. Non eſt igitur legendum *poſſeſſio* contra auctoritatem omnium librorum. His cognitis tractemus paucis de definitione obligationis unico loco propoſita in *tit. Inſtit. de obligat. Obligatio eſt juris vinculum* &c. In qua *jus* opponitur *naturæ*, ut in *l. ſi navis* 62. *pr. D. de rei vindic.* vinculum juris vinculo æquitatis, id eſt, obligationis naturalis, ut in *l. Stichum* 95 §. *naturalis* 4. *D. de ſolutionib.* & in *l. ſi fidejuſſor.* 59. *pr. D. de cond. indeb.* vinculum juris igitur omnino dicitur de obligatione civili, ut obligationis vinculum in *l. procurator* 67. *D. de procurat.* & in *l. forma* 4. §. *ſi quis* 8. *D. de cenſibus*, *vinculis cenſualibns teneri*, id eſt, obligatum eſſe D. Ambroſius in *lib. de Nabute cap.* 10. *Quid tibi vis cum libro & charta, & ſignaculo & ſcriptione, & vinculo juris* & in *lib. de Tobia cap.* 3. *itaque eum prius chirographis ligat, & adſtringit vocis ſuæ nexibus.* Intelligit enim ſyngraphas vel cautiones obligationum, quas Seneca *lib.* 7. *de benef. cap.* 10. eleganter vocat vacua habendi ſimulacra & umbras quasdam avaritiæ laborantis, quibus, ut idem ait *lib.* 3. *cap.* 15. pacta conventa impreſſis ſignis cuſtodiuntur, quæ omnia vulgari nomine appellari cautiones nominatim notat D. Hieronym. *lib.* 16. *in Iſaiam cap.* 58. & hoc ſenſu Salvianus Maſſilienſis Epiſcopus *lib.* 4. *ad Eccleſiam Catholicam*: *Mendacibus*, inquit, *& perjuris cautione facta, & dato fidejuſſore res creditur.* hæc ſunt igitur vincula, quibus debitores adſtringuntur &, ut idem Propheta ait *d. cap.* 58. ſecundum antiquam translationem, obligationes violentarum cautionum. Tertull. *lib.* 4. adverſus Marcionem dixit: *violentorum contractuum obnexus*, verbo juris priſci. Reſtat, ut exponamus poſtrema verba definitionis, *ſecundum civitatis noſtræ jura*, de quibus

bus quæritur, quo referenda ſint? Probatæ fuerunt duæ interpretationes, quas affert Accurſius: prima hæc eſt, ut definiatur obligatio, quæ nos obſtringit neceſſitate ex cauſſa aliqua civili & legitima, quia non quælibet cauſſa neceſſitatem parit vel actionem, non cauſſa turpis vel inhoneſti contractus, non cauſſa ſola naturalis æquitatis, quam interpretationem ſecutus tandem videtur D. Cujacius. Altera hæc fuit, ut hæc verba referantur ad ipſam ſolutionem, ad modum, quo ſolutio ſecundum jus civile facienda eſt, quam amplectitur Theophilus & olim ſequebatur idem præſtantiſſimus vir in *notis prior. Inſtit.* Quod attinet ad primam interpretationem, quæ vult, his verbis ſignificari cauſſam civilem & legitimam, quæ adſtringit neceſſitate, quis non videt hoc jam dictum ſatis eſſe in illis verbis *juris vinculum* &c. quibus excluditur ſatis obligatio naturalis, cujus nulla eſt neceſſitas vel obligatio ob rem turpem & inhoneſtam, quæ paſſim nulla dicitur *l. generaliter* 26. *D. de verb. oblig.*? Non debemus etiam admittere ſecundam, ut hæc verba pertineant ad modos ſolvendæ obligationis. Tentabam ea referre ad modos exſequendæ obligationis & ad effectum perducendæ, qui legitimi & civiles ſunt *l. ult. §. ult. D. quod metus cauſſa. l. negantes* 9. & *l. ob æs alienum* 12. *Cod. hoc tit.* ſed vereor, ne circumſcribamur, puto enim hæc verba plus habere in receſſu, quam in fronte; denique vim facio in hac voce *ſecundum*, & aſſero, hæc verba potius eſſe referenda generaliter ad omnes modos, quibus contrahitur obligatio, quaſi dicat, ſecundum jura ad varios contractus pertinentia, ut loquitur Ulpianus in *l.* 4 *D. de reb. cred.* &, ut dicam explicatius, ſecundum modos jure civili conſtitutos, in quibus ex varia natura negotiorum & factorum diverſum jus obtinet, & in plus minusve obligamur, & adſtringimur ad rem aliquam ſolvendam, ut puta in mutuo, ut re, quam debitor acceperit, amiſſa quolibet caſu, obligatus permaneat, quod locum non habet in depoſito, commodato, pignore, in quibus quoque diverſum jus obtinet, & rurſus, ut aliquando non ſolum in ſimplum, ſed etiam in duplum, triplum vel quadruplum obligatus ſit, prout fert, negotii vel facti natura, ex quo obligatur, ut denique hæc verba referantur ad varios obligationum modos, quibus jure civili certa forma præſcripta & conſtituta eſt.

Ad Legem Primam pr. D. de O. & A.

CAJUS LIB. 2. AUREORUM.

Obligationes aut ex contractu naſcuntur; aut ex maleficio; aut proprio quodam jure ex variis cauſſarum figuris

Propoſuiſſe initio hujus tractatus Juriſconſultum Cajum definitionem jam explicatam veriſimile eſt, & conſequenter ſubjunxiſſe, quod eſt in principio hujus legis, obligationes naſci ex contractu, aut ex maleficio, aut proprio

quodam jure ex variis cauſſarum figuris. Quæ ſint illæ variæ cauſſarum figuræ, varie quæſitum fuit, ut oſtendit Accurſii gloſſa, quæ fere tota delenda eſt, nam, quod ex quorumdam ſententia adfert, hæc verba eſſe accipienda de obligationibus, quæ naſcuntur quaſi ex contractu & quaſi ex maleficio, id eſt, quæ mixtam quandam naturam habere videntur, partim ex contractu, partim ex maleficio, qualem eſſe dicebant condictionem furtivam, ut ita in hac diviſione ſint tantum tres ſpecies obligationum, vel unicum illud exemplum ab illis prolatum de condictione furtiva refellit ſatis; & cum ex tit. Inſtit. *de obligat.* conſtet obligationes naſci, vel ex contractu, vel ex maleficio, vel quaſi ex contractu, aut quaſi ex maleficio, pugnabit hæc tripertita diviſio cum illa diviſione: quod cum animadverteret Hugolinus, ita illa verba *ex contractu & ex maleficio* accipienda eſſe voluit, ut tacite ſubintelligantur obligationes, quæ naſcuntur quaſi ex contractu & quaſi ex maleficio, ut obligationum diviſio hoc loco ſit auctior uno membro & ſint quinque ſpecies, non quatuor, admiſſo nimirum ſuperiori commento de condictione furtiva. Movebantur his rationibus, quia hæc actio datur in heredem, & quidem in ſolidum *l. ſi duo* 13. §. *idem Julianus* 2. *D. de jurejur. l.* 9. *D. de condict. furt. l.* 1. *D. de privatis delict.* nec huic ſententiæ obloquitur *l.* 9. §. *ult. juncta l.* 10. *D. de tutel. & ration. diſtrah.* quæ in contrariam ſententiam traxit D. Cujacium *lib.* 7. *Obſerv. cap.* 37. & *Paratit. Cod. tit. de cond. furt.* Quod enim addit dicta *lex* 10 *quamvis enim morte Tutoris intereant*, id eſt, referendum ad actiones pœnales furti, damni injuriæ, non ad condictionem. Cum igitur animadverterent, hanc actionem dari in heredem, tentabant, eam non eſſe ex delicto, ſed ex contractu ex *l. ſi hominem* 7. §. 1. *D. depoſiti. l. ex depoſiti* 12. *l. ex contractibus* 49. *D. hoc tit.* ac denique, quia datur adverſus patrem vel dominum, non in ſolidum de peculio, ſed in quantum locupletius peculium factum eſt *l.* 3. §. *pen D. de peculio* videbatur quoque naſci ex delicto. Breviter dicendum eſt, hanc actionem introductam eſſe odio furum contra regulas juris §. *ſic itaque diſcretis* 14. *Inſtit. de actionib.* eam quidem naſci omnino ex delicto §. *ult. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. l. ſi ambo* 10. §. *quoties* 2. *D. de compenſationib. l. ſi mulier* 21. §. *hæc actio* 5. *D. retum amot.* dari in heredem, quia rei perſecutionem habet; eſt enim inventa, ut pluribus actionibus teneantur fures, ut vel hac ratione poſſint domini res ſuas perſequi: dari in quantum locupletius factum eſt peculium, quia eſt ex delicto, nam cum detur contra regulas juris, non mirum, ſi quædam ſingularia habeat, vel, ut rectiſſime Albericus ait hoc loco, ſi jam nata ex delicto varias jure quodam ſingulari aſſumat conditiones, & ita eſt explicandum, quod hic gloſſa notat de condictione furtiva. Cæterum veriſſime idem Albericus „ qui dicunt condictionem furtivam non oriri ex maleficio, ſed ex „ variis cauſſarum figuris, turpiter errant". Qua de cauſſa Accurſius non ſibi conſtans tranſit ad alios intellectus, ut intelligamus de obligationibus, quæ non ſunt jure ordinario, ſed extraordinario, id eſt, ex quibus Prætor ſecundum juris ordinem non dat actiones, ſed ipſe cognoſcere ſolet, ut apud Sueton. *in Claudio c.* 15. res ordinarii juris opponitur cognitioni, ſed de his obligationibus eſt ſpecialis tit. *de extraord. cognit.* Tentat quoque idem Accurſius hæc

verba

verba accipere de actionibus, quæ dantur loco interdictorum, de actione quod metus cauſſa, de noxalibus actionibus. Superiores ſunt in rem *l.* 2. §. *pen. D. de interd. l.* 9. §. *ult. D. quod metus cauſſa*, ergo non ſunt ex obligatione §. 1. *Inſtit. de action.* poſteriores vero ſunt ex maleficio ſervorum noſtrorum. Quod autem addit idem Accurſius de utilibus actionibus, eas dari a Prætore veriſſimum eſt, omnis utilis actio eſt decretalis, non datur quidem ex contractu, vel ex facto directo & principaliter, ſed datur ex æquitate, &c, ut verbo juris utar, accommodatur *l. ult. D. de transact. l. eleganter* 24. *pr. D. de pign. action.* quia, ut dicam explicatius; dantur ad inſtar & ad exemplum directarum *l. in honorariis* 35. *pr. hoc tit.* vel, ut loquitur *lex* 8. *Cod. de reb. cred. & jur.* ad ſimilitudinem. Denique reliqua, quæ ſunt in Accurſii gloſſa, ſana ſunt, ſi recte intelligantur, erudite enim refellit illorum ſententiam, qui hæc verba accipiebant de pactis in continenti additis contractibus bonæ fidei, quæ pacta formant contractum *l. juris gentium* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pact.* Obligatio igitur eſt ex contractu ipſo, &, quod addit idem Accurſius, *nam & ipſum pactum eſt contractus*, ita defendi poteſt: arrhale pactum dicitur in *l.* 3. *Cod. de actionib. empti & vend.* quod tamen conſtat eſſe contractum *l. contractus* 17. *Cod. de fide inſtrum.* pactum proficit ad novum contractum *l ſi unus* 27. §. 3. *vſ. idem D. de pact.* idem dicimus de pluribus pactis: pactum diviſionis, permutationis, dotis, quod traditione ſumpſit effectum, vel ſtipulatione, & pactum & contractus eſt *l. diviſionis* 45. *D. de pact. l.* 3. *Cod. de rer. permut. l.* 2. *C. de pact. convent.* permiſcentur igitur aliquando hæc vocabula; nec tamen ideo verum eſt perpetuo, pactum eſſe contractum.

Explicata Accurſii gloſſa, profecto nihil habemus, quod nobis faciat ſatis ad interpretationem horum verborum, ſed ſuppetias ferunt veteres interpretes Dynus & Albericus, qui ex conſecutione, ut loquuntur, hujus tractatus, (D. Cujacius dixit ex ſerie & ordine Caji,) recte animadvertunt, his verbis *aut proprio quodam jure ex variis cauſſarum figuris.* ſignificari obligationes, quæ naſcuntur quaſi ex contractu & quaſi ex maleficio. Cajus enim *lib.* 2°. *Aureorum*, ex quo hæc lex prima ſumpta eſt, tractavit de obligationibus ex contractu, *lib.* 3. de obligationibus ex maleficio, ex quaſi contractu & ex quaſi maleficio, ut conſtat ex *l.* 4. *& 5. hoc tit.* Obligationes autem, quæ naſcuntur quaſi ex contractu, & quaſi ex maleficio, ideo Cajus eleganter ait naſci proprio quodam jure ex variis cauſſarum figuris, quoniam omnes obligationes ſunt ex contractu, vel ex facto, ut Ulpianus loquitur in *l. actionem* 25. §. 1. *hoc tit.* vel, ut idem Cajus ait *lib.* 2. *Inſtit.* ex culpa. In his autem obligationibus incertum eſt, an ſit contractus, an ſit culpa, vel maleficium, & ideo naſcuntur proprio jure ex cauſſa quadam, quæ neque contractus, neque maleficium eſt, ut contractus innominatus, quo exemplo utitur aptiſſime D. Cujacius hoc loco ex *l. rogaſti* 19. *D. de præſc. verb.* dicitur negotium quoddam proprii contractus, quia nempe incertum eſt, quale negotium ſit, an ſit emptio venditio, locatio conductio, an ſit denique ex contractibus, qui jure civili proprium & certum nomen habent: eſt igitur proprium quoddam jus propter incertitudinem illam, & ideo contractus innominati incerti dicuntur in *l.* 9. *D. de reb. cred. l.* 1. §. *debitum* 6. *D. de conſtit. pec.* & actio, quæ ex illis con-

contractibus naſcitur, dicitur incerta *l.* 22. *Cod. de donat.* Qui alia ratione contractus incertos dici contendunt, male merentur de ſtudiis noſtris. Id ego jam veriſſime conſtitutum a Doctore meo D. Cujacio confirmare ſoleo nobiliſſimo exemplo ſumpto ex jure augurio, quod extat apud Varron. *lib.* 4. *de Ling. Lat.* ubi ait, augures publicos dixiſſe, *agrorum eſſe genera quinque*, *Romanum*, *Gabinum*, *peregrinum*, *hoſticum*, qui certa nomina certis ex cauſſis habebant, *& incertum*, qui, de his quatuor qui ſit, ignoratur: eadem forma JCti contractus eſſe nominatos & certos emptionem venditionem & reliquos; & incertos, de quibus dubitatur, an ex iis ſint.

Ad §. 1. *l.* 1. *D.* de O. & A.

Obligationes ex contractu, aut re contrahuntur, aut verbis, aut conſenſu.

Sequitur in §. 1. diviſio obligationum, quæ ſunt ex contractu, ut vel re contrahantur, vel verbis, vel conſenſu, ſed uno membro decurtata, ut conſtat ex Inſtit. Caji & Juſtiniani. Noluit addere Tribonianus litterarum obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, ut eſt in *tit. Inſt. de litterar. obligat.* quia hæc obligatio in uſu non erat, & ita in *l.* 5. §. 1. *D. de ſtatu hom.* cum Martianus docuiſſet, duobus modis ſervos fieri jure civili, ſi liber homo ſeſe venundari paſſus ſit ad pretium participandum, & ſi libera mulier ſervili amore bacchata fuerit ex SCto Claudiano, quia poſtremus ſublatus erat, ut conſtat ex tit. Inſtit. *de ſucceſſ. ſubl. quæ fieb. per bon. vend. & ex SCto Claud.* Tribonianus retinuit tantum primum. Sed de hac litterarum obligatione latius dicam in *l. non figura* 38. *hoc tit.* & tranſeo ad id, quod ſequitur in hac §. re contrahi obligationem, ſi res mutuo detur, ſi commodetur, ſi deponatur, ſi pignori opponatur, quorum contractuum differentias breviter attingit Cajus.

Ad §. 2-6. *legis* 1. *D.* de O. & A.

Mutui datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, & menſura conſtant, quia, ut eſt in *l.* 2. *D. de reb. cred.* mutuum damus recepturi non eamdem ſpeciem, quam dedimus, ſed idem genus; nam ſi reddenda eſſet ſpecies eadem, id eſt, ipſa res mutuo data, commodatum eſſet vel depoſitum, quo loco puto Paullum noluiſſe addere pignus, quia pignus non ſimpliciter & abſolute ita datur, ut reſtituatur, ſed ut & creditori, pecunia non ſoluta, pignus vendere liceat: noluiſſe addere dotem, quamvis & in dote res eadem reſtituenda ſit, quia voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut ſemper apud maritum ſit *l.* 1. *D. de jure dot.* & in contractibus valet potiſſimum hæc regula, initium contractus (quod propoſitum eleganter vocat Accurſius) inſpiciendum eſſe *l. ſi procuratorem* 8. *pr. D. mandati l. ſi id quod* 58. §. *ſi filiusfamilias* 2. *D. pro ſocio.* Mutuum autem ideo conſiſtit in his rebus, quas conſideramus tanquam quantitates, non tanquam corpora, ut loquitur Papinianus

in

in *l. ſi is cui nummos* 94. §. 1. *D. de ſolut.* quoniam, ait idem Paullus in *d. l.* 2. earum rerum datione poſſumus in creditum ire, qua forma loquendi utitur JCtus in *l.* 5. §. *ſed ſi dedi* 18. *D. de tributor. act.* & in *l. in navem* 31. *D. locat.* id eſt, quoniam has res ita damus, ut dominium transferatur in debitorem; debitor quantitatis eſt dominus rei, quam debet. *l.* 1. *D. de liberat. legata*, nam & has res, quæ quantitate valent, ſolvere poſſumus in genere, non in ſpecie, ſic enim eſt accipiendum, quod JCtus ait, *has res in genere ſuo functionem recipere per ſolutionem.* In reliquis rebus, quas conſideramus tanquam corpora, ideo in creditum ire non poſſumus, id eſt, ideo non poſſumus contrahere mutuum, quoniam aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, id eſt, non poteſt debitor corporis ſolvere in eodem genere, natura, ſubſtantia, non poteſt fundus vel homo ſolvi, qui ſit ejusdem generis, id eſt, ejusdem naturæ & ſubſtantiæ, ſic enim genus in jure accipimus *l. res* 42. *D. de jure dotium l. triticum* 94. *D. de verb. oblig. l.* 9. *l.* 14. *D. de contrah. empt. l. ſi ſterilis* 21. §. *quamvis* 2. *D. de act. empti*, & in *tit. Inſtit. quibus mod. re contrah. oblig.* In quantitatibus, quia ſolvimus rem ejusdem generis, aliud pro alio non ſolvitur, ſed liberatur debitor, ſi ſolvit menſura eadem, pondere eodem, vel numero, abſumpta nempe re, quam mutuo accepit, quæ & ideo in hoc datur, ut accipientis fiat, ut liceat non ſolum uti; ſed etiam abuti, nam hæ res aliter eſſent inutiles, & quia in emptione venditione pretium conſiſtit in nummis, ideo differre dicuntur præſtationes inter emptorem & venditorem *l.* 1. *D. de rer. permut.* nam emptor, qui eſt debitor quantitatis, tenetur nummos facere accipientis, venditor ſatis habet, ſi fundi vacuam poſſeſſionem tradat, & de dolo caveat. Denique non ſolum deſideramus hoc in mutuo, ut ſolvatur res ejusdem generis vel naturæ, ſed etiam ut ſolvatur ejusdem qualitatis, id eſt, bonitatis ut in *l. ubi* 75. §. 1. *D. de verb. oblig.* & in *l. ſi vini* 7. *D. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* hoc enim tacite ineſt huic contractui, id eſt, præſtatur, quamvis nihil de ea re cautum ſit *l.* 3. *D. de reb. cred.* valet tamen conventio, ut deterior res reddatur, ut puta pro veteri vino novum. Ratio hæc eſt, quia hac conventione non immutatur ſubſtantia contractus, cum reddatur idem genus, ſed hoc pacto vel conventione formamus contractum, id eſt, pacto diſcedimus ab eo, quod etiam non expreſſum per conſequentias contractus præſtaretur, & quemadmodum dicimus, eſſe depoſitum, quamvis conventio excedat depoſiti modum & terminos *l. Lucius Titius* 24. *l. Publia* 26. §. 1. *D. depoſiti.* ita quoque dicimus, eſſe mutuum, licet remanente ſubſtantia contractus conventio excedat mutui terminos, quod & doctores omnes hoc loco admittunt recte, ducti tamen rationibus, quæ id non probant, & in hanc rem abutitur omnino Bartolus *l. Firmio* 26. §. *ult. D. quando dies legat. ced.* Cæterum ſi pactum omnino ſit contra ſubſtantiam contractus, vitiat contractum *l. cum precario* 12. *pr. D. de precar.* & ideo ſi convenerit, ut aliud genus ſolvatur, non eſt amplius mutuum, ſed permutatio, vel contractus *do, ut des l. naturalis* 5. §. 1. *D. de præſcript. verb.* poteſt quidem ex poſt facto ſolvi aliud genus creditori volenti etiam in mutuo, vel ex cauſſa mutui propter regulam ſupra traditam, quæ dictat initium contractus eſſe inſpiciendum, poteſt quoque eadem ſpecies mutuo accepta eadem ratione ex

poſtfacto ſolvi, quod & hic rectiſſime notat Accurſius in verbo *damus*; ſatis enim eſt, ſi initio convenerit de eodem genere reddendo, non de eadem ſpecie. At in commodato, depoſito, pignore ex ipſo propoſito contractus, ipſa res data eſt reſtituenda, ut hic Cajus ait, & hæc eſt ſumma differentia inter hos contractus, quam ſatis deprehendere licet ex formulis actionum, quibus agimus in perſonam ex his contractibus. In contractu mutui intendimus dare oportere, id eſt, dominium transferre. In commodato, depoſito, pignore, reddere vel reſtituere, & ita eſt accipiendum, omiſſis Accurſii nugis, quod eſt in §. 1. *Inſtit. de actionib.* actiones in perſonam proditas eſſe, per quas quis intendit, adverſarium dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis, id eſt, non dare vel facere, ſed reddere, vel reſtituere, ut in dictis contractibus. Et ex ea differentia ſequitur alia, eum, qui mutuum accepit, præſtare caſum fortuitum, id eſt, mutuum eſſe periculo debitoris *l. incendium* 11. *Cod. ſi certum petat.* eſt enim debitor generis, quod perire non poteſt *l. 9. juncta l.* 10. *D. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* vel potius eſt dominus rei peremptæ, quæ regulariter domino perire debet. *l. pignus 9. C. de pigner. act.* & hoc in mutuo nominatim a majoribus conſtitutum fuiſſe Seneca docet *lib. 7. de benefic. cap.* 16. his verbis: *Quid tu tam imprudentes judicas majores noſtros fuiſſe, ut non intelligerent, iniquiſſimum eſſe, eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam a creditore acceperit, libidine aut alea abſumpſit, & eum, qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo caſu triſtiore, aliena cum ſuis perdidit? nullam excuſationem receperunt, ut homines ſcirent fidem utique præſtandam; ſatius enim erat, a paucis, etiam juſtam excuſationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.* Sane Dio *Lib. 55.* narrat, Romæ nebulones quosdam ſpe debitorum levandorum ædificia, quæ habebant in loco publico, data opera incendio ſuſtuliſſe, ut ita probantes ſe maximis damnis affectos liberationem ab Auguſto impetrarent, quam tamen optimus Imperator illis denegavit ſuſcepta cura incendiorum, qui locus quoque pertinet ad *l. 2. & 3. D. de offic. Præfect. Vigil.* aliud igitur obtinet in commodato, depoſito, pignore, in quibus contractibus regulariter non præſtatur caſus fortuitus. In depoſito præſtatur tantum dolus, in commodato & pignore præter dolum culpa, imo & in commodato exactiſſima diligentia. Nec tamen ideo dicimus, commodatum, pignus, depoſitum eſſe periculo ejus, qui accepit, quod cum dicimus comprehendimus etiam caſus fortuitos, quibus vis humana reſiſtere non poteſt *l. ſi gratuitam* §. 1. *§. Papinianus* 2. *& §. pen. D. de præſ. verb. l.* 1. *Cod. de commod. d. l. pignus 9. Cod. de pignerat. act.* ut cum dicimus, perfecta emptione venditione ante traditionem rem venditam eſſe periculo emptoris. §. *cum autem 3. Inſtit. de empt. & vendit.* id ita accipiendum eſt, ut re peremta caſu fortuito ſine dolo & culpa venditoris omne periculum pertineat ad emptorem, ita ut pretium quoque ſolvere teneatur. *l. ult. C. de peric. & comm. rei vend.* cui certiſſimæ definitioni juris non obloquitur vexata *l. ſi fundus* 33. *D. locati.* quoniam publicato fundo poteſtate legis, præcepto principali, ut loquitur *lex Lucius* 11. *D. de evictionib.* reſcinditur omnino contractus, & perinde eſt, ac ſi emptio venditio contracta non fuiſſet. Non mirum igitur, ſi in hac ſpecie emptor recipiat pretium, reſciſſo contractu, ut in *l. bona fides* 50. *D. de*

actio-

actionib. empti. liberato emptore beneficio legis novarum tabularum a solutione pretii, rem traditam venditor vindicare potest, &, ut inibi JCtus ait, perinde est ac si neque vendidisset, neque tradidisset. Denique in *d. l. si fundus* 33. datur actio ex empto ad recipiendum pretium etiam rescisso contractu, quoniam hæc actio dari etiam solet ad distrahendum. Sumantur exempla ex *l. ex empto* 11. §. *is qui vina* 6. *D. de action. empti. l. si fundus* 4. *D. de leg. commiss. l. si convenit* 6. *D. de rescind. vind.* Sed quod diximus, in commodato, deposito, pignore, præstandum non esse periculum, valde oppugnat *lex & non tantum* 19. *pr. D. de petit. hered.* in qua nominatim dicitur in his tribus contractibus periculum esse præstandum. Respondeo, in *d. l.* esse ponendum, id inter contrahentes ita convenisse, ut depositum esset periculo recipientis, contractus enim ex conventione legem accipiunt *l.* 1. §. *si convenit* 6. *D. depositi l. contractus* 23. *l. nec ex Prætorio* 27. *D. de reg. jur.* & de deposito, quod sit periculo recipientis, elegans species est in *l.* 4. *pr. D. supra de reb. cred.* Idem dicimus in commodato, si tibi rem meam periculo tuo utendam commodavero *l. rem mihi* 21. § *ult. commod.* & de pignore, quo utitur creditor suo periculo, extat insignis locus vulgo non deprehensus in *l.* 9. §. *ult. D. de supell. legat.* quem locum D. Cujacius putavit esse accipiendum de fiducia, seu genere pignoris, quo transferebatur dominium in creditorem, re mancipata a debitore sub ea lege, ut, soluta pecunia, ei remanciparetur; sed verba suadent hunc locum esse accipiendum de pignore, quo voluntate debitoris creditor utitur suo periculo, nam quia argento pignori opposito utebatur testator, inde infert Papinianus supellectili sua omni legata argentum pignori datum contineri. Regulariter igitur in his contractibus non veniunt casus fortuiti, qui tamen ex conventione aliquando præstantur. Regulariter in deposito præstatur tantum dolus, in commodato & pignore, præter dolum, culpa. Culpæ tamen sunt gradus tres: est quædam levissima culpa, ut in *l.* 44. *pr. D. ad leg. Aquil.* cui opponitur exactissima diligentia, quam hoc loco Cajus ait a commodatario esse præstandam, in hoc nempe genere commodati, in quo versatur utilitas accipientis tantum *l.* 5 §. 1 *D. commod.* nam si utriusque dantis & accipientis, habetur tantum ratio culpæ levis *l. in rebus* 18. *pr. in verb. at si utriusque D. eod.* est igitur culpa quædam levis, cui opponitur diligens custodia, de qua in *l. cum res legata* 47 §. *culpa* 5. *D. de leg.* 1°. *l.* 22. §. 3. *vs. sed etsi D. ad Trebell. l* 20 *Cod. de negot. gest. l.* 7. *Cod. arbitrium tut.* est & lata culpa dolo proxima, quam depositarius præstat *l. quod Nerva* 32. *D. depositi.*

Ad §. verbis 7. & 8. legis 1. D. de O. & A.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſu, cum quid dari fierive nobis ſtipulemur. Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno &c.

Ut re interveniente obligationem contrahi diximus, ita & verborum obligatio contrahitur, ex utraque parte dantis & accipientis interpoſitis verbis, quæ ante conſtitutionem Leonis, id eſt, ante *l. omnes* 10. *Cod. de contrah. & committ. ſtipulat.* ſolemnia erant, id eſt, directa & civilia: ſtipulatio enim juris civilis eſt, & eleganter a Paullo *l.* 2. §. *ult. D. de reb. cred.* dicitur actus quidam inventus ad comparandam obligationem, vel potius, reliquarum obligationum firmandarum cauſſa, ut idem Paullus ait. *lib.* 5. *ſent. tit. de obligat.* & Juſtinianus in §. 1. *Inſtit. de verb. obligat.* In omnibus igitur conventionibus, hac ſolemnitate verborum adhibita, & nominatim interrogato reo, an dare vel facere vellet? crediderunt veteres JCti firmiſſimo vinculo debitorem adſtringi. Ratio hæc fuit, quam ex ſolemnibus negotiis populi Romani obſervare licet, quia v. gr. & leges ipſas, quas firmas & ratas eſſe volebant, eadem ſolemni formula ſancire ſolebant, rogato nempe, id eſt, interrogato populo a Magiſtratu quodam, vel Conſule, vel Prætore, ut eſt notiſſimum vel ex §. *lex* 4. *Inſtit. de jure natural.* ut nimirum hac veluti ſtipulatione populus obligaretur legibus, ſic ſolemnia arrogationis apud populum interrogatione & reſponſione peragebantur. *l.* 2. *D. de adoption.* & pleraque alia, quæ conſtat eſſe juris civilis. Ex his intelligimus, ſtipulationes pendere ex præcedenti cauſſa vel efficaci ad formandam actionem, ut puta ex contractibus nominatis vel innominatis *l.* 5. *pr. vſ. conventionales D. de verb. oblig.* vel ex cauſſa inefficaci, ut ex pactis nudis, quæ non pariunt actionem *l. juris gentium* 7. §. 4. *D. de pactis.* ſolebant enim negotia ſtipulatione concludere *d. l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *& l. ſi dominus* 8. *D. de præſcr. verb.* Eſt adhibendæ ſtipulationis utilitas ſumma, potiſſimum in contractibus bonæ fidei, ut apud Senecam *lib.* 1. *de benef. utinam emptorem nulla ſtipulatio obligaret*, quia utilior eſt actio ſtricti juris actione bonæ fidei, ut rectiſſime contra Accurſium D. Cujacius vindicavit, & probare videtur lex *ſi vendidero* 80. §. *ſi Titius* 5. *D. de furtis.* In cujus ſpecie is, cui competit actio negotiorum geſtorum, quam conſtat eſſe bonæ fidei §. *actionum* 28. *Inſtit. de actionib.* conſequi poteſt per exceptionem doli mali, ut ei cedatur actio ſtricti juris, quod utilior ſit propter formulam ſtrictam, cui judex datus addicebatur, extra quam officium illius vagari non poterat, & has actiones ſtrictas, ſive ſtricti juris intelligere videtur eruditus Poëta Statius, & tacite innuere, eas fuiſſe in foro frequentiſſimas *lib.* 3. *Sylvar. Carm. ad Claud. ux. vſ.* 87.

Nulla foro rabies, aut ſtrictæ jurgia legis.

Id eſt, ſtricti juris, ſic enim ex optimis libris ille locus legendus eſt. Subjici-

jicitur autem ſtipulatio præcedenti obligationi, ut prior obligatio confirmetur, & ut duæ naſcantur obligationes *l. 5. vſ. conventionales D. de verbor. oblig.* nam prior obligatio per ſtipulationem non tollitur, niſi ſubjiciatur novandi animo §. *præterea 3. verſic. ſed cum hoc Inſtit. quib. mod. toll. obligat. l. ſi unus 27. §. pactus 2. D. de pactis l. 2. l 6. l. ſi Stichum 8. §. 1. §. 2. & §. ult. D. de novationib.* ſi tamen ſtipulatio adjiciatur mutuo, ſi tibi decem dedero, quæ deinde a te ſtipulatus fuerim, unus contractus eſt, nec duæ naſcuntur obligationes *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus 2. verſ. ſupereſt D. de verb. oblig. l. 6. & 7. D. de novation.* Cur tam varie? An quia ex ſtipulatione, quæ mutuo ſubjicitur eadem actio competit, quæ ex mutuo competeret, certi nempe condictio §. 1. *Inſtit. de verb. oblig.* & cum eadem naſcatur actio, non poſſumus duas obligationes comminiſci? Sic videtur, adde facilem & frequentem eſſe concurſum actionis bonæ fidei cum actione ſtricti juris, ſed non actionis ſtricti juris cum actione ejusdem naturæ, quam in rem eſt elegantiſſima integra *lex ult. D. de condict. ob turp. cauſ.* Et hæc ſufficiant de verborum obligatione, quæ proprio nomine interponitur. Alieno nomine interponitur a fidejuſſore verbis notiſſimis, quæ ſunt in principio *tit. Inſtit. de verbor. oblig.* accedit enim fidejuſſor priori principali obligationi, ut tutius ſit creditum, quod & de pignore dicitur §. *ult. Inſtit. quib. mod re contrah. oblig.* his enim duobus modis potiſſimum, pignoribus & fidejuſſoribus, cavere ſolemus *l. ſi rem 9. §. omnis 3. D. de pign. actione.* Vera igitur ratio adhibendi fidejuſſoris hæc eſt, ut tutius debeatur, quod in obligatione deductum eſt: fidejuſſores proprie accedere videntur obligationibus, ex quibus quis obligatur ad dandum, & ideo apud veteres JCtos dubitatum fuit, ut conſtat ex *l. 2 D de fidejuſſ.* an depoſiti vel commodati obligationi fidejuſſor accedere poſſit. Ratio dubitandi vera hæc fuit, quia ex his contractibus, ut diximus, non debetur nobis aliquid, quod ſit debitoris; non tenetur depoſitarius vel commodatarius ad dandum, ſed ad reddendum vel reſtituendum, & quia non transfertur dominium, quia his contractibus proprie non itur in creditum, videbatur ex his contractibus non eſſe accipiendum fidejuſſorem. Ratio decidendi hæc fuit contra ſuperiorem dubitationem, quia ex his contractibus perſona obligatur, quia agitur in perſonam, non in rem: ideo & his obligationibus fidejuſſor accedere poteſt, eadem ratione, qua definitum eſt, & commodati & depoſiti de peculio dumtaxat adverſus patrem vel dominum, non in ſolidum agi poſſe *l. 3. §. ſi filiofam. 4 D. commod. l. depoſiti 5. pr. D. de peculio.* quamvis agatur de re reddenda, & regulariter actio de peculio nulla ſit in rem vel ad exhibendum, ſed ſi dominus vel pater rem poſſideat, ſuo nomine tenetur in ſolidum. *l cum ſervus 16. D. ad exhibend.* Concludamus igitur, omni obligationi fidejuſſorem accedere poſſe etiam naturali *l. 1. l. 6. § ult.* juncta *l. 7. D. de fidejuſſ.* Quod autem Cajus ait hoc loco, eadem obligatione teneri fidejuſſorem, qua tenetur principalis debitor, rectiſſime gloſſa expoſuit hoc nomine laudata a veteribus & recentioribus interpretibus; teneri fidejuſſorem in rem vel pecuniam eandem, quæ principali obligatione continetur, nam obligationis forma plerumque diverſa eſt, quia fidejuſſor obligatur verbis tantum, id eſt, per ſtipulationem, ſed eadem obligatione dicitur

obligatus, quia in idem tenetur, & quia experiri licebat adverſus fidejuſſorem inexcuſſo reo principali *l.* 2. *&* 3. *l.* 25. *D. de fidejuſſ. l. qui mutuam* 56. *pr. D. mandati.* quod jus Juſtinianus emendavit in *Nov.* 4.

Ad §. ſi id quod 9. legis 1. *D.* de O. & A.

Si id, quod dari ſtipulamur, tale ſit, ut dari non poſſit, palam eſt, naturali ratione inutilem eſſe ſtipulationem. Veluti ſi de homine libero vel jam mortuo, vel ædibus deuſtis facta ſit ſtipulatio inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum eſſe, vel mortuum eſſe, vel ædes deuſtas eſſe. Idem juris eſt, ſi quis locum ſacrum aut religioſum dari ſibi ſtipulatus fuerit.

Subjiciuntur quædam a Cajo de inutilibus ſtipulationibus, inutilem eſſe ſtipulationem, ſi id, quod dari non poteſt, deducatur in ſtipulationem, idque palam eſſe vel naturali ratione: & ſerva, quod ait, *dari ſtipulemur*, nam qui promittit *dare*, tenetur dominium transferre quoquo modo *l. ubi autem* 75. §. *ult. D. de verb. oblig. hanc ſtipulationem, fundum Tuſculanum dari; Oſilius ait certi eſſe.* Hoc loco cuſtodite dixit *dari*, propria enim hæc eſt ſignificatio *dandi*, quod verbum eſſe ſacrorum notat Servius in illud Virgilii 8. *Æneid. vſ.* 106. *Thura dabant:* „ dici enim, inquit," ſolebat in ſacris Da, „ quod debes de manu dextra aris." quo genere plane datur, id eſt, alienatur, quod, ut Javolenus loquitur in *l.* 4. *D. communia præd.* humani juris eſſe deſinit, qua de cauſſa, ſi quis rem litigioſam conſecraſſet, quia res conſecrata non poterat facile reſecrari, dabatur ex *lege* XII. *tabul.* adverſus eum, qui ita a ſe omnino rem, de qua quærebatur, abdicaverat, actio in duplum. Inutilis igitur vel hac ratione eſt ſtipulatio, quia cum hoc contineat, ut teneatur promiſſor rem ipſam dare, non æſtimationem ſolvere, non quod intereſt, id quod in ſtipulatum deductum eſt, dare non poſſit, ut puta liberum hominem, rem ſacram vel religioſam, ut in *l. inter* 83. §. *ſacram* 5. *D. de verb. oblig.* ſi igitur res dari non poſſit, inutilis eſt ſtipulatio *l. ſi unus* 19. *D. de ſervit. ruſtic. præd.* & quod ait Cajus, *inter ignorantes*, id nominatim dubitationis tollendæ cauſſa addere videtur; obtinuit enim, inter ignorantes valere rei ſacræ vel religioſæ & liberi hominis emptionem *l.* 4. 5. *l. qui officii* 62. §. 1. *l. liberi hominis* 70. *D. de contrah. empt.* (*d*). Ratio differentiæ hæc eſt, quo-

(*d*) De ſolo homine libero placuit jure ſingulari, valere ejus venditionem inter ignorantes. *l.* 76. *D. de contr. emt.* propter aſſiduam enim & cottidianam ſervorum comparationem ita conſtitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus.

quoniam actione, quæ naſcitur ex empto vendito, agi poteſt in id, quod intereſt *l.* 1. *D. de actionib. empti.* aliud eſt in ſtipulatione, ſi res certa in ſtipulatum deducta fuerit hoc verbo *dari d. l. ubi* 75. §. *ult. D. de V. O.* ſi tamen quis fundum non dari, ſed tradi ſtipulatus fuerit, agi poteſt hoc caſu ex ſtipulatu in id, quod intereſt. *l. ſtipulationes* 72. *pr. D. de verb. oblig.* Ut in eadem ſpecie eadem ſit ratio actionis ex empto & actionis ex ſtipulatu: eademque ratione nemo rem ſuam *dari* ſtipulari poteſt utiliter, ut hoc loco Cajus ait: poteſt tamen ſtipulari, rem ſuam reſtitui *l. nemo* 82. *pr. D. de verb. oblig.* & notanda differentia, quæ traditur in *l. ſcire debemus* 29. §. *ult. D. eod.* non valere ſtipulationem, ſi dominus ſtipuletur a fure rem *dari*, valere tamen, ſi ita concepta fuerit ſtipulatio, *quod ex cauſſa condictionis dare facere oportet.* Quo argumento ductus dico, adhibitam ſtipulationem emptioni rei ſacræ, quæ dari non poteſt, ita demum valere, ſi ita concepta fuerit, *quod ex cauſſa emptionis te facere oportet*, at ſi ita concipiatur *rem dari*, omnino inutilem eſſe, quoniam hoc caſu agi poteſt in id, quod intereſt. De impoſſibili conditione dicam ad *l. non ſolum* 31. *Infra.*

Ad §. huic proximus 13. usque ad finem *legis* 1. *D.* de O. & A.

Quod ait Cajus in hac §. eum, qui ejus ætatis eſt, ut non intelligat, quid agatur, eſſe furioſo proximum, id ſumpſiſſe videtur ex Homero *Odyſſ. lib.* 19. illo loco, quo præſtantiſſimus poëta infimæ huic ætati dementiam adjungit: ait enim Penelope, Telemachum, antequam pubertatis annos attigiſſet, fuiſſe impuberem & dementem; Cajum autem JCtum fuiſſe bonarum litterarum peritiſſimum & Homero Poëta frequenter uti ſolitum, jam docuit D. Cujacius *Obſerv. lib.* 11. *cap.* 38. receptum tamen fuit hunc impuberem recte poſſe & ſtipulari & promittere, quod ita accipiendum eſt, quamvis

mus. *l.* 44. *pr. D. de uſurp. & uſucap.* & quia difficile dignoſci poteſt liber a ſervo. *l.* 5. *D. de contrah. emt.* Ratione rei ſacræ & religioſæ ſtamus regula generali de rebus commercio exemtis prodita in *l.* 34 §. 1. *D. de contrah. emt.* nam *lex* 4. item *lex* 62. §. 1. *D. eod.* quas Janus a Coſta in contrarium adducit, agunt de ſolo emtore ignorante, eique contra venditorem ſcientem concedunt emti actionem in id, quod intereſt, quæ tamen non directa, ſed utilis tantum eſt, uti præclare G. Noodt *de Form. emend. dol. mal. c.* XII. Itaque, ubi inter ignorantes res geritur, emtio rei ſacræ, aliterve commercio exemtæ, perinde ac ſtipulatio, opinor, nulla eſt: nec ſtipulatio, tali emtioni firmandæ cauſſa adjecta, quicquam virium addit, ſive concepta ſit *rem dari*, ſive, *quod ex cauſſa emtionis dare facere oportet. l.* 5. §. 1. *C. de legib.* nec ulla naſcetur actio, niſi ad pretium, ſi forte ſolutum ſit, repetendum *l.* 22. *l.* 23. *D. de contrah. emt.* at liberi hominis venditio, quamvis non faciat rem emtoris, valet tamen & ad traditionem ejus urgendam, &, ſi in libertatem ſe vindicarit, ad evictionem præſtandam: nam hæc actio datur & contra ignorantem *l.* 39. §. 3. *D. de evict. l.* 4. *D. quib. ad lib. proclam non licet.*

vis renitente Accursio, ut & sine tutore recte stipuletur, & alium sibi obligare possit, at ut promittat utiliter, desideratur tutoris auctoritas §. *pupillus* 4. *Instit. de inutil. stipul.* Quod de muto & surdo subjicitur, est facillimum, sed placet valde, quod in *l. discretis* 10. *Cod. qui testam. facere poss.* quam & hoc loco glossa adfert, a Juventio Celso & veteribus JCtis dicitur fuisse definitum, eum qui non intelligit, si quis supra cerebrum illius loquatur, nullum esse; placet, inquam, quod de surdo, qui omnino non exaudit; ait *nullum esse*, eadem forma (*e*), qua frequenter apud Comicos dici solet, *nullus sum.* & eodem sensu invenio, Ethnicos Deos, qui preces supplicantium audire non possunt, nullos dici.

Ad Legem 2. *D.* de O. & A.

PAULLUS LIB. 3. INSTITUTIONUM.

Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. §. 1. *Ideo autem istis modis obligationem consensu dicimus contrahi, quia neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.* §. 2. *unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium.* §. 3. *Item in his contractibus obligatur alter alteri de eo, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet.*

Sequitur de obligationibus ex consensu, id est, quæ ex consensu nudo & solo substantiam capiunt, nam & in cæteris obligationibus desideratur quidem consensus, nec ulla conventio esse potest, sive verbis, sive re fiat, sine consensu *l.* 1. §. *pen. D. de pactis.* sed præter consensum desideratur vel datio rei, ut in mutuo, de quo intelligenda sunt verba hæc in tit. *Instit. de obligat. ex consens. at nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio*; vel desideratur solemnitas verborum, ut in obligationibus, quæ verbis contrahuntur; vel scriptura, ut in iis obligationibus, quæ olim nominibus contrahi dicebantur, & hodie ex quorumdam sententia, quæ prævaluit in foro, in contractu emphyteutico ex *l.* 1. *Cod. de jur. emphyt.* Eæ igitur obli-

(*e*) Magis arguta, quam vera & ad sententiam loci accommodata est hæc interpretatio τῷ *nullum esse*: nam si hujus dictionis apud Celsum ea fuisset potestas, quam J. a Costa ex Comicis adfert, debuisset Imperator auctoritate Celsi surdis a nativitate potius denegare, quam concedere testamenti factionem: itaque τὸ *nullum esse* in *all. l.* 10. significat, *neminem reperiri*, sensu vulgari.

obligationes, quæ vel re, vel verbis, vel ſcriptura fiunt, præter id, quod cum omnibus obligationibus commune habent, id eſt, præter conſenſum habent proprium quoddam, ex quo ſubſtantiam accipiunt. Illæ vero nullam habent proprietatem, nihil habent proprium, ſed perficiuntur ſolo conſenſu, qui omnibus obligationibus communis eſt, fiunt ſine ſcriptura quibuscumque verbis *l.* 35. §. *ult. D. de verb. obligat. l.* 4. *D. de fide inſtrum.* Denique ſufficit conſentire, quæ propria natura eſt conventionum juris gentium, quas jus civile comprobavit *l.* 1. §. *ult. D. de contrab. empt.* ex quibus jus civile voluit naſci actiones, quia in ſuo nomine non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus *l. juris gentium* 7. §. 1. *D. de pactis.* & inde infert hoc loco Cajus, has obligationes inter abſentes contrahi poſſe, veluti per epiſtolam vel per nuncium, quod *lex ult. Cod. ſi quis alteri vel ſibi ſub alter. nom vel alien. pecun. emer.* exprimit *per interpoſitam perſonam*, quæ nempe vel epiſtolam, vel nuncium ferat, id eſt, nunciationem *l.* 1. *D. de procurat.* & hoc eſt, quod ex Labeone refert Paullus in *l.* 2. *D. de pactis.* convenire poſſe vel re, vel per epiſtolam, vel per nuncium, inter abſentes quoque poſſe, id eſt, ut rectiſſime ex Latinis Odofredus primus expoſuit, vel inter præſentes re, vel inter abſentes per epiſtolam, vel per nuncium. Cujus interpretationis Cujacius auctores laudat interpretes Græcos & Garziam quemdam Hiſpanum. Sic quoque in *l.* 4. *D. pro ſocio.* ſocietatem re contrahi, vel verbis, vel per nuncium, id eſt, vel inter præſentes, vel inter abſentes, hoc autem Cajus dixiſſe videtur potiſſimum ad differentiam obligationis verborum, quam palam eſt fieri non poſſe inter abſentes: & ideo in *d. tit. Inſtit.* præſentiæ nomine intelligitur verborum obligatio, & quod ſubjicitur in his contractibus alterum alteri obligari de eo, quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet, id eſt, ultro citroque naſci obligationes, quæ ſunt bonæ fidei, non ſtricti juris; hoc dicere videtur, ut Inſtitutiones *d. loco* docent, ad differentiam obligationis verborum, ex qua unus tantum, qui promiſit, tenetur judicio ſtricti juris, quamvis & idem fit in obligatione, quæ litteris, vel nominibus fieri dicebatur, & in obligatione, quæ naſcitur ex mutuo, quæ re fit, quibus omnibus obligationibus unus tantum tenetur actione ſtricti juris, in reliquis vero, quæ re fiunt, in commodato, depoſito, pignore dicimus competere bonæ fidei actiones. In his igitur omnibus actionibus, quæ bonæ fidei ſunt, libera poteſtas permittitur judici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat §. *in bonæ fidei* 30. *Inſtit. de action.* quod in judiciis ſtricti juris non eſt receptum, quibus agitur ſummo & ſtricto jure, & neceſſe habet judex ſequi formulam, in qua non adjicitur hæc clauſula *ex bona fide*, & hoc eſt, quod dicimus, in judiciis bonæ fidei exceptiones ineſſe ſive pacti, ſive doli mali, id eſt, neceſſe habere judicem harum exceptionum rationem habere, quamvis non opponantur *l* 3. *D. de reſcind. vendit. l. ſed ſi ideo* 21. *D. ſolut. matrim. l. hujusmodi* 84. §. *qui ſervum* 5. *D. de leg.* 1. quod locum non habere in judiciis ſtricti juris oſtendit *d. l.* 3. *D. de reſcind. vend.* Item pacta in continenti addita contractibus bonæ fidei inſunt ex utraque parte tam actoris quam rei *l.* 7. §. *quin imo* 5. *D. de pact. l. in bonæ fidei* 13. *C. eod tit.* id eſt, actori formant actionem ſecundum pactum, & reum ipſo jure tutum reddunt, etiam

non oppoſita exceptione pacti; at ſi fuerint addita contractibus ſtricti juris non inſunt ex parte actoris, id eſt, non poſſunt actori formare actionem, ſed inſunt ex parte rei, & ita eſt accipienda ſententia Paulli in vexata *l. lecta* 40. *D. de reb. cred.* & ut perſequar alias differentias inter has actiones; in rebus æſtimandis, quæ petuntur bonæ fidei judicio, ſpectamus tempus rei judicatæ, in judiciis ſtricti juris tempus litis conteſtatæ. *l.* 3. §. *in hac* 2. *D. commod.* in actionibus bonæ fidei juratur in litem *l. in actionibus* 5. *pr. D. de in lit. jur.* in actionibus ſtricti juris non juratur in litem *l. alias* 16. *D. eod.* niſi uno caſu, qui proponitur in *d. l. in actionibus* 5. §. *ult.* in actionibus bonæ fidei uſuræ debentur ex mora, quæ non debentur in actionibus ſtricti juris *l.* 22. *D. de donationib.* in contractibus ſtricti juris, nonniſi ex ſtipulatu debentur uſuræ *l.* 3. *C. de uſuris.* in contractibus bonæ fidei, ut eleganter ait lex *Lucius Titius* 24. *D. depoſiti* tantum poteſt officium arbitri, quantum ſtipulatio. Erat & alia differentia in compenſatione ineunda jure veteri, quam Juſtinianus ſuſtulit *d.* §. *in bonæ fidei* 30. *Inſt. de actionib. l. ult. Cod. de compenſat.*

Ad Leg. 3. *pr. D.* de O. & A.

PAULLUS LIB. 2. INSTITUTIONUM.

Obligationum ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum aut ſervitutem noſtram faciat, ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.

Proponitur in principio hujus legis ex libro 3. *Inſtit. Paulli.* generalis definitio, quæ pertinet ad omnes obligationes, ſive re, ſive verbis, ſive conſenſu conſiſtant, & placet hic valde Triboniani ordo, nam expoſitis rationibus, quibus ſubſtantiam capiunt obligationes, vel re tradita, vel interpoſitis verbis, vel nudo conſenſu, rectiſſime docet, harum obligationum ſubſtantiam, quam nimirum certis & conſtitutis modis jam acceperunt, non in eo conſiſtere, ut rei cujusdam corporalis vel incorporalis in obligationem deductæ, ut veriſſime Dynus expoſuit, dominium in creditorem ipſa obligatione cenſeatur eſſe translatum, ſed ut alium adſtringat ad dandum, faciendum, præſtandum aliquid; uno verbo obligationem non eſſe legitimum modum transferendi dominii. Certi ſunt modi jure civili conſtituti, quibus dominium transfertur, hos diligenter enumerat Ulpianus *lib. ſing. regul. tit.* 19. *de dominiis & acquiſitionibus* §. 2. *ſingularum rerum*, inquit, *dominia nobis adquiruntur, mancipatione, traditione, uſucapione, in jure ceſſione, adjudicatione, lege.* Obligationem non recenſet inter hos modos, ergo obligatio non eſt legitimus modus transferendi dominii, ſed eſt juſta cauſſa, ex qua dominium per traditionem transferri poteſt. v. g. perfecta emptione venditione nudo conſenſu, ut

ut in *l. neceſſario* 8. *pr. D. de per. & comm. rei vend.* non in eo conſiſtit ſubſtantia hujus contractus, vel obligationis, ut dominium rei venditæ cenſeatur eſſe translatum in emptorem, cui tenetur venditor actione ex empto, ſed hæc obligatio erit juſta cauſſa, ex qua dominium transferri poteſt. *l. nunquam* 31. *D. de acquir. rer. domin.* in qua traditur certiſſimum principium juris, nunquam nudam traditionem transferre dominium, ſed neceſſariam eſſe juſtam cauſſam, quæ præcedat ut in *l.* 3. 4. 5. 6. 7. *D. de Public. in rem act.* Idem eſt in re incorporali, ſi ſervitus vendita fuerit, vel promiſſa per ſtipulationem, ex hac obligatione non eſt translatum dominium ſervitutis, ſed tenetur venditor, vel promiſſor ad ſervitutem præſtandam; denique opus eſt conſtitutione & traditione ſervitutis *l. ſi ego* 11. §. *ſi de uſufructu* 1. *D. de Public. in rem act.* & obſerva, quod ait Paullus, obligationum ſubſtantia non in eo conſiſtit, id eſt, non ea eſt natura obligationum, ut Pomponius in *l.* 15. §. *ult. D. de ſervitut.* non ea eſt natura ſervitutum, promiſcue enim his verbis utuntur auctores juris *l.* 7. §. 5. *vſ. idem reſponſum D. de pactis l. pacta conventa* 72. *pr. D. de contrah. empt.* non ea igitur eſt ſubſtantia obligationis jam conſtitutæ, ſic enim accipienda ſunt iſta verba, ne te decipiant verba Caji vel Juſtiniani in *tit. Inſtit. de obligat. ex conſenſ.* at nec dari quicquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio, hæc verba ſunt intelligenda de ſubſtantia obligationis conſtituendæ per dationem rei, ſine qua conſiſtere non poteſt obligatio mutui, non de ſubſtantia obligationis jam conſtitutæ, de qua loquitur hoc loco Paullus. Verborum ſimilitudo decepit magnum virum etiam in *poſter. not. Inſtit.* in quibus ad dicta verba notat hanc noſtram legem; ſed nos permaneamus in ſententia veterum, qui ita ſimpliciter hanc legem expoſuerunt ex *l. traditionibus* 20. *Cod. de pactis.* fideliter expoſita ab eodem præſtantiſſimo viro ad *l.* 1. *D. de uſucapionibus.* Quod addit Accurſius ex *l. ult. C. de ſacroſanctis Eccl. l. commiſſa* 14. *D. de publicanis l. Imperator* 43. *D. de jure fiſci.* profecto non ſcripſiſſet, ſi incidiſſet in regulas Ulpiani: ex quibus dicendum eſt uno verbo, uti *dicto titulo de dominiis & acquiſitionibus rerum* §. *lege:* iis caſibus ab Accurſio notatis dominium transferri lege, vel conſtitutione principis, non obligatione vel facto.

Ad §. 1. *Legis* 3. *D.* de O. & A.

Non ſatis autem eſt dantis eſſe nummos & fieri accipientis, ut obligatio naſcatur, ſed etiam hoc animo dari & accipi, ut obligatio conſtituatur. Itaque ſi quis pecuniam ſuam donandi cauſſa dederit mihi, quamquam & donantis fuerit, & mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum eſt.

Reſumitur in hac §. id, quod ſupra dictum eſt in *l.* 1. neceſſe eſſe in mutuo, nummos eſſe dantis & fieri accipientis, & ſubjicitur hoc loco, non ſatis eſſe dominium transferri, ſed & deſiderari; ut utriusque concurrat animus ad obligationem conſtituendam, nec enim omnis numeratio facit mutuum *l. non omnis* 19. *pr. D. de reb. cred.* ut ſi quis pecuniam donandi cauſſa dederit, quanquam pecunia fuerit donantis, & facta ſit accipientis, tamen obligatio non contrahitur, quia neque ille eo animo dedit, ut accipientem obligaret, neque accipiens habuit animum contrahendæ obligationis, non hoc actum eſt inter dantem & accipientem, ergo non naſcitur obligatio. Sed quæſitum eſt, quid ſit dicendum, ſi dati fuerint nummi animo donandi, & accepti tanquam animo contrahendi mutui, qua in ſpecie dans & accipiens non ſunt opinionis ejusdem; quæritur, an cenſeatur contracta obligatio; an ex opinione accipientis dicendum ſit, hanc pecuniam eſſe mutuam? quod Ulpianus tractat, id eſt, diſputat in *lib. diſput.* ut conſtat ex *l. ſi ego* 18. *pr. D. de reb. cred.* & ſtatim definiendum eſſe cenſet, hanc pecuniam non eſſe quidem donatam ex ſententia Juliani, nec enim facile præſumitur donatio, nemo enim creditur jactare pecunias ſuas. *l. cum de indebito* 25. *D. de probationib.* & eleganter Plinius *lib.* 1. *Epiſt.* naturam omnes homines ad pecuniæ cuſtodiam inſtruxiſſe, quæ & ex Comici græci ſententia notiſſima dicitur anima & ſanguis mortalium. Donat. in illud Terentii *Phorm. act.* 1. *ſcen.* 1. *vſ.* 13.

Porro autem Geta ferietur alio munere.

Ad paupertatem retulit *ferietur. Nam & plagam, damnum; & ſumptum, ſanguinem noſtrum dicimus.* Non ergo dicimus in ſpecie propoſita, pecuniam eſſe donatam, qua in re Ulpianus cum Juliano conſentit, ſed addit Ulpianus, non putare ſe, vel nec eſſe mutuam; ait *putare* tanquam in re incerta, nam ut idem Donat. docet in Terent. *Andr. act.* 11. *ſc.* 2. *vſ.* 30.

Non opinor, Dave.

Quæ opinamur, quæ putamus, incerta ſunt, & ita dubitans Papinianus opinari di-

dicitur in *l. ult. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* utebatur Ulpianus hac ratione, ideo non eſſe mutuum, quia alia opinione accepit & tamen Julianus, cujus auctoritatem laudat Ulpianus, nominatim ait, nummos fieri accipientis, translatam eſſe proprietatem nummorum in *l. cum in corpus* 36. *D. de acquir. rer. domin.* non expreſſum quidem eſt in *d. l.* ex qua cauſſa dixerit Julianus translatum eſſe dominium, ſed quia Ulpianus teſtatur, Julianum dixiſſe non eſſe donationem, ſane ſequitur Julianum voluiſſe ex cauſſa mutui translatum eſſe dominium, quod & illatio Juliani arguit ſatis luculenter expoſita a D. Cujacio in *lib. ad Julianum*; at contra Ulpianus ait, non eſſe mutuum; diſſentit igitur apertiſſime Ulpianus a Juliano. Idem vir præſtantiſſimus ita credidit hos duos locos eſſe conciliandos, ut, quod Julianus dixit, conſtare, translatum eſſe dominium nummorum, ita accipiendum ſit ex ſententia Ulpiani in *d. l.* ſi nempe accipiens conſumſit nummos, ut ex conſumptione detur condictio, & convaleſcat mutuum, qua tamen condictione ſi agatur, opponenda ſit hæc exceptio, ſi non tua voluntate nummi conſumpti fuerint, ut beneficio hujus exceptionis creditum fiat inſolubile, ut Seneca loquitur. Et hæc quidem verior ratio conciliationis ineundæ inter has duas leges probata Græcis interpretibus; nam quod gloſſa vel veteres interpretes ariolantur, plane indignum eſt relatu; mihi tamen ſemper viſum eſt, voluiſſe Ulpianum hanc Juliani ſententiam emollire, eamque ita temperare, ut mutuum conſumptione tantum convaleſcat. Vis videre quam hoc verum ſit? Ulpianus utitur hac ratione, quia alia opinione accepit, ideo non eſt mutuum, Julianus vero non eſſe impedimento, quod circa cauſſam dandi & accipiendi diſſenſerint, contradictio manifeſta, ſi traditionem inſpicias, qua inſpecta nunquam admiſit Ulpianus eſſe mutuum, Julianus admiſiſſe videtur etiam ſine conſumptione.

Ad §. 2. *legis* 3. *D.* de O. & A.

Verborum quoque obligatio conſtat, ſi inter contrahentes id agatur: nec enim ſi per jocum puta, vel demonſtrandi intellectus cauſſa, ego tibi dixero, ſpondes? Et tu reſponderis, ſpondeo; naſcetur obligatio.

Addit in *h.* §. Paullus, idem eſſe dicendum in obligationibus verborum, ut, quemadmodum non quælibet traditio rei conſtituit obligationem, ſic quoque non quælibet prolatio verborum ſolemnium conſtituat obligationem, ut ſi quis per jocum verba ſtipulationis pronuntiaverit, vel, ut ait, demonſtrandi intellectus cauſſa, id eſt, ut oſtenderet, ſe non ſenſu tantum, ut loquitur *lex* 20. §. *non tamen* 9. *D. qui teſtam. facere poſſ.* ſed etiam intellectu percipere, quæ ſit vis & poteſtas verborum, quibus ſtipulatio concipitur.

Ad Legem 4. *D.* de O. & A.

CAJUS LIB. 3. RERUM QUOTIDIANARUM, SIVE AUREORUM.

Ex maleficio naſcuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria, quæ omnia unius generis ſunt: nam hæ re tantum conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, cum alioqui ex contractu obligationes non tantum re conſiſtant, ſed etiam verbis & conſenſu.

Dixit Cajus in *l.* 1. obligationes, quæ ex contractu naſcuntur, aut re aut verbis, aut conſenſu contrahi; at obligationes ex maleficio, hoc loco ait, eſſe unius generis, & re tantum conſiſtere, id eſt, ipſo maleficio, quod quis admiſit, ut Ulpianus loquitur in *l. actionum* 25. §. 1. *D. hoc tit.* facto, vel, ut Modeſtinus loquitur, peccato, ſive igitur verbis, ſive verberibus, ſive litteris quis injuriam alteri fecerit, veriſſimum eſt, quod Accurſius docuit, injuriam conſiſtere re tantum, id eſt, ipſo facto, nec pugnat *lex* 1. §. 1. *D. de injur.* Has autem obligationes ex maleficio Cajus eſſe ait ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria, ex quibus obligationibus naſcuntur actiones, quibus agimus, vel de re familiari, ut puta actione furti, actione legis Aquiliæ de damno injuria, id eſt, culpa dato §. 1. *Inſtit. de injur.* actione vi bonorum raptorum, ſic enim eam appellari proditum eſt *l.* 2. §. *hæc actio* 17. *D. vi bonor. rapt.* vel agimus tantum de vindicta, ut actione injuriarum *l.* 2. §. *emancipatus* 4. *D. de collat. bonor.* & ideo ſi prius illis actionibus actum fuerit civiliter, criminali judicio, quod ſequi poteſt, præjudicium fieri dicitur *l.* 4. *D. de publicis jud.*, id eſt, ex judicio civili, quod præceſſit, exemplum eſſe ſumendum; ſic enim proprie præjudicium eſſe accipiendum Aſconius docuit *in Divinat. M. Tullii* & quod Ulpianus ait *l. inde Neratius* 23. §. *ſi dolo* 9. *D. ad leg. Aquil.* præjudicium non fieri, alio ſenſu accipiendum, non obſtare nimirum civilem actionem criminali judicio, &, ut eſt in tit. Cod. *quando civilis actio criminali præjud.* civili actione criminali non præjudicari. Hac vero actione injuriarum, quæ eſt de vindicta tantum, rurſus criminaliter agi non poteſt, quia de vindicta jam civiliter actum eſt, & hac actione civili criminali judicio eadem forma dicimus præjudicium fieri, & præjudicium non fieri, ut erudite contra Accurſium Cujacius docuit. Cæterum actiones, quæ ex maleficiis proditæ ſunt, vel pœnam tantum perſequuntur, vel rem & pœnam §. *ex maleficiis* 18. *Inſtit. de action.* ut furti agimus ad pœnam tantum actione furti manifeſti, vel nec manifeſti: rem ipſam propria actione petere poſſumus, id eſt, rei vindicatione, qua fur tenetur, tanquam quilibet poſſeſſor *l.* 12. *Cod. de furtis.* poſſumus, & condicere condictio-

dictione furtiva *l.* 1. *D. de privat. delict.* qua tenetur tanquam fur *l. inter omnes* 46. *pr. D. de furtis l.* 17. §. 2. *D. rer. amot.* Vi bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo pœna continetur, id est, pœna tantum tripli est. *l locatio* 9. §. *quod illicite* 5. *D. de publican.* ubi JCtus ait, rem per vim extortam a publicanis cum pœna tripli repeti posse, & verissime Theodoretus in sermone 4°. ait, publicanorum omnem vitam esse rapinam; quod & de militantibus Salvianus Massilienſis Episcopus *lib.* 4. *ad Eccl. Cath.* Quod autem Accursius tractat contra Placentinum in *d.* §. *ex maleficiis* 18. *Inst. de act.* ita paucis definiendum videtur, ut quamvis in edicto vi bonorum raptorum neque furti actio, neque legis Aquiliæ simul tribuatur vel promittatur a Prætore, (sic enim interpretor, quod Ulpianus ait in *l.* 2. §. *cæterum* 10. *D. vi bonorum raptor*, *neque furti actio*, *neque legis Aquiliæ contributæ sunt in hoc edicto*) concurrant tamen cum hac actione, ac quemadmodum agi, potest furti nec manifesti, si nec manifesto rapuerit *l.* 1. *D. eod. l.* 52. §. *ult. D. de furtis.* ita quoque si manifesto rapuerit, furti manifesti agatur *l. si vendidero* 80. §. *cum raptor.* 3. *D. eod.* & in casum, quo nec manifesti agi potest, proprie videtur actio vi bonorum raptorum comparata, ut eruditissime D Cujacius docuit, explosis nugis interpretum in *tit. vi bonorum raptorum Cod.*

Ad Legem 5. princ. D. de O. & A.

CAJUS LIB. 3. AUREORUM.

Si quis absentis negotia gesserit &c.

Incipit hoc loco Cajus tractare de obligationibus, quas in *l.* 1. nasci dixit proprio quodam jure ex variis causarum figuris, id est, quæ neque sunt ex contractu, neque ex maleficio, ut in hac specie: Titius gessit negotia Sempronii absentis, si mandatum intervenerit, si vel rogaverit præsens Sempronius, vel mandaverit absens, sic enim accipienda videtur *lex si negotium* 16. *Cod. de negot. gest.* ex contractu nascitur inter eos actio mandati ultro citroque, quam actionem constat esse bonæ fidei, & eleganter Ulpianus in *l. si fidejussor* 29. §. *quædam* 4. *D. mandati*, ideo in ea non esse disputandum de apicibus juris, id non congruere judicio bonæ fidei: at si sine mandato negotia gesserit, receptum quidem est a prudentibus, ut Accursius recte notat in verbo *placuit*, nasci ultro citroque obligationem, & ex ea competere actiones, quæ dicuntur negotiorum gestorum, sed dicere non possumus, has actiones nasci vel ex contractu, vel ex maleficio, non est contractus, quia nulla conventio interceſſit inter eum, qui gessit & absentem; non potest quoque maleficium dici amici vel procuratoris voluntarii, qui ultro accessit ad gerenda negotia, & multo magis ex parte absentis & ignorantis dicimus nullum esse maleficium, nullam conventionem: sed placuit, eos invicem obligari proprio quo-

quodam jure ex hoc negotio, quod neque contractus est, neque maleficium: & id utilitas exigebat, deficiente mandato propter longas & inopinatas peregrinationes civium Rom., quibus quoque debemus jura codicillorum & fideicommissorum, ut constat ex *tit. Instit. de codicill.* Ex his igitur intelligimus, negotiorum gestorum actionem utilitatis caussa fuisse introductam, deficiente actione mandati, ut passim constat, eam dari, quoties mandati actio non competit *l. item si cum 5. pr. l. at quin* 19. §. *si libero* 2. *l. si liber homo* 36. *D. de negot. gest.* nec inter easdem personas de eadem re temere debemus admittere concursum harum actionum, ut vel ex contractu agatur, vel quasi ex contractu, quamvis possint uni competere adversus diversos *l. si mandatum* 14. *Cod. de negot. gest.* nec te moveat, quod scriptum est in *Recitatt.* D. Cujacii ad *l.* 61. *D. de reg. jur.* nam verum quidem est, unum posse agere adversus diversos actione mandati & actione negotiorum gestorum, & ita concurrere aliquando has actiones; at in specie proposita in *d. l.* 61. concurrere has actiones non absolute dixit vir præstantissimus, laborabat quidem mens illius in solvenda objectione Accursii ex *l. si pupilli* 6. §. *item quæritur* 9. & §. *seq. D. de negot. gest.* & in rejiciendis effugiis Bulgari & Johannis, & tentabat, dici posse, aliquando concurrere has actiones; sed eum non permansisse in hac conjectura, omnino probant posteriores cogitationes, quas habemus ad Julianum in *d. l. si pupilli* 6. §. *idem ait* 10 ex quibus breviter dicimus, inspiciendum esse animum ejus, qui ratum habuit, an habuerit animum constituendi vel contrahendi mandati, an negotii gesti faciendi sui, quod ab initio suum non erat, vel quod suum erat, sed male gestum, ut in *l.* 9. *D. de negot. gest.* Primo casu, ut in *d. l* 61. dicimus, esse mandatum, & mandati actionem; altero casu negotiorum gestorum actionem, &, an ratihabitio constituat mandatum, varie quæsitum fuit & disputatum inter Sabinianos & Proculejanos *l.* 1. §. *sed & si quod alius* 14. *D. de vi & vi armat.* Quidam in eadem specie dabant actionem mandati, quidam negotiorum gestorum, nullus igitur est, vel esse potest concursus harum actionum in hac specie, imo, ut constat ex *l.* 3. §. *ult. D. de neg. gest.* apud Marcellum quæsitum & dubitatum fuit, utrum actio mandati concurreret cum actione negotiorum gestorum in hoc casu; Titius cum proposuisset gerere negotia Sempronii, mandavit ei Cajus, ut gerat; quæritur an utraque actione experiri liceat, & videtur Marcellus non admisisse concursum, quem tamen Ulpianus ait opinari se & putare admittendum esse, ut quemadmodum Marcellus accepto fidejussore ab eo, qui negotia gerere volebat, admittebat concursum actionis ex stipulatu cum actione negotiorum gestorum, ita & hoc casu admittamus concursum actionis mandati: obtinuit igitur, sed difficilius propter actionem mandati, qua cessante introducta & recepta est actio negotiorum gestorum, & hac potissimum ratione fretus ausim dicere, verius esse, quod Joanni visum est in hac specie: mandatu Titii una cum negotiis Titii, Sempronius gessit etiam negotia Caji, ut in *d. l. si mandatum* 14. *C. de negot. gest. l. si pupilli* 6. §. *si quis ita* 4. *D. eod.* vel sciens gessit negotia Caji, vel ignorans: primo casu animus gerendi negotii Cajani constituit actionem negotiorum gestorum adversus Cajum: nec est impedimento actio mandati, quæ competit adversus Titium, ut

in

in ſpecie *l. qui pupillæ* 4. *Cod. eod. tit.* recte Accurſius notat. Secundo caſu, cum rationem tantum habuit mandati, neque cogitavit de gerendo negotio Caji, ut in prima parte §. *ſi curator* 10. *l. ſi mandavero* 22. *D. mandat.* denegamus actionem negotiorum geſtorum, nam, ut competat hæc actio, nec obſtet mandati actio, cujus veluti ſubſidiaria eſt, deſideramus animum, id eſt, ſcientiam & affectionem, & ſi objicias, quod ab Azone objectum eſt, ut competat negotiorum geſtorum actio, animum non eſſe inſpiciendum, ſed ſatis eſſe, ſi re ipſa negotium geſtum ſit, etiam ſine affectione ejus, qui geſſit, (quod multis locis proditum eſt *d. l. ſi pupilli* 6. §. *ſi Titii* 8. & §. *quid ergo* 11. *l. quæ utiliter* 45. §. *ult. l. liberto* 31. §. *inter* 1. *eod. tit. l. in hoc judicium* 14. §. 1. *verſ. diverſum D. comm. divid.* & in poſteriori parte *d.* §. *ſi curator* 10. quibus omnibus locis datur actio negotiorum geſtorum ſaltem utilis, vel in factum ei, qui ignoravit) hoc quidem admittam eſſe veriſſimum, ſed non ideo eſſe dandam indiſtincte in ſuperiori caſu, ubi concurſus actionis mandati diverſam facit ſpeciem; non mirum igitur, ſi & diverſum jus conſtituatur, nec referam diſtinctiones Odofredi & reliquorum interpretum, qui hoc loco a vero omnino aberraſſe videntur; tantum dicam, variaſſe hac in parte D. Cujacium, ut probant *Rectitat. ad d. l. liberto* 31. *& ad d. l. ſi mandavero* 22. quo loco tandem amplectitur ſententiam Joannis, non explicata tamen ratione differentiæ, quam explicare tentavi, ut hic conatus meus aliquid enucleatius ab acutioribus extorqueat.

Ad §. tutelæ 1. *legis* 5. *D.* de O. & A.

Tutelæ quoque judicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur; ſed quia ſane non ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu mutuæ ſunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, ſed & tutor cum pupillo habet actionem, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditori ejus obligaverit.

Proxima eſt actioni negotiorum geſtorum actio tutelæ, tutor enim, qui negotia pupilli gerit, cum pupillo ignorante contraxiſſe non intelligitur, non ſunt igitur tutor & pupillus invicem obligati ex contractu, non ſunt quoque obligati ex maleficio; nec enim eſt maleficium tueri pupillum, gerere & adminiſtrare negotia pupilli, & ex rebus pupilli, ſi quid dolo malo auferat, aut avertat tutor, tunc competit non actio tutelæ, de qua in hac §. ſed ex XII. tabul. actio rationibus diſtrahendis in duplum *l. 2. D. de tutelæ & rat. diſtrah.*

distrah. & quidem eleganter JCtus ait in *l. si quis inficiatus* 13. §. *ult. D. depositi.* non hoc ipso, quod quis depositum accepit, eum condictione obligari, sed quia dolum malum admisit, quo casu puta ex inficiatione datur acerbior actio, ut in *l.* 4. §. *ult. D. de reb. cred.* contra creditorem soluta pecunia non restituentem pignus; sic quoque dicimus, non hoc ipso quod tutor tutelam gerit, teneri eum hac actione in duplum: sed postquam dolum cœpit admittere, ut superioribus casibus in depositarium & creditorem, tanquam in fures datur condictio, quia & inficiatio proprie furtum est *l. inficiando* 67. *D. de furtis*, sic quoque hæc actio in duplum adversus tutorem comparata est, quando fere furtum admisit, nam ne furtum admisisse absolute dicamus, facit honor tutelæ, ut in actione rerum amotarum parcimus verbis & lenitate verborum tristitiam rei mitigamus. Datur igitur nova actio ex dolo tutoris, idem dicimus de actione in duplum, quæ datur adversus heredem inficiantem, de qua in §. *ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr.* & ita est explicanda Accursii glossa. Quibus propositis concludere debemus, hanc actionem tutelæ directam, quæ datur pupillo, finita tutela, adversus tutorem, esse quasi ex contractu, ut & contrariam actionem, quæ tutori adversus pupillum datur finita quoque tutela, si tutor impenderit aliquid in rem pupilli, si pro eo fuerit obligatus, si rem suam creditori ejus obligaverit. Sed quod ait hoc loco *si pro eo fuerit obligatus*, ita accipiendum est, ut hoc casu hac contraria actione etiam tutor agere possit, antequam solvat pro pupillo, ut nominatim est proditum in *l. ult. D. de contrar. act. tut.* quod tamen non est generaliter intelligendum de tutore, qui quoquomodo se pro pupillo obligavit, sed de eo, qui pro pupillo expromisit, novatione facta, & in se translata obligatione, sic enim veteres interpretes accipiunt recte *d. l. ult.* quorum sententiam probat D. Cujacius *lib.* 26. *Observ. cap.* 20. quæ observatio in hanc rem diligenter videnda est, addito *cap. penult. lib.* 20. *Observat.*

Ad §. heres 2. legis 5. D. de O. & A.

Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu, neque ex maleficio obligatus esse intelligitur: nam neque cum defuncto, neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intelligitur. Maleficium autem nullum in ea re esse, plusquam manifestum est.

Tenetur quoque heres legatariis quasi ex contractu & actione personali ex testamento, qua agitur dari oportere *l. non quocumque* 82. §. 1. *D. de leg.* 1. nam heredem proprie non teneri ex contractu, satis ex eo constat, quod nihil conventum fuerit vel inter eum & defunctum testatorem, vel inter eum & legatarios, quibus testamento legata relicta sunt. Nullum quoque maleficium versari in ea re manifestum est, sed quia adeundo hereditatem contra-

trahere videtur, id est, aditione ipsa in se recipere solutionem æris alieni & legatorum *l.* 8. *D. de acquir. hered. l.* 3. §. *ult. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* quia aditio in *d. l.* 8. dicitur obligatio, & generaliter obligationem omnem appellamus contractum *l. omnem* 20. *D. de judic.* ideo quasi ex contractu & expressa conventione teneri dicitur legatariis, quod rectissime Accursius accipiendum esse docuit in §. *heres quoque* 5. *Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex contr.* de actione personali ex testamento; nam actio in rem, quæ legatario olim dabatur in legato per vindicationem tantum, non est ex quasi contractu, sed ex dominio, quod recta via a testatore in legatarium transire dicitur *l. a Titio* 64. *D. de furtis*, agnito tamen legato. *l. legatum* 80. *D. de leg.* 2. Olim igitur hæc regula nostræ §. locum habebat in legatis per damnationem, quibus tantum agebatur ex testamento actione personali; nec dicas cum Accursio, hanc regulam vitium pati in actione, quæ datur legatariis ex stipulatione tacita, vel expressa constitutione D. Pii adversus adrogatorem, qui pupillum adrogavit, mortuo nempe pupillo & existente casu substitutionis pupillaris, tunc enim principali providentia, ut loquitur Papinianus in *l. cauſſa cognita* 40. *D. de vulg. & pup. ſubſtit.* id est, beneficio cautionis, quam præstandam esse voluit D. Pius, consultum est substituto & legatariis, si forte quædam legata relicta fuerint in secundis tabulis, ut in *l. in ratione* 11. §. *ult. D. ad leg. Falc.* & hanc quoque cautionem semper subintelligendam esse constat ex *l. his verbis* 19 §. *ult. D. de adopt.* sed hoc casu non agunt ex testamento legatarii, quoniam testamentum pupilli irritum factum est minutione capitis, quæ per adrogationem contingere solet, sed agitur ex stipulatione, non contra substitutum, quia nec proprie substitutus est, destituta substitutione pupillari *l. nec ei permittitur* 17. §. *pen. D. de adopt.* sed agitur ex stipulatione contra adrogatorem, qui jure potestatis occupare solet omnia bona pupilli. Non obstat igitur hæc species regulæ nostræ, id enim omne fit lege & constitutione expressa, ut etiam destituto testamento legatarii agant ex stipulatione, & ita est accipienda & explicanda prima Accursii objectio, quam Zasius nequiter hoc loco exposuit. Non obstat quoque, quod iterum adfert Accursius ex *l.* 2. *Cod. de oblig. & act.* finge, legatarius vendidit actionem ex testamento, qua agere potest adversus heredem, quamvis legatarius non mandaverit directam actionem, quæ ei competit adversus heredem, tamen constitutum est dari utilem emptori hujus obligationis, vel actionis *d. l.* 2. & id esse ex constitutionibus ostendit satis *l.* 1. §. *nunc tractemus* 10. *D. de tutel. & rat. diſtrah.* hoc igitur casu putat Accursius, qui tamen interprete opus habet, heredem non esse obligatum ex quasi contractu, & hanc actionem utilem, qua agit emptor, ait, non nasci ex quasi contractu, sed dari: uno verbo dicendum est dari quidem utilem, id est, decerni, ut diximus supra in *l.* 1. sed utilem esse quoque ex quasi contractu, quoniam accommodatur emptori ad exemplum directæ actionis, quæ competit legatario, ut omnis actio utilis dicitur dari ad similitudinem.

Ad §. is quoque 3. legis 5. D. de O. & A.

Is quoque, qui non debitum accepit per errorem ſolventis, obligatur quidem quaſi ex mutui datione, & eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: ſed non poteſt intelligi is, qui ex ea cauſſa tenetur, ex contractu obligatus eſſe. Qui enim ſolvit per errorem, magis diſtrahendæ obligationis animo, quam contrahendæ dare videtur.

Eum, qui indebitum accepit per errorem ſolventis, non teneri ex contractu, manifeſtiſſimum eſt, vel quia, ut eſt in *hac* §. & in §. *item ſi is cui 6. Inſt. de obligat. quæ quaſi ex contr.* ſi certiorem rationem ſequamur, ille, qui pecuniam indebitam ſolvit, habuit potius animum diſtrahendi, quam contrahendi, & tamen ex diſtractu, quod nominatim agitur, tacite quaſi contractus intelligitur *l.* 13. §. *ult. D. commod.* qui enim ſolvit, aliquid negotii gerit *l. ſi in area* 33. *D. de cond. ind.* tenetur igitur, qui pecuniam indebitam accepit, ex quaſi contractu, &, ut eſt in hac §. eadem actione, qua debitores creditoribus tenentur, id eſt, condictione, ut in *d.* §. *item ſi is cui 6* eſt enim generalis condictio, quæ datur ex rebus creditis, id eſt, contractibus, vel quaſi contractibus propoſita in rubrica *D. de reb. cred. ſi cert. petet. & de condict.* cujus ſpecies eſt condictio indebiti *l* 1. *D. de condict. ſine cauſſa.* & eadem forma hic dicitur eadem actio, qua in §. 4. *vſ. licet Inſtit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.* Juſtinianus ait unam eſſe actionem, qua agitur de peculio, deque in rem verſo. Denique ſic dictam rubricam accipio, ut hæc verba *de rebus creditis* pertineant ad varios contractus, de quibus ſub illo titulo edixit Prætor, id enim nominatim docet Ulpian. in *l.* 1. *d. tit.* & evincit *titulus* 1. *lib.* 4. *Cod.* in quo de contractibus agitur, & *titulus libri* 2. *ſentent. Paulli* ita conceptus. Hoc vero verba, *ſi certum petetur.* affirmo pertinere ad mutuum tantum, ut in *rubr. tit.* 2. *ejusd. lib.* 4. *Cod.* nam primus tractatus, qui ſeſe offert ſub *tit. de reb. credit.* eſt de mutuo, quod proprie & ſpecialiter dicitur creditum, quibus propoſitis ſubjicitur aptiſſime *& de condictione*, id eſt, ſubjicitur generalis actio in perſonam, vel certi, vel incerti, quæ competit ex rebus creditis, prout res in obligationem deducta, vel certa, vel incerta eſt; ſubjicitur, inquam, generali titulo generalis actio; de condictione certi generali ſatis conſtat ex *l.* 9. *d. tit.* ſed & hanc condictionem incerti generalem agnovit tandem D. Cujacius in *d. tit. Cod. ſi certum petet.* qua agitur, cum res incerta eſt, ut in *l. ſi binarum* 35. *D. de ſervit. urban. præd. l. ſi tibi* 8. *pr. D. de action. empti. l.* 22. §. *ult. l.* 40. §. *ſi pars* 1. *D. de cond. ind. l. ſi ſic legatum* 75. §. *ult. D. de legat.* 1. *l.* 1. *D. de uſufr. leg. l.* 12. *D. de novat.* & aliis innumeris. Theod. in Nov. 1ª. de Theodoſiani codicis auctoritate. *Cum liquido*, inquit, *pateat, ut certum,*

vel

vel incertum debitum ſit exigendum, id eſt, certi vel incerti conditione. Et, ſi verum amamus, deſiderabat hic titulus generalis *de rebus creditis* actionem generalem, quæ ex omni contractu dari poteſt, ſive certi, ſive incerti agatur, quam concipere voluit auctor *D.* hoc generali verbo, *& de conditione.* Viri præſtantiſſimi, qui aliter interpretantur, excludunt ab hac rubrica condictionem incerti generalem, quam tandem agnoviſſe videntur in *Parat. Cod. tit. ſi cert. petet.* Veteres interpretes hanc actionem non admittebant, quia putabant incertum peti poſſe, (quod & verum eſt,) condictione triticaria *l.* 1. *D. de cond. tritic.* & ideo hanc actionem eſſe inutilem, ſed & alia potuit dari utilitas condictionis triticariæ, puta rei æſtimandæ; denique novum non eſt, de eadem re plures dari actiones: condictionem tamen triticariam tandem minus fuiſſe frequentatam, exiſtimo; nam nec de ea mentio fit in Cod. Juſtin. & videtur Tribonianus eam tanquam ſuperfluam faceſſere voluiſſe. Ab hac ſententia mea valde faciunt verba *l.* 2. *Cod. de conſtit. pecun.* quibus Juſtinianus abrogat veterem actionem receptitiam. *Cum ſatis*, inquit, *abſurdum ſit & tam noſtris temporibus, quam noſtris legibus contrarium, permittere per actionem receptitiam res indebitas conſequi, & iterum multas proponere conditiones.*

Ad §. ſi judex 4. legis 5. D. de O. & A.

Si judex litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: ſed quia neque ex contractu obligatus eſt, & utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quaſi ex maleficio teneri.

Quoniam ſuperiores obligationes quatuor ex maleficio non comprehendebant omnem culpam, ex qua quis nobis, vel rebus noſtris injuriam facere, vel damnum dare poteſt, neceſſarium fuit, introducere obligationes quaſi ex maleficio, uti ſupra diximus, deficientibus obligationibus ex contractu, receptas fuiſſe obligationes quaſi ex contractu: has autem obligationes quaſi ex maleficio, & actiones, quæ ex his competunt, debemus juri Prætorio, cujus propoſitum eſt adjuvare, & ſupplere jus civile. *l.* 7. §. 1. *D. de juſtit. & jur.* ut in primo exemplo hoc loco propoſito, quia deficiebat civilis actio ex lege Aquilia, vel actio injuriarum, proponitur actio in factum Prætoria adverſus judicem, qui litem ſuam fecit. Litem ſuam facere dicitur, qui prudenter, vel imprudenter perperam judicat, incidit enim in periculum præſtandæ rei, quæ ob injuſtam ſententiam reo vel actori abeſt, ſi id æquum & bonum judici videatur: hanc enim actionem in factum indiſtincte, id eſt, ſive quis per imprudentiam, ſive dolo malo litem ſuam fecerit, dari in id, quod ob eam rem æquum & bonum judici videbitur, multa ſunt, quæ me movent, ut contra receptam ſententiam affirmare auſim: nec ſi attente rem

omnem inſpiciamus, admittere vel poſſumus, vel debemus diſtinctionem, qua vulgo utuntur, eum, qui ſciens prudensque perperam judicaverit, teneri in veram æſtimationem in ſolidum, id, quod probare tentant ex *l.* 15. *in fin. D. de judic.* eum vero, qui per imprudentiam teneri in id tantum, quod æquum & bonum judici videbitur, quod ita explicandum cenſent, ut hoc caſu non teneatur in ſolidum, neque ultra facultates ſuas, ſicut nec filiusfam., qui litem ſuam fecit, tenetur ultra vires peculii, quod habuit tempore judicii *d. l.* 15. *in princ.* quod conſtare non poſſe oſtendo his validiſſimis rationibus. Primum, puto, advertendum, quod abſolute dici ſolet, litem ſuam facere etiam eum, qui per imprudentiam male judicavit, id eſt, litis alienæ periculum & diſcrimen ſubire, ut recte eſt explicatum ex *l.* 2. & 18. *C. Th. quorum appellationes non recipiantur.* ſi igitur etiam is, qui per imprudentiam perperam judicavit, litem ſuam facere dicitur, & litis alienæ periculum præſtare, ſane conſequens eſt, eum in ſolidum teneri in id, quod revera intereſt ejus, qui agit. Nec quidquam huic definitioni obloquitur *lex ult. D. de var. & extraord. cognit.* quæ ait hanc actionem in factum dari, in quantum ob eam rem æquum judici videbitur, neque enim inde ſequitur, hanc actionem non dari in ſolidum, non dari ultra facultates ejus, qui tenetur quaſi ex maleficio: fateor etiam hanc legem ſcriptam eſſe de eo, qui per imprudentiam male judicavit; ſic enim illa verba accipienda ſunt, *utique peccaſſe aliquid intelligitur*, id eſt, tantum peccaſſe aliquid intelligitur, & ut dicam explicatius, dicimus eum tantum eſſe aliquatenus culpæ reum, quamvis, ut Plinius loquitur in re fere ſimili *epiſt.* 14. *lib.* 5. ſine fraude ulla in hoc genus culpæ inciderit: *utique* autem in his libris uſurpari pro *tantum* obſervare licet ex *l. quod ſi nolit* 31. §. *culpam* 12. *D. de ædilit. edict.* & aliis locis innumeris notatis a lexicographis, quamvis igitur dicatur in *d. l.* hanc actionem dari adverſus eum, qui per imprudentiam male judicavit, an ideo ita nobis hæc verba interpretari licet, ut ita concludamus, ergo tenetur in id, quod facere poteſt; actio eſt ex æquo & bono, ergo qui hac actione tenetur, non tenetur ultra facultates? Prava eſt illatio, ſunt enim actiones quædam, quæ ex æquo & bono dari dicuntur, quæ in æquum & bonum concipiuntur, in quibus licet judici id, quod æquum & bonum eſt, arbitrari, talis eſt actio injuriarum *l.* 17. §. *ſervus* 2. *D. de injuriis l. qui ſervum* 39. *pr. hoc tit.* talis actio de ſepulcro violato *l.* 3. *in princ. & l. pen. D. de ſepul. viol.* talis actio, quæ promittitur quadam parte edicti de his, qui effuderint vel dejecerint *l.* 5. §. *hæc autem actio* 5. *D. eod. tit.* ſed quis, quæſo, unquam audivit, ideo has actiones non dari in ſolidum, non dari ultra facultates? & quis poteſt ſine rubore aſſerere, illis, qui ex maleficio tenentur, vel quaſi ex maleficio, dari hoc privilegium, ut in id, quod facere poſſunt, conveniantur, contra certiſſimam regulam juris traditam in *l. ſi rerum* 52. *D. de re judic.* & in *l.* 21. §. *ult. D. rer. amot.* quamvis aliquando mitius agatur *l. ult. D. de ſervo corr. l.* 2. *Cod. rer. amot.* & ſi aliquando hoc beneficium datur, id conſtat fieri principali quadam ratione juris, ut colligere licet ex omnibus perſonis, quibus hoc ſummum beneficium datum eſt, ut in id, quod facere poſſunt, conveniantur. *l.* 16. 17. 18. *D. de re judic.* & in *fin. tit. Inſtit. de action.* non id igitur fit actionis

po-

poteſtate, neque ex formula, quæ in æquum & bonum concepta ſit: nec quis objiciat actionem de dote, quæ quoque concipitur in æquum & bonum *l.* 8. *D. de cap. minut. l. pen.* § *ult. D. ſolut. matrim. l. ſi cum Cornelius* 82. *D. de ſolut.* qua tamen ſi agatur adverſus maritum, conſtat, eum tantum teneri in id, quod facere poteſt; at manifeſtiſſimum eſt, id non fieri vi clauſulæ, ſed ratione reverentiæ maritalis *l.* 14. §. *ult l.* 15. *ex diverſo* 17. *pr. D. ſolut. matr. l.* 20. *D. de re judic.* in qua poſtrema verba optima ratione D. Cujacio videntur addita a Triboniano *lib.* 24. *Obſ. cap.* 35. Cum igitur conſtet, id fieri non poſſe, vi actionis, & cum non debeamus temere admittere, eos, qui tenentur ex maleficio, vel quaſi ex maleficio, hoc privilegium habere ſine ſpeciali & certa ratione, non poſſumus, ſi verum amamus, probare ſuperiorem conſequentiam, ut non teneatur in ſolidum judex, qui per imprudentiam litem ſuam fecit, ſed debemus diligentius explicare verba *l. filiusf.* 15. §. *ult. D. de judic.* nam, quia JCtus ait, eum, qui dolo malo judicavit, cogi veram litis æſtimationem præſtare, ideo cenſent ex contrario, ſi non dolo malo, ſed per imprudentiam, eum non teneri in veram æſtimationem, non teneri in ſolidum, ſed judicem addictum huic actioni, quæ eſt ex bono & æquo, debere facultatum Judicis, qui perperam judicavit, rationem habere, & in eo verſari *æquitatem* hujus actionis. Primum videamus, quæ ſit vera interpretatio horum verborum, *veram æſtimationem litis &c.* ſane voluit JCtus explicare, quid proprie eſſet, *litem ſuam facere:* ut is litem ſuam facere dicatur, qui tenetur id omne præſtare, quod revera intereſt; hæc enim verba ſignificant, intereſſe verum & commune, non intereſſe ſingulare, ut doctores loquuntur, vel ut apertius dicam cum Juſtiniano in *l. unic. Cod. de ſentent. quæ pro eo quod inter. profer.* damnum quod revera datum eſt, ſic enim vocat id, quod intereſt, quod & aliquando his verbis edictorum ſignificatur, *quanti ea res eſt, quanti eam rem eſſe paret*; ex utraque enim clauſula veram æſtimationem litis fieri, nominatim eſt proditum in *l. inter hæc verba* 179. *D. de verb. ſign.* ut in actione vi bonorum raptorum. *l.* 4. §. *hæc autem actio* 11. *D. vi bonor. rapt.* dixi autem *aliquando*, quia in quibusdam caſibus gravior eſt condemnatio, id eſt, non ſemper hæc clauſula ad veram rei æſtimationem refertur, ſed ad quantitatem, quæ relinquitur religioni judicantis, ut in actione in factum, quæ datur ex edicto, *ſi quis jus dicenti non obtemperaverit l.* 1. §. *ult. D. eod. tit.* adhibita interpretatione D. Cujacii *lib.* 24. *Obſerv. cap.* 25. aliquando ad dolum plectendum ſequi ſolet judex æſtimationem, ab ipſo actore factam, ut ſi quis exemerit eum, qui in jus vocabatur *l. pen.* §. 1. *D. ne quis eum, qui in jus vocat. eſt* &c. ubi nominatim eſt proditum, hanc actionem non continere id, quod in veritate eſt, ſed rem ab actore æſtimatam, addito, puta, jurejurando in litem, ut in actione de dolo *l. arbitrio* 18. *in princip. D. de dolo.* & hæ ſunt graviores, acerbioresque actiones, in quibus vel actor, vel judex poteſt rem æſtimare, quamvis revera nihil interſit; at contra ſunt quædam actiones in factum, in quibus agitur de utilitate, id eſt, de eo, quod revera abeſt; de vera æſtimatione, ut in actione in factum, quæ datur adverſus fidejuſſorem, qui in judicio non ſiſtit reum *l.* 2. §. *ult. D. qui ſatisd. cog.* quæ actio continet veram æſtimationem, id eſt, ut inibi Accurſius rectiſſime, in-

intereſſe verum & commune, non quantitatem quamlibet, quam ſibi judex finxerit, ut in ſuperioribus gravioribus judiciis, in quibus permittitur judici pœnam ſtatuere, ut & eodem caſu Præſes pœnam ſtatuit adverſus fidejuſſorem, qui reum criminis non ſiſtit *l.* 4. *D. de cuſtod. & exhib. reor.* &, ut tandem utar apertiſſimo in hanc rem exemplo, actio quoque in factum, quæ datur adverſus magiſtratum municipalem, qui non curavit caveri de damno infecto per negligentiam, datur in id, quod intereſt, quod ad veram quantitatem refertur *l.* 4. §. *in eum* 7. *D. de damn. infect.* & idem profecto dicitur in *d. l.* 15. de hac actione in factum, eam dari in veram litis æſtimationem; ſic enim hæc verba accipienda ſunt, ut proponant nobis veram naturam hujus actionis: nam propter clauſulam illam *in quantum æquum & bonum videbitur*, non permittitur judici quamlibet quantitatem ſtatuere, ut in gravioribus actionibus, in quibus, ut dixi, veræ quantitatis ratio non habetur; hanc autem eſſe naturam hujus actionis, quæ in æquum & bonum concipitur, ut in id, quod intereſt, in damnum, quod revera datum eſt, condemnetur reus, apertius probare debeo. Actio ſepulcri violati in bonum & æquum concepta eſt *d. l.* 3. & *l. pen. D. de ſepul. viol.* videamus quale ſit officium judicis in hac actione: æſtimare, debet, inquit Ulpianus in *d. l.* 3. §. *qui de ſepulcri* 8. *D. de ſepul. viol.* quatenus interſit, ex damno, quod datum eſt; idem eſt in actione in factum Prætoria injuriarum, cujus eadem eſt formula §. 7. *Inſtit. de injur.* ſed hæ duæ actiones pertinent potiſſimum ad vindictam, ut de actione injuriarum notiſſimum eſt, & de actione ſepulchri violati nominatim eſt proditum in *d. l. pen.* ut ex his quatuor actionibus in factum, quas diximus in bonum & æquum dari ex maleficio, tres pertineant ad vindictam, actio injuriarum, actio ſepulchri violati, actio de dejectis & effuſis, quæ datur adverſus eum, qui nocuit libero corpori, ut colligere licet ex *l.* 1. §. *hæc autem verba* 6. *D. de his qui eff. vel dejec.* hæc autem actio, quæ datur adverſus judicem, qui male judicavit, quamvis vindictam contineat, pertinet tamen ad rei perſecutionem, quæ per injuſtam ſententiam nobis abeſt; ex ſententia injuſta dominus rem ſuam amittere dicitur, quamvis victor non conſequatur dominium, nec, ſi forte rei poſſeſſionem amiſerit, valeat eam actione in rem vindicare *l.* 3. §. *ult. D. de pignor.* hæc igitur actio eſt quidem pœnalis, ſed datur ad veram litis æſtimationem, continet rei perſecutionem, qua ratione forſitan fretus Julianus tentabat, eam dandam eſſe adverſus heredem, ut ſtatim ſubjicitur in *l.* 16. *D. de judic.* ſed non obtinuit ejus ſententia, quia, quamvis rem perſequatur, eſt tamen pœnalis, habet igitur mixtam quandam naturam hæc actio, quæ & ideo veteres JCtos in varias ſententias traxit; & ſane idem Julianus, qui dabat actionem adverſus heredem; adverſus patrem dediſſe videtur actionem de peculio, ut ſatis conſtat ex his, quæ notari ſolent ad *l. ex pœnalibus* 58. *D. de reg. jur.* niti autem Julianum validiſſima ratione ſatis probat §. 9. *vſ. qua ratione Inſtit. de leg. Aquil.* hæc actio datur tantum in damnum, quod revera datum eſt, ergo dari debet in heredem. Dicamus igitur indiſtincte, hanc actionem continere damnum, quod revera datum eſt, licet per imprudentiam, & ſi actio, quæ datur adverſus magiſtratum municipalem, in officio ſuo peccantem, datur in id, quod revera intereſt, nec tamen eſt pœnalis,

nalis, ſane multo magis actio, quæ datur adverſus judicem, qui per imperitiam litem ſuam fecit, cum ſit pœnalis & quaſi ex maleficio, continere debet veram litis æſtimationem: quid enim refert, quod ad damnum rei pertinet, ſordibus judicis, vel imperitia res perierit, ut eleganter Ulpianus ait in *l. ſi per imprudentiam* 51. *D. de evict.*? Adde, veram hanc eſſe naturam hujus actionis in factum, a nobis jam ſatis, ſuperque vindicatam: & generaliter de his actionibus in factum dicendum eſt, quasdam ex edictis continere certam quantitatem, quasdam nullam certam taxationem habere, ſed hoc relinqui religioni judicantis, qui, quamvis nihil interſit, quantitatem certam ſtatuere poteſt, in quibus nempe hæc clauſula non adjicitur, *in quantum æquum & bonum*, quæ ſi adjiciatur, circumſcribitur officium vel arbitrium judicis damno, quod revera abeſt; nec enim præſtat hæc clauſula liberam judicandi poteſtatem, ut D. Cujacius docuit ad *l. pen. D. de ſep. viol. lib.* 8. *Quæſt. Papiniani.* ſi igitur non licet judici de æquo & bono abradere quicquam, æquitas omnino deſiderat, ut damnum, quod datum eſt per imprudentiam, ab imperito judice præſtetur, ut hac in re nulla ſit differentia inter eum, qui dolo malo, & eum, qui per imprudentiam male judicavit, arg. *d. l.* 4. *D. de cuſtod. & exhib. reor.* ex qua, qui dolo reum criminis non ſiſtit, puniendus eſt, præter pœnam pecuniariam, extra ordinem, ut & judicem, qui dolo malo litem ſuam fecit, puniri conſtat *l.* 38. §. *Judices* 10. *D. de pœnis.* infamia notari *l. ult. C. de pœna jud. qui male judic.* teneri quoque lege Julia repetundarum ex conſtitutionibus *l.* 3. *C. ad leg. Jul. repetund.* ut non ſolum civiliter ad veram æſtimationem, ſed etiam criminaliter agi poſſit, idque exemplo actionis injuriarum *l. ult. D. de injur.* nam & judex, qui perperam judicat, injuriam facere dicitur §. 1. *Inſtit. de Injur.* & apud M. Tullium in *Orat. pro Quintio c.* 2. & ideo apud veteres quæſitum fuit, an actione injuriarum teneretur *l. injuriarum* 13. §. *idem Labeo* 5. *D. de injur.* His cognitis, reſtat, ut exponamus initium *d. l.* 15. *pr.* quæ ſola veteres in contrariam ſententiam traxit; nam quia ait, filiumf. judicem, qui litem ſuam fecit, teneri tantum in id, quod habuit in peculio tempore judicati, idem generaliter de omni judice putarunt eſſe dicendum, ut non teneatur ultra facultates, ſi per imprudentiam peccaverit, quia hæc actio eſt ex bono & æquo: ſed hanc conſequentiam falſam eſſe jam probavimus, & docuimus, hæc privilegia dari ratione quadam ſpeciali, non vi & poteſtate actionis, ut in hoc caſu fuit ſumma ratio, quæ pro filiofam. facit, ut teneatur in id tantum, quod facere poteſt, poteſt quidem filiusfam. judex dari *l. cum Prætor* 12. §. *ult. D. de judic.* ſed quemadmodum pubes dari quoque judex poteſt *d. l. Prætor* §. *pen.* & tamen lege Julia judiciorum excuſatur *l. cum lege* 41. *D. de recept. arbitr.* ita etiam filiusfam. judex dari poteſt, ſed excuſatur non quidem in totum, ſed, ut in eam tantum quantitatem teneri poſſit ex hac cauſſa, quæ deſcendit ex officio, quod invitus ſuſcipere cogitur. *l. ult.* §. *Indicandi* 14. *D. de mun. & honorib.* quod humanitatis quadam ratione in filiofam. receptum videtur, qui non præſumitur aliquid proprium poſſidere, & qui ideo, ut eſt apud M. Tullium in *Orat. pro Cœlio c.* 7. nullas conficiebat tabulas, ut denique ratione quaſi patrimonii, quod habere intelligitur, id

eſt, peculii obligari poſſit, eadem fere ratione, qua receptum eſt, ut filius-fam. emancipatus, vel exheredatus, vel in minima parte inſtitutus teneatur tantum in id, quod facere poteſt, quia nullas, vel minimas facultates habere intelligitur *l.* 2. *&* 3. *D. quod cum eo, qui in alien poteſt. l.* 5. *D. ad SCtum Maced.* hæc autem præſumptio cadere non potuit in eum, qui ſui juris eſt, non fuit igitur ulla ratio dandi hujus beneficii patrifam. Porro hanc actionem, quam probavimus eſſe ex bono & æquo, non eſſe dandam adverſus judicem, cum D. Cujacio verius tandem exiſtimo, ſi rem ſalvam alia quacumque ratione is habeat, contra quem male judicatum eſt, idque arg. *l. qui ſervum* 34 *pr. hoc tit.* ut hæc actio tantum competat, re omnino amiſſa per injuriam judicis, ut fingi ſolet in *d. l. ſi per imprudentiam* 51. *D. de evict.* & in *l.* 3. §. *ult. D. de pign.* &, quod probari poteſt de ſententia pretio redempta, quæ ipſo jure nulla eſt *l. venales* 7. *C. quando provoc. non eſt neceſſe.* quo tamen caſu hæc actio competere dicitur *d. l. ult. C. de pœna jud., qui male judic.* id conſtat eſſe ex conſtitutione Principum, quibus tandem viſum eſt gravius eſſe plectendam avaritiam Romanorum, de qua ita D. Hieronymus in *Eſaïam cap.* 2. *Hiſtoriæ tam Græcæ, quam Latinæ teſtantur, nihil Romanorum gente eſſe avarius: unde & Lex Julia repetundarum conſtituta eſt.* Hanc autem actionem pertinere tantum ad judices datos atque aſſeſſores, qui jurisprudentiam præſtare debent *l.* 2. *D. quod quisq. jur. in alium ſtatuer.* veriſſime docuit D. Cujacius: nam Romani Magiſtratus imperiti erant. Ammian. Marcell. *lib.* 23. *c.* 6. ubi de Perſis: *ad judicandum autem uſu rerum ſpectati deſtinantur & integri, parum alienis conſiliis indigentes, unde noſtram conſuetudinem rident, quæ interdum facundos, & juris publici peritiſſimos poſt indoctorum collocat terga.* utebatur igitur induſtria peritorum Magiſtratus, in quorum domibus hæc privata judicia conficiebantur, ut docet Vitruvius *de Archit. lib.* 6. *cap.* 8.

Ad §. is quoque ex cujus cœnaculo 5. legis 5. D. de O. & A.

Eſt etiam quaſi ex maleficio hæc actio, quæ datur adverſus eum, ex cujus cœnaculo dejectum, vel effuſum aliquid fuerit, quod nocuerit, quæ actio in gratiam urbis Romæ potiſſimum introducta fuit, ut ex Vitruvio *de Architect. lib.* 2. *cap.* 3. colligere licet; ſolebat enim plebs Romana in cœnaculis habitare. Prudentius adverſus Symmach. *lib.* 1. *vſ.* 580.

Omnis, qui celſa ſcandit cœnacula vulgus,
Quique terit ſilicem variis diſcurſibus atram.

Recte *celſa cœnacula*, ut apud Tertull. in *lib. adverſus Valentinianos c.* 7. *Primus omnium*, inquit, *Ennius Poëta Romanus cœnacula maxima cœli pronuntiavit, elati ſitus nomine.* Ex quibus intelligimus, ex cœnaculis, tanquam altiſſi-

tiſſimis, caſus fuiſſe valde periculoſos, ſi quid igitur dejectum vel effuſum ſit, quod nocuerit, agitur hac actione in factum, quaſi ex maleficio adverſus dominum vel inquilinum, qui non ex culpa ſua, ſed ejus, qui inhabitabat in eodem cœnaculo, obligatus eſt, quo caſu, ut eſt notiſſimum, deficiebat actio de damno injuria dato legis Aquiliæ: hæc igitur actio comparata ad ſimilitudinem actionis, quæ datur ex lege Aquilia, cum deficerent verba legis, deficeret quoque ſententia, ex qua utiles actiones comparatæ ſunt, de quibus in *tit. Inſtitut. de leg. Aquil.* & laudandum hoc loco judicium Accurſii, qui ex tribus ſingularibus, quæ in hac actione concurrere quidam ex veteribus dicebant, recte reſpuit tertium, qua de re videndum *cap. ult. lib.* 21. *Obſerv.* D. Cujac. tractatur autem de hac actione in tit. *D. de his, qui effud. vel dejec.* a *lege* 1. usque ad *l.* 5. §. *Prætor ait* 6. ubi proponitur altera actio ex poſteriori parte edicti, de qua & in hac §., quæ nempe datur adverſus eum, qui aliquid in ſugrunda, vel protecto ſuſpenſum habuit, cujus caſus periculoſus eſt. Sugrundas eſſe projecturas ligneas, notiſſimum eſt, quæ ab Herodiano in fin. *lib.* 7. dicuntur ἐξοχαί. Has autem actiones, neque eſſe ex contractu, neque ex maleficio, elegantiſſima ratione Cajus docet, quam luculenter expoſuit D. Cujacius *hoc loco.*

Ad §. item exercitor 6. legis 5. D. de O. & A.

HAbemus in *h.* §: *ult.* exemplum actionis, *quaſi ex maleficio, pœnalis, in* duplum, quæ datur adverſus nautas, caupones, ſtabularios, & comparata eſt ad exemplum legis Aquiliæ, vel furti actionis, de damno injuria dato, aut furto facto vectoribus aut viatoribus ab iis, quorum opera navem, caponam, ſtabulum exercent, ſive liberi fuerint, ſive ſervi, tam ſuo, quam alieni, quia tenentur præſtare factum illorum, quorum opera utuntur, & vel ideo culpæ rei ſunt, quod non idoneis hominibus utantur *l. utique* 16. §. *ult. D. de rei vindic.* de actione in factum, quæ ad exemplum furti actionis comparata eſt, eſt expreſſus titulus in *D. furti adverſus nautas, caupones, ſtabularios*; de actione vero, quæ datur de damno injuria dato tractatur in *l. pen.* §. *in factum* 3. & *l. ult. D. nautæ, caup. ſtab.* fuerunt neceſſariæ hæ actiones adverſus hoc improbum hominum genus. Horatius *Satyr.* 5. *lib.* 1.

—— —— *Inde forum Appi*
Differtum nautis, cauponibus atque malignis.

Et ſatyr. 1ª.

—— —— *Perfidus hic caupo* (*f*).

De his ſi quid amplius ſcire aves, vide D. Cujacii *lib.* 27. *Obſerv. cap.* 31.

Ad

(*f*) Improvide, dicam, an improviſo apud Horatium loc. all. intervenit *perfidus* ille *caupo*, quaſi vero ſuffectus in locum Juriſconſulti, qui paullo ante ſemel, iterumque cum mercatore, milite, agricola fuerat in ſcenam inductus. Nemo certe unquam

Ad Leg. in omnibus 6. D. de O. & A.

PAULLUS LIB. 4. AD SABINUM.

In omnibus temporalibus actionibus, niſi noviſſimus totus dies compleatur, non finit obligationem.

Rectiſſime monuit Accurſius, hanc legem pertinere ad perſonales actiones, quod & *obligationis* verbum convincit, & quoniam ait, *in omnibus temporalibus actionibus*, & conſtat omnes actiones, aut civiles eſſe, aut honorarias *l. actionum 25. §. ult. hoc tit.* pertinet hæc regula tam ad actiones Prætorias, quæ fere temporales ſunt §. 1. *Inſtit. de perpet. & tempor. action.* ſed civilium perſonalium actionum, quæ tempore finirentur, interpretes non habent hoc loco exempla, contenti tantum adnotare nobis vel indicare actiones ædilitias, redhibitoriam & quanto minoris, quarum prima anno utili, altera ſex menſibus finitur *l. 2. Cod. de ædilit. act.* & tamen non potuit JCtus, niſi de pluribus actionibus hanc regulam tradere, tam Prætoriis, quam civilibus, multæ enim fuerunt actiones temporales, ut vel frequentiſſima mentio in his libris actionum temporalium probat ſatis, nec juvant nos hoc loco eruditiſſimæ lucubrationes D. Cujacii, qui quamvis agnoſcat cum Accurſio, hanc legem eſſe accipiendam de actionibus perſonalibus, ſuggerit tamen exemplum civilis actionis de inofficioſo teſtamento, quæ quinquennio finitur, quam tamen quis non videt, non eſſe ex obligatione; non eſſe igitur actionem, quæ proprie pertineat ad hanc legem? Quod illi contempſerunt, nos forſitan aſſequemur, ſi vetus illud jus, quod ante Juſtinianum tractabat JCtus, hoc loco recentemus, quo nempe ex Italicis contractibus anno finiebantur actiones; erant igitur temporales actiones ex contractibus in Italia celebratis *l. 1. Cod. de annal. except. Italic. contract.* & de his actionibus civilibus perſonalibus procul dubio intelligen-

Juriſconſultum, nominavit cauponem. Itaque valde mihi placet conjectura Collegæ nuper mei Joannis Schraderi; qui, ipſe poëta caſtigatiſſimus, nullum in veteribus Latinis locum male ſanum tangit, cui non aptiſſime medeatur; placet, inquam, conjectura pro *perfidus hic caupo* ſubſtituentis *providus hic cautor*. Sanequam, repoſito *cautor*, vix & ne vix quidem remanere illud *perfidus* poteſt. Quamvis enim nec noſtro ordini ſua deſint, eheu! opprobria; videndum tamen ſemper, quid quoque in loco menti ſcriptoris maxime conveniat, ut merito monet Bentlejus ad ejusdem ſatyræ verſum 38. Poëta vero in loco, quo de agitur, non id operam dat, ut conviciis quemquam proſcindat, ſed ut hominum occupatiſſimorum, in quibus & Juriſconſulti, ſtudia, deſideria urbane derideat. Atque hanc conjecturam Vir Clariſſimus jam olim pro ea, quæ inter nos florebat, & etiamnum viget, amicitia, mecum communicatam, nuper in terſiſſimo, quem edidit, *Emendationum* libro *c.* 4. ita confirmavit, ut nihil ſupra exiſtimem.

gendus eſt hic JCti locus, & alius ſimilis in *l.* 2. *D. quando de pecul. actio annal. eſt.* hæ ſunt actiones civiles, in quibus ante Juſtinianum locum habebat hæc regula, ut & in Prætoriis perſonalibus, quarum interpretes nullum etiam hoc loco exemplum ſubminiſtrant. Liceat nobis apponere ex actione de conſtituta pecunia, quam conſtat fuiſſe a Prætore introductam §. *in perſonam* 8. *Inſtit de action.* eam enim fuiſſe certis caſibus temporalem, nominatim Juſtinianus ait in *l* 2. *Cod. de conſtit. pecunia.* eſt quoque actio de peculio ab eodem Prætore introducta aliquando temporalis, ut conſtat ex *tit. D. quando de peculio actio annal. eſt.* quibus adde actionem Prætoriam de injuriis, qua qui tenetur, eſt obligatus ex maleficio; hanc enim anno finiri docet *l.* 5. *Cod. de injur.* ut omnem fere Prætoriam actionem, ut latius dicam in *l. in honorariis* 35. *hoc tit.* imo & omnes actiones civiles, quæ perpetuæ erant, temporales eſſe cœperunt Imperatorum conſtitutionibus, quibus præſcriptionibus 30., vel 40. annorum introductæ fuerunt, ut eſt in *princ. d. tit. Inſtit. de perpet. & tempor. act.* Sed ut redeam ad regulam hoc loco propoſitam, quæritur, an tempore finiatur obligatio ipſo jure, id eſt, an ipſo tempore ita inefficax conſtituatur actio, ut neque ex ea agi poſſit, nec ſit neceſſe opponere exceptionem. Veteres interpretes eruditiſſimi Placentinus ad *d. tit. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Odofredus ad *l. ult. Cod. quib. ex cauſſis major.* & Accurſius *hoc loco* ſcribunt, tempus jure civili non eſſe modum finiendæ obligationis. *l. nemo poteſt* 55. *in fin. D. de legat.* 1. *l.* 44. §. 1. *vſ. placet hoc tit.* quorum ſententiæ libenter ſubſcribo, quoniam ad elidendas has actiones, quas tempore finiri voluerunt, reperio nominatim fuiſſe propoſitas exceptiones, hoc oſtendit dictus titulus *de annal. except.* quam actioni, quæ ex Italico contractu etiam poſt annum ipſo jure competebat, opponere ſolebant, & hanc annalem exceptionem veriſimile eſt lege quadam nobis incognita introductam fuiſſe, nam proprie legis eſt & conſtitutionis negotiis tempora præfinire *l. ult. D. qui ſine manumiſſ. ad libert. perveniunt.* & ita cum oratione D. Marci & SCto conſtitutum fuiſſet, ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium ageretur, agens repellebatur oppoſita exceptione quinquennii *l.* 1. §. *ult. vſ. præſcribendum erit l.* 2. §. *ult. D. ne de ſtat. defunct. poſt quinquenn. quærat.* ſic actio de inofficioſo teſtamento oppoſita exceptione, vel præſcriptione quinquennii eliditur *l.* 2. *Cod. in quib. cauſ. in integ. reſtit. non eſt neceſſ.* & actio Prætoria de peculio annalis oppoſita exceptione anni *l.* 1. §. *ult.* alias eſt *l.* 2. *D. quando de pecul. actio ann. eſt.* nec uti debemus exemplo uſucapionis, qua ipſo jure tempore finitur dominium, tempus enim eſt legitimus modus finiendi dominii, ut pote a leg. XII. tab. introductus *l.* 1. & 3. *D. de uſucap.* & apud M. Tullium in *Orat. pro Cæcina c.* 26. at tempus non eſt legitimus modus finiendæ obligationis, quæ ſemel cœpit, nec perſonalis igitur actionis, quæ ex obligatione naſcitur, ut nec actionem in rem, quæ eſt ex dominio, principaliter perimit, ſed per conſequentias amiſſi dominii, quod amittitur tempore *l. ſi inter extraneos* 24. *D. de donat. inter vir. & uxor.* denique tempus eſt legitimus modus acquirendi, vel amittendi dominii, ſed non eſt legitimus modus acquirendæ, vel finiendæ obligationis. Et certis tamen caſibus jure civili vel jurisdictione Prætoria conſtitutus eſt modus acquirendæ exceptionis, qua

actio ipso jure efficax elidatur, quod vel ipsum præscriptionis, id est, exceptionis nomen ostendit: fuit enim actionis necessaria exceptio in casibus, in quibus non acquirebatur dominium, ut, cum per consequentias amissi dominii actio ipso jure non pereat, excludatur beneficio exceptionis, vel præscriptionis temporalis in *l. præscriptio* 45. *pr. D. de usurpat. & usucap.* in usucapione hoc fit ipso jure propter dominium amissum, quia tempus legis XII. tab. potest finire dominium; in reliquis casibus fit per exceptionem, sive agatur de finienda actione personali, sive de actione in rem, quæ non est proprie de dominio. Ex his intelligimus, rationem regulæ hoc loco propositæ, quare non finiatur obligatio, nisi die ultima omnino perfecta & absoluta, quia, quemadmodum obligatione ex conventione in diem collata non cedit dies actionis, nisi die finita §. *omnis* 2. *Instit. de verb. obligat. l. nihil peti potest* 186. *D. de reg. jur.* ita quoque non cedit dies exceptionis vel præscriptionis jure civili, vel Prætorio propositæ, nisi finita die, quia tunc intelligimus, tempore præstituto non egisse actorem; usucapio vero celerius effectum habet ad tollendum dominium *l. 6. & 7. D. de usurpat. & usucap. l. pen. D. de diverf. tempor. præscript.* quia bono publico introducta est ad plectendam negligentiam dominorum, qui rerum suarum dominium per legitimum tempus rejicere videntur. hoc igitur in dominio præstat usus, vel possessio, cujus etiam nomine aliquando usucapio significatur *l. denique* 19. *l. cum miles* 30. *pr. D. ex quib. causs. majores.* at nulla est possessio, nullusve usus debitoris, ut eruditissime D Cujacius docuit, sed quoniam hodie constitutionibus Principum actiones, quæ jure civili erant perpetuæ, factæ sunt temporales propter præscriptiones illas, de quibus in titulo *de præscriptionibus* 30., *vel* 40. *annorum.* si quæras, an in illis actionibus hæc regula locum habeat? dicam, hanc legem pertinere ad actiones, quæ brevi tempore finiuntur, vel civiles, vel Prætorias, & quemadmodum in usucapione satis est attingere diem postremum, eadem ratione in odium dissolutorum hominum, qui longissimo tempore res suas contemnunt, non esse desiderandum, ut dies ultimus perficiatur arg. *l. ult. in fin. Cod. de annali except.* Cætera, quæ pertinent ad hanc legem, dicam ad *l.* 44. (*g*).

(*g*) Vir Clarissimus Joannes Conradus Rücker, exacta non minus, quam viridi ætate, quam jurisprudentiæ promovendæ felici admodum successu insumsit, hujus Academiæ decus insigne, in Dissertatione *de civili & naturali temporis computatione*, ad longe aliam regulam generalem, & falli nesciam, utriusque calculi fines, usumque exegit, minimeque intactam reliquit hanc nostram legem 6. *D. de O. & A.* Quem libellum exigua mole, utilitate magna commendabilem, qui legerit, non multum, credo, quæ, vel Janus a Costa, *hoc loco*, vel alii viri eruditi, super hoc argumento commentati fuerunt, amplius morabitur. Mihi certe Clarissimus Auctor, quod ejus doctrinæ & ingenii perspicaciæ servatum fuerat, rem confeciſſe videtur.

Ad Leg. 7. *D.* de O. & A.

POMPONIUS LIB. 15. AD SABINUM.

Actiones adversus patrem filio præstari non possunt, dum in potestate ejus est filius.

Rectissime secundo loco Accursius ponit, actiones præstari, id est, cedi ab aliquo; vult enim hæc lex breviter, neminem posse cedere filiofam. actiones adversus patrem, id est, constituere filium procuratorem in rem suam, ut agat adversus patrem, præstare enim actionem in his libris proprie est cedere actionem, ut ea actione, quæ directo uni competit, agat ille, cui cessa est, quod innumeri loci confirmant diligenter collecti ab eruditissimo Præside Barnaba Brissonio in verbo *præstare*, unde & posteriore seculo hæc vox fuit usurpata pro *commodare* & *mutuo dare*, ut in *l. ult. Cod. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Sed ad rem. Verissimam hujus legis speciem proposuit D. Cujacius ex inscriptione, ex qua constat tractasse Pomponium *hoc lib.* 15. de actione dotis, qua, divortio facto, mulier non agit adversus maritum filiumfam., sed adversus socerum, qui dotem accepit *l. si cum dotem* 22. §. *pen. D. solut. matrim.* quod cum tractaret Pomponius, docuit, ita verum esse, non posse cogi mulierem agere cum filiofam., ut nec cogi possit filiusfam. excipere actionem, quamvis velit ei mulier præstare & cedere actionem, quæ adversus patrem competit, nullæ enim actiones filiofam. adversus patrem præstari possunt, impedimento enim est patria potestas, quæ ita tandem constituta est auctoritate prudentium, ut quicquid acquirit filius, ne momento quidem temporis in persona filii consistere possit; sed eodem puncto acquiratur patri, sic enim est accipiendum, quod est in *l. placet* 79. *D. de acquir. hered.* placet nimirum prudentibus, a quibus omnia fere constituta sunt, quæ pertinent ad patriam potestatem, ut puta introducta fuit substitutio pupillaris, quæ jure patriæ potestatis fit, & moribus & jure civili recepta dicitur *l.* 2. *l. ex facto* 43. *pr. D. de vulg. & pupil. substit.* fuerunt & alia quædam jura patriæ potestatis constituta auctoritate prudentium, id est, moribus recepta, ut recte dicatur in *l.* 8. *D. de his qui sunt sui, vel alien. jur.* moribus hoc jus esse receptum, id est, interpretatione prudentium, qua tandem constituta fuit patria potestas circa acquisitiones & reliqua, cum lex Regia, ut est in illo fragmento Papiniani, quod extat apud pariatorem legis Mosaïcæ cum lege Romana, constituisset vitæ necisque potestatem, quæ lex lege XII. tabul. fuit recentata; ad quam legem JCti cetera constituisse videntur, quæ pertinent ad hanc summam potestatem, ut denique jus, moribus receptum, sit jus, quod obtinuit post leg. XII. tab. & ita quoque intelligo verba Ulpiani in *l.* 1. *D. de curatorib. furios. & aliis. lege*, inquit, XII. *tabul prodigo interdicitur bonorum administratio, quod moribus ab initio introductum est*, id est, moribus ab initio

sta-

ſtatim poſt leg. XII. tabul. latam introductum eſt interpretatione prudentium, ut ex lege XII. tab. prodigo interdiceretur bonorum adminiſtratione ex ſententia nempe & mente legis, quæ volebat, eum, qui furioſus eſt, eſſe ſub tutela agnatorum; nec enim de prodigo nominatim lex loquitur, ſed exemplo furioſi id fuit inductum a prudentibus, & fieri tamen *lege* dicitur eadem forma, qua a Theophilo tit. *de bonor. poſſeſſ.* inſtitutio poſtumi tribuitur legi XII. tab. quam Ulpianus *lib. reg. tit.* 22. ait eſſe ex jure civili, id eſt, ex interpretatione prudentium; etenim, quod fit ex ſententia & mente legis, lege fieri dicitur *l. nominis* 6. §. 1. *D. de verb. ſignif.* & hoc ſatis probat legitima patronorum tutela. Ex his igitur omnibus intelligimus, quare jus patriæ poteſtatis moribus receptum dicatur in *d. l.* 8. quod jus non patitur, ut quis cedere poſſit actionem filiofam. adverſus patrem; hoc enim perinde eſſet, ac ſi cederet patri; cui ſtatim acquiritur ex dicta regula juris, quicquid acquirit filius: & ſi filius nullam litem habere poteſt cum patre *l. lis nulla* 4. *D. de judic.* ſane ſequitur, fruſtra filio adverſus patrem cedi actiones. Excipiuntur tamen quædam cauſſæ notatæ in gloſſa, in quibus conſtitutiones Principum filiosfam. habent pro patribusfam., ut recte Accurſius in *d. l. lis nulla* 4. cujus legis regula ſic accipienda eſt, ut jure ordinario nulla ſit lis inter patrem & filium, extra ordinem ſit certis caſibus; & notanda valde elegans ſpecies *l. Imperator* 50. *D. ad Trebell.* in qua agit filius adverſus patrem de reſtituendo ante eventum conditionis fideicommiſſo, quia, ut loquitur *lex ult.* §. *minores* 2. *Cod. de ſentent. paſſis.* patria poteſtate ad effundendi & corrumpendi patrimonii licentiam abutitur, ſic in *l.* 8. *pr. D. de procurat.* patre ſuſpectæ vitæ exiſtente datur de dote actio filiæ, quæ alias patri quoque competit: & lego apud Valer. Max. *lib.* 8. *cap.* 6. *exempl.* 1. Cajum Licinium a Prætore poſtulaſſe, ut patri ſuo bonis, tanquam ea diſſipanti, interdiceretur, & impetraſſe.

Ad Leg. 8. *D.* de O. & A.

POMPONIUS LIB. 16. AD SABINUM.

Sub hac conditione ſi volam; nulla fit obligatio: pro non dicto enim eſt, quod dare, niſi velis, cogi non poſſis. Nam nec heres promiſſoris ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia hæc conditio in ipſum promiſſorem numquam exſtitit.

Joannes & Bulgarus, veteres interpretes præſtantiſſimi, renovaſſe videntur veterem controverſiam, quam fuiſſe adverto inter Sabinianos & Proculejanos de obligatione, quæ fit ſub hac conditione, *ſi volam*, vel *cum voluerit*. an omnino ſit inutilis & nulla, ut neque heres promiſſoris teneatur. Bulgarus enim, Sabinianorum partes, quamvis ignorans hanc controverſiam

ve-

veterum, defendebat conſtituens, nunquam fieri poſſe, ut heres ejus, qui ſub hac conditione, *ſi volam*, promiſerit, teneatur, quamvis promiſſor ante mortem conſtituat ſe eſſe obligatum. Joannes vero contra Proculejanorum ſententiam ſequebatur, qui heredem ejus, qui dare voluit, obligatum eſſe ſentiebant: & obſervandum eſt hoc loco corruptam eſſe gloſſam, quæ ſic eſt reſtituenda, *ſed ſecundum Joannem &c.* nam relata ſententia Bulgari refert ſententiam Joannis, ut conſtat ex ſequentibus. Ut igitur veterem quæſtionem definiamus, ſciendum eſt, generaliter a Sabinianis conſtitutum fuiſſe, nullam promiſſionem poſſe conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capiat, ſic enim hæc regula concepta eſt a Javoleno, quem conſtat fuiſſe Sabinianum ex *l. 2. §. ult. D. de origine jur. l. a Titio* 108. *§. ult. D. de verb. oblig.* & ex ipſo Sabino propoſita fuit ab Ulpiano in *l. 17. D. eod. ſtipulatio non valet, in rei promittentis arbitrium collata conditione.* At contra Proculejani eam promiſſionem, quæ conferatur in voluntatem promittentis, non eſſe omnino inutilem: nam ita concepta ſtipulatione, *cum volueris*, quam Sabiniani dicebant eſſe omnino nullam, Proculejani ita inutilem eſſe dicebant, ſi moriatur promiſſor, antequam conſtituat, quam ſententiam veram eſſe Paullus ait in *l. centeſimis* 46. *§. pen. D. de verb. oblig.* nam quod Paullus ait, quidam inutilem, alii ita inutilem, id omnino intelligendum eſt de Sabinianis & Proculejanis. De hac autem ſtipulatione ſic concepta, *ſi voluero*, vel *ſi volueris*, nulla fuit diſputatio inter veteres illos, & utraque ſchola admiſit, eam ſtatim & ab initio eſſe omnino inutilem, & hoc eſt, quod Paullus ait in *d. l. centeſimis §. ult. conſtat*, id eſt, apud omnes, tam Sabinianos, quam Proculejanos. Ratio differentiæ elegantiſſima hæc fuit, quia ſtipulatione ita concepta, *ſi voluero*, id egiſſe ex profeſſo videntur inter ſe, ne promiſſor ſit obligatus, appoſita nimirum conditione impoſſibili, ut in *l. non ſolum* 31. *hoc tit.* nam ſi noluerit promiſſor obligari eo tempore, quo ſtipulatio peragitur, non poteſt amplius velle, impoſſibilis eſt eventus hujus conditionis, quia, ut Pomponius docet in *l. ſi quis ſtipulatus* 112. *pr. D. de verbor. obligat.* hic ſermo nullum tractum habet, non poteſt mutare voluntatem, qui ſemel conſtituit, ſe nolle. At ita concepta ſtipulatione, *cum volueris*, non continetur conditio impoſſibilis, ſed exprimitur tempus, quo poſſit aliquando velle, quamvis tempore ſtipulationis noluerit, tempus igitur eſt, quod confertur in arbitrium promiſſoris, non obligationis ſubſtantia, ut eruditiſſime primus docuit Odofredus ad *d. l. centeſimis* 46., quem ſequitur hoc loco Cujacius: & ratione eadem idem dicimus de ſtipulatione ita concepta, *ſi volam*, quoniam hoc verbum ut eſt in *d. l. ſi quis ſtipulatus* 112. *pr.* habet tractum temporis, quod confertur in arbitrium promiſſoris, non enim dicitur inutilis obligatio, ſi, antequam moriatur, conſtituat promiſſor, nam hoc caſu heres promiſſoris tenetur. Primo caſu, *ſi voluero*, conditio eſt impoſſibilis, quia non poteſt velle, hoc caſu non eſt impoſſibilis, quia poteſt velle; & hoc eſt, quod cuſtodite Pomponius ſcribit hoc loco, *nam nec heres promiſſoris ejus, qui nunquam dare voluit*, quibus verbis Joannes utebatur adverſus Bulgarum rectiſſime, nam perſpicua mens Pomponii hæc eſt, heredem promiſſoris, qui dare voluit teneri argumento a contrario ſenſu, quod eſt in jure validiſſimum *l. 1. D. de offic. ejus, cui mand.*

eſt jurisd. a Pomponio auctore *d. l.* 112. *ſi quis ſtipulatus.* hoc admiſſum fuerat, verbum hoc, *ſi volam*, habere tractum temporis. Aetate Pomponii invaluerat ſententia Proculejanorum, quam Paullus ait eſſe veram in *d. l. centeſimis* 46. voluit igitur Pomponius ad Sabinum ſcribens, interpretari & amoliri verba Sabini ex jam recepta ſententia; agnoſco enim, in hac lege hæc verba eſſe Sabini, *ſub hac conditione, ſi volam, nulla ſit obligatie*, ita enim JCti ſolent breves Sabini ſententias proponere, deinde ſubjicere interpretationes & exceptiones, quæ poſt Sabinum receptæ fuerant, vel, ut barbaro ſeculo interpretes locuti ſunt, fallentias: ſed ne quis putet me rem novam agere, videat, ſi placet, D. Cujacium ad *l. heredes palam* 21. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* propoſitis igitur Sabini verbis, ſequitur interpretatio Pomponii, *pro non dicto enim eſt, quod dare niſi velis, cogi non poſſis.* & deinde nota illo loco: *nam nec heres promiſſoris ejus, qui nunquam dare voluit, tenetur*, ut oſtendat, hanc Sabini definitionem veram tantum eſſe in herede promiſſoris, qui nunquam dare voluit. Et ex hac apertiſſima interpretatione verborum Sabini & Pomponii facillimum erit reſpondere objectioni, quam vulgo faciunt, ex his verbis *nulla ſit obligatio*, vel promiſſio, quaſi id, quod nullum eſt ab initio, tractu temporis convaleſcere non poſſit ex vulgata regula juris *l.* 29. *D. de reg. jur.* quæ etiam in ſtipulationibus locum habet *l. inter* 83. §. *ſacram* 5. *D. de verb. oblig.* nulla eſt obligatio, fateor, ex ſententia Sabini, quam præferunt dicta verba; at ex ſententia Proculejanorum, quæ obtinuit, collato tempore in arbitrium promiſſoris non eſt ab initio nulla, & poteſt eſſe utilis, ſi aliquando ſe velle promiſſor conſtituat; nec enim confertur in arbitrium promiſſoris, an ſit obligatus, ſed quando ſit obligatus, & ita emptio, quam ſatis conſtat fieri non poſſe ſub hac conditione *ſi voluero l.* 7. *D. de contrah. empt.* valebit, ſi ita facta fuerit, *ſi Stichus tibi placuerit intra decem dies, erit tibi emptus aureis tot.* §. 4. *Inſtit. de empt. & vendit.* quamvis hoc collatum videatur in arbitrium emptoris, an ſit obligatus: adjectio tamen temporis hoc præſtat, ut ſub hac conditione valeat emptio, quo argumento tentari poteſt emptionem valere poſſe ita conceptam, & collato pretio in arbitrium emptoris, *emptus tibi erit Stichus quanti velis intra decem dies*, nam nec ita confertur in voluntatem emptoris, an ſit obligatus, ſed in quantum ſit obligatus, & quod JCtus ait in *l. quod ſæpe* 35. §. 1. *D. de contrah. empt.* imperfectum eſſe negotium cum emere volenti ſic venditor dicit *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æquum exiſtimaveris*; hoc ideo dicit, quia tempus adjectum non eſt, & obligatio igitur confertur in merum arbitrium emptoris, vel potius non eſt forſitan improbanda ſententia Fulgoſii, qui in *l. in vendentis* 13. *Cod. de contrah. empt.* acute notat, hæc verba *imperfectum negotium eſt* non eſſe accipienda de negotio omnino inutili & nullo, de emptione nulla, ſed de emptione imperfecta, qualis dicitur conditionalis, ad differentiam puræ emptionis, quæ perfecta eſt *l. neceſſario* 8. *D. de per. & com. rei vendit.* ut nempe intelligamus, imperfecta emptione periculum rei venditæ pertinere ad venditorem.

Ad Leg. filiusfam. 9. & in factum 13. D. de O. & A.

LEX 9. PAULLUS LIB. 9. AD SABINUM.

Filiusf. ſuo nomine nullam actionem habet, niſi injuriarum, & quod vi aut clam, & depoſiti & commodati, ut Juliauus putat.

LEX 13. ULPIANUS LIB. 1. DISPUTATIONUM.

In factum actiones etiam filiif. exercere poſſunt.

HAs duas leges ſimul eſſe explicandas etiam Odofredus obſervat, ut nempe his conjunctis intelligamus progreſſum hujus juris, quod obtinuit in perſona filiifam. Regulariter filiusfam. nullam actionem habet excepta cauſſa caſtrenſis, vel quaſi caſtrenſis peculii, ſed præter hanc cauſſam introductæ ſunt multæ exceptiones, partim ab ipſo Prætore edicto ſuo de injuriis, partim auctoritate prudentum, & juvabit obſervaſſe ordinem, ut intelligamus incrementa juris. Primum a Prætore edicto ſuo de injuriis, de quo *l.* 17. §. *ait Prætor* 10. *D. de injuriis* datum fuit filiofam. injuriam paſſo in caſibus ibi propoſitis, puta patre abſente, vel furore correpto, vel procuratore patris non agente, ut ſuo nomine agat injuriarum, quod Prætoris exemplum in aliis plerisque cauſſis & tandem in omnibus ſecuti ſunt JCti, datis nempe ex cauſſa juſta actionibus in factum filiofam., obſervandum enim eſt, exemplo Prætoris primos Labeonem & Sabinum dediſſe filiof. interdictum quod vi aut clam, & in hac lege, quæ eſt ex Ulpiano ad Sabinum, nobis quoque liceat obſervare, hæc eſſe verba Sabini, *Filiusfam. ſuo nomine nullam actionem habet, niſi injuriarum, & quod vi aut clam.* quod vero ſequitur, & depoſiti & commodati, ut recte in Florentinis libris exaratum eſt, eſſe ex nota Ulpiani, qui ex ſententia Juliani notat idem obtinuiſſe in depoſito & commodato *l. Julianus* 19. *D. depoſiti.* quod & ſenſim obtinuit in omnibus cauſſis, ut, deprehendere licet ex *l. ſi longius* 18. §. 1. *D. de jud. l.* 12. *D. de in jus voc. l.* 5. §. *in lege* 7. *D. de injur. l' cum filiusfam.* 17. *D. de reb. cred.* ut detur nempe a Prætore filiofam. extraordinaria & in factum actio; & hoc eſt, quod Ulpianus ait, in *l. in factum* 13. poſſe filiumfam. actiones in factum exercere, hoc eſt, utiles actiones, quas Prætor ex juſta cauſſa ſolet filiofam. accommodare, & caſtigandus eſt Accurſius, qui in *l. filiusfam. 9. hoc tit.* ſuo nomine interpretatur directam, quaſi in caſibus iſtis, quibus ſuo nomine agere poteſt filiusfam., agat directa actione, quem tamen conſtat agere utili, cum patri di-

recta competat suo nomine, id est, per se, ut in *l.* 2. *D. de petit. hered.* quæ omnino est explicanda ex *l.* 9. §. *illud* 6. *D. de interrog. in jure fac.* rejectis interpretationibus Accursii & aliorum.

Ad Leg. Naturales 10. *D.* de O. & A.

IDEM (*b*) LIB. 47. AD SABINUM.

Naturales obligationes non ex eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.

Debemus quoque veram hujus legis interpretationem Odofredo & veteribus Doctoribus Gallis, ut nominatim Zazius notat, qui rejecta interpretatione Accursii verissime docuerunt, naturales obligationes dici obligationes jure gentium, vel jure civili comprobatas, & ex quibus datur actio, vel mere naturales, id est, juris gentium, ex quibus nulla jure civili datur actio, & tamen non sunt omnino sine effectu quodam, id est, quamvis non sint efficaces ad petendum, habent tamen alios quosdam effectus, ut denique hæc sit apertissima sententia hujus legis, naturales obligationes, id est, juris gentium, non ea tantum dote censeri, si quædam actio jure civili sit comparata, qua agere liceat, qua potissimum parte dicitur vere obligatio, quia necessitate adstringit debitorem, ut est in definitione obligationis, sed etiam naturales obligationes æstimari, & censeri eo, quod pecuniæ solutæ nulla sit repetitio. Naturales igitur obligationes sunt obligationes juris gentium, ex quibus jus civile dedit actiones, contractibus nempe jure civili comprobatis, vel quæ carent hoc summo auxilio juris civilis. Nulla est obligatio ex illo jure naturali, quod hominibus est commune cum brutis, quia omnis obligatio est ex jure gentium, quo dominia distincta fuerunt *l. ex hoc jure* 5. *D. de justit. & jur.* & quod veteres notarunt de obligatione naturali, qua servus tenetur domino, eam esse receptam jure illo naturali, quia servitus jure gentium constituta est *l.* 4. *D. eod.* falsum esse apparet ex ratione prædicta, sed ita accipiendum est, ut, quamvis dominatio sit juris gentium, & jure gentium videatur non posse servum obligari domino, admissum tamen hoc fuerit a prudentibus, servum obligari domino ex obligatione juris gentium, sed ratione naturali, qua nempe omnes

(*b*) Sic in D. Flor. in vulgatis editionibus rectius *Ulpianus.* Constat enim ex indice D. Florentinis præfixo, Paullum sedecim tantum libros ad Sabinum scripsisse, Ulpianus vero 47. libros, & quod excurrit, ad Sabinum confecit. Apparet autem ex *l.* 6. & 8. *D. de fidejuss.* quæ sunt ex eodem *lib.* 47. ibi eum egisse de fidejussoribus, cui argumento imprimis convenit hæc lex 10. Observarunt hæc jam dudum Viri Docti.

omnes homines ſunt ejusdem juris *d. l.* 4. *l. ſi id, quod dominus* 64. *D. de condict. ind.* eſt enim hoc jus civile compoſitum ex præceptis naturalibus, gentium & civilibus, & quod obtinuit in hac ſpecie, id fit ratione juris naturalis primævi, ut loquuntur interpretes, a quo Ulpianus ait, jus civile in totum non recedere *l.* 6. *D. de juſt. & jur.* & notandum, verba *d. l.* 6. eſſe ex eodem libro Ulpiani, ex quo ſumpta eſt *lex* 1. *eod. tit.* ut uno ductu legendæ ſint. Concludamus igitur, omnes obligationes eſſe juris gentium, exceptis meris civilibus, & denique obligationem vel ſimul eſſe naturalem & civilem, vel naturalem tantum; naturalem ſimpliciter conſideramus in pupillo, qui ſine tutoris auctoritate obligatus eſt, in quantum locupletior factus eſt *l. nam hoc natura* 14. *D. de cond. ind. l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *D. de ſolut.* ubi Papinianus nullam rationem habet conſtitutionis D. Pii, quæ ex hac obligatione actionem dedit *l.* 3. §. 1. *D. de neg. geſt.* ut hæc obligatio hodie, id eſt, poſt conſtitutionem D. Pii facta ſit civilis: naturalis quoque obligatio eſt ex pacto nudo *l.* 5. §. *Imperator* 2. *D. de ſolutionibus.* & quæ contrahitur inter patrem & filium, & inter eos, qui ſunt ſub eadem poteſtate *l. frater a fratre* 38. *D. de cond. indeb.* inter dominum & ſervum *d. l. ſi id, quod dominus* 64. *D. de cond. indeb.* & ſervum quidem conſtat naturaliter tantum obligari *l. nec ſervus* 41. *D. de peculio l. ſervi ex delictis* 14. *hoc tit.* ſed & eſt obligatio naturalis ſine civili, ſi per exceptionem, quæ tollat tantum civilem obligationem, non naturalem, actio elidatur *l. ſi is cui nummos* 94. §. *ult. D. de ſolut. l. Julianus* 60. *pr. l. qui exceptionem* 40. *pr. D. de condict. ind.* Hæ ſunt igitur fere obligationes naturales, ex quibus, ut eſt in hac lege, ſoluti repetitio non datur, condictio enim, quæ datur jure civili ad repetendum indebitum eſt ex æquitate naturali *l. nam hoc natura* 14. *l. hæc condictio* 66. *D. de condict. ind.* & ideo condictio dicitur eſſe juris gentium *l. rerum* 25. *in fin. D. rer. amot.* eſt igitur eadem æquitas naturalis, quæ probat naturalem obligationem impedimento condictionis & petitionis, ſunt & alii effectus hujus obligationis: compenſari enim & deduci poteſt id, quod naturaliter debetur *l. etiam* 6. *D. de compenſ.* & *d. l. frater a fratre* 38. *D. de cond. indeb.* & utiliter fidejuſſor obligationi naturali accedere poteſt. *l.* 7. *l fidejuſſor* 16. §. *ſed ſi* 2 *D. de fidejuſſ.* fidejuſſio eſt acceſſio principalis obligationis, qua quis obligatur alieno nomine *l.* 1. §. *ſed aut proprio* 8. *hoc tit.* unde & eleganter Donatus in illud Terent. in *Eunucho act.* 1. *ſcen.* 2. *vſ.* 59.

Si fidem habeat.

„ Id eſt, ſi credat; inquit, unde & fidejuſſor dicitur credendi auctor." Et eadem ratione conſtitui quoque poteſt id, quod naturaliter debetur *l.* 1. §. *debitum* 6. *D. de conſtit. pecunia* nam & in conſtituto eadem ferme verba uſurpantur, ut ex epiſtola D. Paulli ad Philem. Cujacius recte docuit ad *tit. Cod. de conſtit. pecun.*

Ad Leg. quæcumque 11. *D.* de O. & A.

PAULLUS (AL.) ULPIANUS LIB. 12. AD SABINUM.

Quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem noſtrum actum efficiunt. Et ideo neque ſtipulari, neque emere vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, poſſumus.

Sententia brevis hujus legis hæc eſt: nihil agere eum, qui, cum ipſe ſit auctor contractus, hoc non agit, ut ſibi acquiratur obligatio *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *D. de V. O.* quod ita accipiendum, ſi ſtipuletur dari extraneo, ut ei acquirat obligationem; nam ſi filius patri, vel contra, ſtipuletur, propter vinculum patriæ poteſtatis valet ſtipulatio §. 4. *vſ. ei vero Inſtit. de inutil. ſtipulat.* quod etiam favorabiliter eſt receptum in parentibus, qui non habent liberos in poteſtate, puta in avis maternis & matre, ut utiliter ſtipulentur pro liberis & acquirant illis actiones ſaltem utiles *l. Cajus* 45. *D. ſolut. matrim. l. Publia* 26. *pr. D. depoſiti. l.* 5. *Cod. de pact. convent.* hoc extorſit contra regulam juris affectio ſumma parentum erga liberos, & tamen contra non obtinuit, ut filius, vel filia pro matre utiliter ſtipulentur *l. debitor* 59. §. *ult. D. ad Trebellian.* nam quia longe minor eſt affectio liberorum erga parentes, non poteſt hoc efficere, ut acquirat actionem. Poteſt autem quis recte ſtipulari, dari alteri, ſi ejus interſit; nec hoc genere ſtipulationis vitiatur regula noſtra; nam hoc caſu non alteri acquiritur obligatio, ſed ei, cujus intereſt, qui ſuo nomine actionem exercet *d. l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis inſulam* 21. *D. de V. O.* §. *ſed & ſi quis* 20. *Inſtit. de inutil. ſtipul.* & male omnino hoc loco gloſſa, alteri acquiri obligationem, ſed ſtipulantem agere, nec enim alteri acquiritur obligatio, ſed ei, cujus intereſt, qui & ideo agere tantum poteſt. Male quoque eadem glōſſa, ſi non interſit ſtipulantis, tunc, ut valeat ſtipulatio, debere ſtipulantem ſtipulari ſibi, & nomine alterius, cui nempe acquiri vult, ut nempe ſtipulanti directa, alteri utilis actio acquiratur, quod generaliter Martinus eſſe dicendum affirmabat in ſtipulatione alterius nomine concepta: & extat eadem ſententia Martini relata a gloſſa in *l. quod procurator* 68. *D. de procurat.* & latius apud Odofredum in *d. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. & ex *d. gloſſa* d. legis *quod procurator* 68. interim emendanda gloſſa hoc loco, quæ male adfert errore librarii §. 4. pro §. *ſed & ſi quis* 20. *Inſt. de inutilib.* ad quam nos remittit Accurſius. Utebatur autem Martinus dicta lege *quod procurator* 68., quæ generaliter hoc probare videtur, procuratore ex re domini ſtipulante, actionem acquiri domino; cui tamen definitioni obloquitur lex *poſſeſſio quoque* 49. §. *ult. D. de acquir. poſſeſſ.* quæ nominatim

natim ait, invito procuratore, dominum agere non posse; quam pugnam conciliare tentat Cujacius addita negatione in *d. l. quod procurator* 68. auctoritate Basilicωv, in quibus hæc sententia negative concipitur, sed bellissime defendi potest recepta lectio, si expendamus, hæc verba *mandato non refragante*, quæ diversam speciem constituere videntur, ut si speciale mandatum domini intervenerit, ut nempe procurator emat, vel vendat, & ex re domini stipuletur, acquiratur hoc casu utilis actio domino ad similitudinem institoriæ actionis, ut in *l. liberto* 31. *pr. D. de neg. gest.* & in hanc rem est elegantissima species in *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *D. de act. empti.* ubi Ulpianus nominatim laudat Papinianum *lib.* 3. *Respons.* ex quo lib. sumpta lex *quod procurator* 68. aliud igitur est dicendum in procuratore, qui non habet speciale mandatum, sed generale rei dominicæ gerendæ & administrandæ, qui neque utilem actionem acquirit domino ratione elegantissima, quia hoc casu procurator comparari non potest institori, & non potest dari utilis sine exemplo directæ, & est ita intelligenda dicta lex *possessio* 49. §. *ult. D. de acq. vel amitt. possess.* & ex his satis constat, falsum esse, quod generaliter Martinus admittebat, est enim hoc receptum certis tantum casibus, de quibus vide Cujacium in *d. l. quod procurator* 68. *D. de procur.*

Ad Legem ex depositi 12. *D.* de O. & A.

POMPONIUS LIB. 29. AD SABINUM.

Ex depositi & commodati & mandati & tutelæ & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.

Celebris est Regula juris, ex contractibus, vel quasi contractibus ob dolum malum defuncti heredem teneri in solidum *l. ex contractibus* 49. *hoc tit. l. si hominem* 7. §. 1. *D. depositi, l. ult. D. de fidejuss. tut. l. ad ea* 157. §. *ult. D. de reg. jur.* quæ regula ita vulgo accipitur, ut quamvis nihil ad heredem pervenerit ex defuncti dolo, heres tamen teneatur, licet alias ex dolo defuncti, id est, ex maleficio defuncti, heres non teneatur in solidum, sed pro ea parte, quæ pervenit. *l. sicuti* 38. *D. de reg. jur.* ratio differentiæ traditur in *d. l. si hominem* 7. §. 1. quia hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit, sed huic definitioni, ita conceptæ, ut, quamvis nihil pervenerit ex dolo defuncti teneatur, tamen heres omnino obloquitur §. *non omnes* 1. *versic. aliquando Instit. de perpetuis & temporalib. act.* (*i*) ubi nominatim traditum est, non dari actionem in heredem ex contractu, si testator dolose versatus sit, & nihil ex eo dolo ad heredem pervenerit. Cujus §. spe-

(*i*) Vide quæ de hac §. 1. *Inst. de Perp. & Temp. Act.* notavi infra ad *l. un. C. ex delict. def. quant. ten. hered.*

ſpeciem fideliter poſuiſſe videtur Theophilus, ut ſi dolo depoſitarii interverſa fuerit res depoſita, vel facta deterior, nec inde quicquam emolumenti ad heredem pervenerit, eum actione depoſiti non teneri, & ita de reliquis contractibus, ſi defunctus doloſe verſatus fuerit; quod ſi verum eſt, non poteſt conſiſtere, quod vulgo admittitur, heredem ex dolo defuncti teneri, quamvis nihil pervenerit. Notiſſima eſt ſolutio gloſſæ & plane indigna relatu, & ideo Accurſius ex Odofred. in *d.* §. *aliquando* tentat id referre ad caſus certos, de quibus videndus D. Cujacius ad *tit. Cod. de in lit. jur.* ubi aliam affert hujus §. interpretationem jam indicatam *lib.* 13. *Obſerv. cap. pen.* ut non ex omni dolo defuncti teneatur heres, ſed ex eo tantum dolo, quo damnum datum eſt actori, quo caſu cenſet teneri heredem, quamvis nihil pervenerit; at hoc eſt, contra apertiſſima verba Juſtiniani, qui, ſi nihil pervenerit, ait, heredem non teneri, quod omnino ita accipiendum videtur, ſi damnum ex dolo datum fuerit, & tamen ex eo dolo nihil ad heredem pervenerit, ut ſupra dixi ex Theoph., nam ſi dolus nullum effectum habuerit; ſi fraus perfecta non fuerit, ſruſtra agitur ex dolo, qui nihil abſtulit, cum enim ideo dicamus hoc caſu, id eſt, ex contractibus agi ex dolo, quia rem perſequimur, quæ nobis abeſt, non pœnam *d. l. ſi hominem* 7. §. 1. ſane ſi nihil abeſt, nulla eſt rei perſecutio, nec adverſus defunctum ipſum, & quoties dicimus teneri ex dolo aliquo, id ita accipiendum videtur ex dolo, quo damnum datum eſt, quo, ut Theophilus ait, res eſt interverſa, vel deterior facta: quibus rationibus fretus, non poſſum admittere interpretationem illam, cum liquido animadvertam, aliud eſſe dicere, non teneri heredem, ſi nihil ex eo dolo ad eum pervenerit, aliud non teneri, ſi nullum damnum ex dolo datum fuerit; quod igitur ſimpliciter ſcriptum eſt in *d. vſ. aliquando*, ſimpliciter quoque accipiamus, ut ſi nihil omnino ex eo dolo pervenerit ad ſucceſſorem, adverſus eum non competat actio, ut non poſſit actor ab eo rem petere, quæ omnino non pervenit, æquiſſima ratione, quia, licet ex contractu agatur, delictum tamen defuncti in eo verſatur, quod non debet tranſire ad heredem, qui nullum commodum ex eo dolo conſequitur: aliud tamen ſit, ſi quoddam emolumentum ad eum pervenerit, nam hoc caſu, quamvis regulariter ex delicto defuncti teneatur heres pro ea parte, quæ ad eum pervenit, tenetur tamen in ſolidum *d. l. ſi hominem* 7. & *d. l. ad ea* 157. §. *ult.* ut nempe quod inibi JCtus ait ſolidum, opponatur parti; & hæc ſit differentia inter obligationes ex maleficio & obligationes ex contractu, ut ex delicto defuncti primo caſu pro ea parte, quæ pervenit, teneatur heres; ſecundo caſu non pro ea parte tantum, ſed in ſolidum; ut denique, ſi aliquid pervenerit, teneatur in ſolidum, ſi nihil, omnino non teneatur; ut idem dicendum videatur de condictione furtiva, quam conſtat ex delicto dari, & rei perſecutionem continere *l.* 10. §. *quoties* 2. *D. de compenſat.* nam de ea in *l.* 9. *D. de cond. furt.* eadem forma loquendi proditum eſt, eam dari in heredem, non pro parte, quæ pervenit, ſed in ſolidum, & tamen contra ex *l.* 9. §. *ult. juncta l.* 10. *D. de tutel. & rat. diſtrah.* colligimus eandem actionem morte furis interire, id eſt, non dari adverſus heredem, qui loci male habent D. Cujac. *lib.* 8. *Obſerv. cap.* 37. & in *Parat. Cod. tit. de condict. furt.* nec adhuc, quod ſciam, plane intelligitur, quid

quid ſit liquido reſpondendum ad *d. l.* 9. *juncta l.* 10. Sed patefacto hoc principio juris, quod eſt in §. 1. *vſ. aliquando Inſt. de perp. & temp act.* heredem ex dolo defuncti non teneri, ſi nihil ex eo dolo ad eum pervenerit, in promptu erit deciſio hujus perdifficilis quæſtionis: condictio furtiva, fateor, datur in heredem & non pro parte tantum, ſed in ſolidum, quia rei perſecutionem continet, & hoc eſt, quod ait *d. l.* 9. *D. de cond. furt* ut ſi ex re furtiva aliquid pervenerit ad heredem, teneatur in ſolidum; ſi vero nihil pervenerit, veriſſimum ſit eam interire morte furis, nec dari in heredem, & ſi verum amemus, quoties dicimus teneri aliquem in ſolidum, hoc dicimus ad differentiam partis, ut oſtendunt hæ notiſſimæ formæ loquendi, teneri aliquem in ſolidum, non in id, quod facere poteſt; teneri patrem vel dominum in ſolidum, non de peculio dumtaxat, & teneri igitur aliquem in ſolidum, non in quantum ad eum pervenerit, ut loquitur *l. ult. Cod rerum amot* De lege prima *Cod. de heredib. tutor.* quæ D. Cujacium traxit ad illam ſententiam, dicam enucleatius ad *l. ex contractibus* 49. *hoc tit.*

Ad Leg. ſervi 14. *D.* de O. & A.

ULPIANUS LIB. 7. DISPUTATIONUM.

Servi ex delictis quidem obligantur, & ſi manumittantur, obligati remanent, ex contractibus autem civiliter non obligantur, ſed naturaliter & obligantur & obligant. Denique ſi ſervo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumiſſo ſolvam, liberor.

Ait ſervos ex delictis obligari, id eſt, obligari civiliter & naturaliter, qui tamen ex contractibus naturaliter tantum obligantur, & ideo ſervi ex delictis obligati civiliter, poſtea manumiſſi ex delicto, in ſervitute admiſſo, obligati remanent; ſi enim civiliter etiam in ſervitute conſtituti non obligarentur, poſt manumiſſionem obligatio non naſceretur *l. ſervi* 17. *pr. D. de furtis*, fuit igitur obligatio ante manumiſſionem & remanet poſt manumiſſionem; at contra ex contractibus non fuit civiliter obligatus, nec poſt manumiſſionem conveniri poteſt *tot. tit. Cod. an ſervus pro ſuo facto manumiſſ. teneat.* ubi contractum ſervi factum vocat, cum proprie contractus ſervi non dicatur, ſed factum, vel res geſta, quæ ſolo naturali jure cenſetur in perſona ſervi *l. nec ſervus* 41. *D. de pecul.* addenda tamen eſt una exceptio, niſi connexum fuerit id, quod poſt libertatem geſſit, cum eo, quod ante libertatem geſſerat *l. tutorem* 37. §. 1. *D. de adminiſtr. tutor.* & *l.* 17. *D. de negot. geſt.* Servi igitur ex contractibus naturaliter tantum obligantur & obligant, nam qui ſervo obligatus eſt naturaliter, domino tenetur civiliter *d. l. nec ſervus* 41. *D.*

de pecul. & generaliter quicquid acquirit ſervus, id acquirit domino *l. placet* 79. *D. de acquir. hered. l. cum filiofam.* 11. *D. de legat.* 1. *l.* 1. *D. ſi a parente quis manum. ſit*, quæ duæ poſtremæ eleganter dicunt, omne commodum & emolumentum rerum omnium, quas acquirit ſervus, acquiri domino, id eſt, acquiri hereditatem, acquiri obligationem civilem, acquiri cauſſam obligationis naturalis, ut loquitur *l. quamvis* 40. *pr. D. ad Trebell.* nam & quod debetur naturaliter ſervo, domino deberi dicitur *l. ſed ſi damnum* 9. § 1. *D. de pecul.* Dominus enim uti poteſt compenſatione, deductione, retentione, & omni denique effectu a jure civili conceſſo obligationi naturali, quo tamen effectu ſi forte Dominus non utatur, & manumiſſus ſervus fuerit ſine ademptione peculii nominatim facta, ut in *l. unica Cod. de pecul. ſervi, qui libert. meruit*, quamvis acquiſita fuerit domino ipſo jure obligatio naturalis, ſublata per manumiſſionem dominica poteſtate, in perſona ſervi remanſiſſe intelligitur, quia civilis ratio omnino non extinguit naturalem rationem, ſed offundit tantum, & ceſſare facit, cum ſit potentior naturali, ſed ſublata civili detegitur aliquando naturalis ratio, ut erudite Irnerius tractabat ad *l. manumiſſiones* 4. *D. de juſtit. & jur.* ubi eleganter ait, ſervitutem omnino non extinguere naturalem libertatem, & ſubſequentem manumiſſionem eam poſtea detegere, & hoc eſt, quod dicimus, civilem rationem naturalia jura corrumpere non poſſe §. *ult. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. l. eas obligationes* 8. *D. de capit. minut.* qui igitur ſervo manumiſſo ſolvit quod naturaliter debebat, recte ſolvit, & ita liberatur, ut ab eo dominus petere non poſſit, quod intelligendum eſt cum temperamentis additis in *l. quod ſervus* 35. & *l. ſi quis ſervo* 18. *D. de ſolut.* & ita in vexata ſpecie *l. frater a fratre* 38. *D. de condict. ind.* quamvis admittamus, quod eſt certiſſimum, naturalem obligationem fuiſſe acquiſitam patri, non male tamen Africanus poſt mortem patris vocat fratrem debitorem fratris, non patris, quia ſublato impedimento juris civilis, id eſt, finita patria poteſtate, pro ea parte peculii, quam retinet frater creditor, detegitur obligationis naturalis, quæ, patre vivente, ceſſabat, utpote acquiſita patri, & patre permittente remanens in peculio filii. Hæ ſunt enim hujus juris fictiones, ſecundum quas dicimus, ſtatim & ſine ulla cunctatione acquiri patri, quicquid acquiritur a filio, ac deinde brevi veluti manu acquiſitum tranſire in peculium *l. quam Tuberonis* 7. §. *ult. D. de pecul.* denique in *d. l. frater a fratre* 38. *D. de cond ind* pro parte tollitur obligatio naturalis, qua frater fratri tenebatur poſt mortem patris, quia pro parte peculium fratris creditoris frater debitor conſequitur: in quo peculio dicta obligatio conſiſtit *d. l. quam Tuberonis* 7. § *ult.* & in eo totus eſt Africanus, ut oſtendat confuſione peculii extingui obligationem naturalem, commiſtis nempe & confuſis ſimul peculiis fratris debitoris & fratris creditoris, id eſt, parte peculii fratris creditoris perveniente ad fratrem debitorem, & contra parte peculii fratris debitoris perveniente ad fratrem creditorem. Concludamus igitur, obligationem naturalem acquiri patri, vel domino propter vinculum juris civilis, quo ſublato reperitur aliquando obligatio naturalis in perſona filii, vel ſervi; & ſi quis objiciat celeberrimum argumentum, quod ita concipitur, ſi patri acquireretur, pater filio nunquam obligaretur naturaliter, quæſita enim filio obli-

obligatio naturalis mox acquireretur patri, & per hoc confunderetur, patre eodem momento exiſtente debitore & creditore: ita liquido reſpondendum eſt, quod receptum eſt jure civili, ut obligatio naturalis acquiratur patri & ita acquiratur, ut ne momento quidem conſiſtat in perſona filii, id admiſſum eſt hoc jure commentitio (ſic enim Paullus eleganter vocat jus civile in *l. ſi pœna* 20. *D. de pœnis.* quod ſit plenum commentis, fictionibus & imaginibus), id, inquam, admiſſum eſt, quia hac fictione nihil fit contra naturam: at contra admiſſum non eſt, ut obligatio naturalis, qua tenetur pater filio, fingatur acquiri patri, quia hoc caſu idem eſſet debitor & creditor, quod natura non patitur; conſtat autem ſatis, fictiones juris civilis non eſſe contra naturam, hæ autem ſunt animadvertendæ in hac parte juris, ut propter vinculum patriæ poteſtatis ex duabus perſonis unam conſtituamus *l.* 10. *D. de option. legat.* ut quicquid acquiritur, fingatur non conſiſtere in perſona filii, ſed tranſire ad patrem, & quod eſt patri acquiſitum, ſit tamen in peculio, id eſt, in quaſi patrimonio filii: ex quibus omnibus intelligere licet, quare non dicamus, illo caſu obligationem patris acquiri patri, quemadmodum nec pater ſuſcipit onus obligationis fratris debitoris, quia acquirit commodum obligationis fratris creditoris. Quod attinet ad *l. eas* 8. *D. de capit. minut.* qua uti ſolent, qui contendunt, obligationem naturalem non acquiri patri, eam eſſe accipiendam conſtat de actionibus, quæ acquiſitæ ſunt patri ipſo jure, ſed aliquando juſta ex cauſſa filiis etiam in poteſtate conſtitutis conceduntur, ut diximus ſupra in *l. filiusfam. 9. hoc tit.* & docuit latius D. Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. cap.* 14. has igitur actiones, ſi naturalem præſtationem habeant, & illis forſitan, patria durante poteſtate, pater non egerit, filii retinent. Quidni? cum & manente patria pateſtate conceduntur filiis, & eas capitis minutione non amittunt, ut poſt emancipationem & manumiſſionem retineant obligationem naturalem, ſi durante poteſtate pater non egerit: utitur autem JCtus in *d. l.* exemplo actionis de dote, qua conſtat patrem agere adjuncta perſona filiæ, & de ea eſt notiſſimus locus in *l.* 8. *pr. vſ. ſed & filiusfam. D. de procurat.* cujus verba ſi diligenter excutias, reperies, omnino eſſe legendum, *nam quod ad dotis exactionem attinet, cum pater dat procuratorem*, male omnes libri, etiam Florentini, *cum patre dat procuratorem.*

Ad Leg. qui cum herede 15. *D.* de O. & A.

JULIANUS LIB. 4. DIGESTORUM.

Qui cum herede egit, exceptione ſummotus eſt, ac (*) *ſi non in ea cauſſa tabulæ teſtamenti ſint, ut contra eas emancipato bonorum poſſeſſio dari poſſit: emancipato omittente bonorum poſſeſſionem, non iniqua poſtulabit creditor, reſtitui ſibi actionem adverſus ſcriptum heredem, nam quamdiu bonorum poſſeſſio contra tabulas filio dari poteſt, heres quodammodo debitor non eſt.*

(*) *Ac* edidit Taurellius: rectius Haloander *at:* hæc enim exceptionum forma erat & formula.

Puto exceptionem, de qua agitur in *h. l.* & in *l.* 2. *D. de except. rei judic.* diſtinguendam & ſeparandam eſſe ab exceptione præjudiciali, qua repellitur is, qui agit adverſus poſſeſſorem, vel petitorem hereditatis, de qua in *l.* 5. §. 2. *D. de petit. hered.* & *l. ult. Cod. eod.* Illa nempe exceptione, de qua in *h. l. ſi non in ea cauſſa tabulæ teſtamenti ſint* &c. creditores & legatarii indiſtincte excluduntur propter rationem additam hoc loco, quia quandiu bonorum poſſeſſio contra tabulas filio dari poteſt, heres quodammodo debitor non eſt, nam & certiſſimum eſt, petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, & reſciſſo teſtamento, heredem ſcriptum nihil debiturum: at contra exceptio præjudicialis creditores & legatarios non repellebat, ut colligere licet ex *l.* 4. §. *ſi duo* 1. *D. ſi cui plus, quam per leg Falcid.* tunc enim dubitatur, & incertum eſt, quis obtineat, & cum uterque ſe aſſerat heredem, non poteſt hic, vel ille, id eſt, poſſeſſor, vel petitor effugere ſolutionem, ei tamen præſtita ſatisdatione ſolenni, evicta hereditate, legata vel debita reddi, ut eſt in *d. l* 4 §. 2. nec, ſi verum amamus, debemus admittere, eam fuiſſe ex mente Juſtiniani a Triboniano concinnatam poſt *d l ult Cod de pet. her.* quæ generaliter hoc conſtituit, hanc præjudicialem exceptionem non repellere quacumque actione agentes adverſus petitorem, vel poſſeſſorem hereditatis; id enim ante Juſtinianum obtinuiſſe in creditoribus & legatariis convincit *l. apud Julianum* 35. *D. de jure fiſci.* qua privato faciente controverſiam de hereditate Lucii Titii, quam alter pro fiſco vindicabat, ait interim inhibendas eſſe actiones creditorum ſingulorum, ne publicæ cauſſæ præjudicetur, idque SCtis expreſſum fuiſſe: quod ſi hoc jure ſingulari inductum eſt in favorem cauſſæ publicæ, ſi hoc eſt privilegium fiſci, nominatim SCto introductum, ſane ſequitur aliud obtinuiſſe in cauſſis privatorum, & hoc ipſum quoque confirmat nobiliſſimum reſcriptum Alexandri, quod extat in *l. ſi in fraudem* 9. *Cod de legat.* & dilucida interpretatione opus habet, veram enim illius ſententiam neque a veteribus interpretibus, neque a recentioribus fuiſſe perceptam liquido

quido oſtendam, vera ſpecie propoſita Finge, Titius heres inſtitutus in teſtamento Sempronii, qui Cajo & Mævio quasdam ſummas legaverat, legatariis ex teſtamento agentibus negotium faciebat, id eſt, detrectabat ſolvere legata fraudulenter, & ita heres debitor inficiator in fraudem eorum, quæ teſtamento relicta fuerant, admiſit accuſatorem, qui teſtamentum falſum diceret. Quæritur, an interim cogendus ſit ſolvere legata? & reſcribit Imperator ſolvenda eſſe legata præſtita cautione prætoria, evicta hereditate legata reddi, *quamvis*, inquit, *alias tunc cautioni locus ſit, cum ſine controverſia legata ſolvuntur.* quæ verba vexantur ab interpretibus antiquis, nam quia certiſſimum eſt, hanc ſtipulationem tunc eſſe interponendam, cum poſſeſſori de hereditate ſit controverſia, quam nempe jam patitur, vel ſperat, ut eſt in *l.* 3. §. *ſi legatarius* 6. *D. ſi cui plus, quam per leg. Falc. &c.*, ideo hæc poſtrema verba non eſſe accipienda putant de illa ſtipulatione, *evicta hereditate legata ſolvi*, ſed de ſtipulatione, de qua in *d. tit. ſi cui plus, quam per leg. Falcid.* quæ nempe interponitur, quando de hereditate nulla ſit controverſia, ſed juſte dubitari poteſt, utrum lex Falcidia locum habeat, nec ne *l.* 1. *eod. tit.* ſic Azo, ſic Odofredus, ſic Bartolus, ſic Paulus Caſtrenſis & ceteri veteres, illa validiſſima ratione freti, quam hauriebant ex *d. l.* 4 ubi Paullus ait iniquum eſſe, nondum illata controverſia litis, caveri hac ſtipulatione: ſed veriſſime D. Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. cap.* 25. & *lib* 18. *cap.* 9. animadvertit hanc poſtremam clauſulam eſſe de eadem ſtipulatione, *evicta hereditate* &c. &, quæſo, qualis eſſet illatio Imperatoris ſi a dicta ſtipulatione, de qua quæritur in *d l.* transiret ad aliam ſtipulationem, *ſi cui plus, quam per legem Falcidiam &c* at coacti fuerunt veteres interpretes ad illam ſententiam recurrere propter illa verba, *ſine controverſia*, quæ ita eſſe accipienda cenſet idem præſtantiſſimus vir, non, quod interdum illa cautio præſtetur, nulla mota controverſia, ideo minus, imo vero magis, mota controverſia & prolata accuſatione falſi, eſſe præſtandam, ſed & hanc interpretationem conſtare non poſſe, ſic oſtendo Qui nondum patitur controverſiam, ſed ſperat, ut in *d l.* 3. §. *ſi legatarius* 6. *D. ſi c. plus, quam p. leg. Falc.* dici non poteſt, præſtare cautionem ſine controverſia: præſtat enim propter controverſiam, quam timet, ſi tamen, ut explicatur in *d. l.* 4. *pr. D. eod.* juſta cauſſa timoris ſit, & non ſint factæ luſoriæ minæ, & hoc eſt, quod traditur in *dd. locis*, neceſſariam eſſe controverſiam, vel præſentem, vel quam imminere quis credat ex juſta cauſſa. Quis igitur non videt, D. Cujacium recte nobis non explicare illa verba? & tamen admiſimus, eundem eruditiſſime obſervaſſe, hæc poſtrema verba eſſe accipienda de eadem ſtipulatione, & ſane ita eſt; ſed ſi pergam exponere vobis cœptam ſpeciem *d. l.* 9. intelligetis, quam utilitatem percipere debeamus ex veterum interpretum ſcriptis, collatis cum accuratis lucubrationibus recentiorum. Acute veteres obſervarunt poteſtatem horum verborum, *ſine controverſia*, quæ illos male habebant: acutiſſime D. Cujacius non mutari ſpeciem, & eſſe de eadem ſtipulatione. Ponamus igitur, ut cœpi dicere, heredem facere controverſiam legatorum, & hac mente in necem & fraudem legatariorum admiſiſſe accuſatorem teſtamenti, quo caſu dubitari poterat, utrum legatarii cautione ſolita onerandi eſſent, & hoc libello precum expreſſum erat in fraudem legato-

rum heredem ſuppoſuiſſe accuſatorem, ut propter hanc heredis fraudem tentarent legatarii, hanc ſatisdationem non eſſe præſtandam, & tamen reſcribit Imperator, hoc caſu a legatariis heredi cavendum eſſe, quamvis alias hæc cautio, id eſt, eadem cautio, evicta hereditate, præſtari ſoleat, quum heres nullam facit controverſiam legatariis, quum nihil in fraudem legatorum machinatur, & vult ultro ſolvere legata bona fide, ſed quia timet evictionem hereditatis, deſiderat ſibi caveri, quo caſu videbatur tantum recepta hæc ſolennis ſtipulatio. Hæc eſt perſpicua *d. l.* explicatio, quam forſitan eſſe ex mente Accurſii poſtremo loco colligere licet ex fine gloſſæ, ſi ita verba reſtituamus, quæ interpolata (*k*) videntur, *ſed alias quando ſolvuntur cum controverſia nomine hereditatis, licet de legatis non ſit controverſia* &c. conſtat tamen ex *d. l.* exceptionem præjudicialem non repellere legatarios, ut nec creditores *d. l.* 4. qui tamen excluduntur exceptione in noſtra lege propoſita; cui Paullus Caſtrenſis opponens dictam legem 9. non alia ratione putat eas conciliari poſſe, quam ſi admittamus, hoc bivium dari heredi, ut vel repellat agentes exceptione, vel ſolvat præſtita cautione, quod plane eſt ridiculum, nam ſi excluduntur exceptione, fruſtra quæritur de præſtanda cautione. Dicamus igitur, veram eſſe differentiam ſupra notatam inter duas has exceptiones, hanc exceptionem diverſam eſſe ab exceptione præjudiciali introducta in favorem judicii centumviralis, quod, ut eſt apud Plin. *lib.* 1. *epiſt.* 18. *in fin.* nulla ratione differri potuit, & ante Juſtinianum creditores & legatarios utiliter agere potuiſſe, deprehendere licet ex *d. l. ult. Cod. de petit. hered.* nec hac in re conſtituitur novum jus, ſed in reliquis caſibus, in quibus olim dubitabatur, an, ante litem conteſtatam de ipſa hereditate, adverſus poſſeſſorem vel petitorem ageretur.

(*k*) Minus recte J. a Coſta refingit finalia verba gloſſæ, cum ex initio ejusdem gloſſæ conſtet, Accurſium poſtrema hujus reſcripti verba intellexiſſe de altera cautione, nempe quod plus, quam per legem Falcidiam licet, legatum fuerit, reſtitutum iri.

Ad Leg. qui a ſervo 16. *D.* de O. & A.

JULIANUS LIB. 13. DIGESTORUM.

Qui a ſervo hereditario mutuam pecuniam accepit, & fundum, vel hominem pignoris cauſſa ei tradiderat, & precario rogavit, precario poſſidet: nam ſervus hereditarius ſicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res uſucapi poſſit, Nam & ſi commodaverit, vel depoſuerit rem peculiarem, commodati, vel depoſiti actionem hereditati acquiret. Hæc ita ſi peculiare negotium contractum eſt, nam ex hac cauſſa etiam poſſeſſio acquiſita intelligi debet.

D. Cujacius ait, hanc legem eſſe paucorum hominum. Cauſſam difficultatis hanc eſſe exiſtimo, quod non fuerit ſatis animadverſum, quare Julianus dubitaverit, an ſervus hereditarius, id eſt, ſervus hereditatis jacentis & nondum aditæ precario dando rem hereditariam, ut ex Odofredo Accurſius rectiſſime poſuit, quam nempe a bonæ fidei poſſeſſore pignori acceperat, efficere poſſit, ne cœpta adverſus defunctum uſucapio perficiatur. Dubitandi ratio hæc fuit, quia Julianus non admittebat per ſervum hereditarium etiam ex cauſſa peculiari acquiri poſſeſſionem hereditati; negabat enim Julianus poſſeſſionem, quæ facti eſt & animi, ut loquitur *l.* 1. §. *Scævola* 15. *D. ſi is, qui teſtamento liber eſſe juſſus erit &c.* acquiri hereditati poſſe, & ſecundum hanc ſententiam reſpondet Papinianus in *l. præſcriptio* 45. §. 1. *D. de uſurpat. & uſuc.* uſucapionem incipere a tempore aditæ hereditatis, nec ullam admitti poſſeſſionem hereditatis nondum aditæ, qui tamen in *l. juſto* 44. §. *nondum* 3. *D. eod.* docet, hoc tandem jure ſingulari fuiſſe receptum, ut acquiratur poſſeſſio hereditati. Julianum autem, quem conſtat, vixiſſe Adriani temporibus, hoc jus ſingulare non agnoviſſe colligere licet ex *l. ſi is, qui pro emptore* 15. *pr. D. eod. tit.* dicebat nempe, ſervo ejus, qui in hoſtium poteſtate eſt, rem alienam ementem in pendenti eſſe uſucapionem, nam ſi dominus reverſus fuerit jure poſtliminii intelligi uſucaptum, ſin autem ibi deceſſerit, dubitari, an per Legem Corneliam, per fictionem legis Corneliæ ad ſucceſſores pertineat. Ratio dubitandi fuit, quia fictio, quæ nempe fingit, captum ab hoſtibus ſtatim mortuum eſſe, fingit quoque a captivitatis tempore jacuiſſe hereditatem; at hereditas ſecundum Julianum non potuit acquirere poſſeſſionem, ergo dubitabat in hac ſpecie idem Julianus, an prodeſſe poſſet fictio Legis Corneliæ ſucceſſoribus, quam ſententiam notabat Marcellus, quia in quibusdam vice perſonæ fungi hereditatem receptum eſt, & in hac parte igitur acquirendæ

pos-

poſſeſſionis fictionem Legis Corneliæ plenius accipiendam eſſe dicebat ; & hac ratione fretus Marcellus aſſerebat, in ſucceſſoribus locum habere uſucapionem, dempta enim negatione illum locum eſſe legendum jam ex emendatioribus libris monuit Accurſius & certatim admittunt docti. Cum igitur hæc fuerit Juliani ſententia, quam, ut ex dicto loco manifeſte apparet, non probabat Marcellus, ut & ſenſim obtinuiſſe Marcelli ſententiam, & jure ſingulari fuiſſe receptam jam docuimus ex Papiniano, cui adde *l. pen. D. de capt. & poſtl.* cum, inquam, hac in re manifeſta fuerit controverſia inter Julianum & Marcellum, obſervo, in fine hujus legis hæc verba, *hæc ita ſi peculiare negotium geſtum fuerit, nam ex hac cauſſa etiam poſſeſſio acquiſita intelligi debet*, eſſe ex nota Marcelli, non potuit enim hæc ſcribere Julianus, quem docuimus fuiſſe in contraria ſenteutia, & ſi hoc admittit Julianus, ſane fruſtra dubitabit, an, ſervo hereditario precario rem dante hereditariam, interrumpatur uſucapio, cum notiſſimum ſit acquiſitam domino poſſeſſionem ſatis interrumpere uſucapionem *l. non ſolum* 33. §. *ſi rem tuam* 5. *D. de uſurp. & uſucap.* Dicamus igitur, ab illis verbis, *hæc ita*, incipere Marcelli notam, ita enim ſolent priorum JCtorum ſententias notare & amoliri poſteriores, ad illorum ſcripta notas ſcribentes, quod perpetuum eſt in his libris, ſæpe autem ſuppreſſo Marcelli nomine commixtas fuiſſe ſententias Juliani cum Marcelli notis jam docuit D. Cujacius in *Paratit. ad tit Cod. de comm. ſervo manum.* & *l. ſi ſervus* 18. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ſic quod Juliani ſcripturæ in *l.* 5. §. *utrum* 1. *D. ſi uſusfr. petat.* ſubjicitur, *nam & ſi fundo fructuario ſervitus debeatur* &c. id conſtat eſſe ex Marcelli nota, quæ extat in *l.* 1. *eod. tit.* ut ad Julianum idem vir præſtantiſſimus docuit. Separatis igitur & diſtinctis in hac noſtra lege verbis Marcelli a verbis Juliani, intelligimus, quare Julianus dubitaverit, an ſervus hereditarius, dans precario rem hereditariam, poſſit interrumpere uſucapionem, quia per eundem ſervum non admittebat acquiri poſſeſſionem, & tamen, quemadmodum hoc admiſſum eſt, proprietatem acquiri hereditati per ſervum, vires nempe ſumente uſucapione per traditionem ex perſona defuncti, cujus perſonam ſuſtinet hereditas, ut ex eodem Juliano relatum eſt in *l. in eo* 33. §. *ult. D. de acquir. rerum. domin.* & quemadmodum conſtat quoque acquiri obligationem, ita hoc quoque admittendum cenſet, ut hoc commodum interrumpendæ uſucapionis per ſervum hereditarium acquiratur hereditati, quod ſine ulla dubitatione admittendum eſſe Marcellus notat, quia hodie jure ſingulari, quod obtinuit, non ſolum proprietas, ſed etiam poſſeſſio acquiritur hereditati. Quod attinet ad *l. qui pignoris* 36. *D. de acquirend. poſſeſſ.* quæ huic legi omnino obloquitur, ſatis erit adnotaſſe, ſequendam eſſe omnino D. Cujacii ſententiam, quam propoſuit ad dictam legem *in libris D. Juliani*, rejecta priori interpretatione ab eodem præſtantiſſimo viro allata ad *d. tit. D. de acq. poſſeſſ.*

Ad Leg. omnes debitores 17. *& ad Leg. ex promiſſione dotis* 19. *D.* de O. & A.

LEX 17. JULIANUS LIB. 33. DIGESTORUM.

Omnes debitores, qui ſpeciem ex cauſſa lucrativa debent, liberantur, cum ea ſpecies ex cauſſa lucrativa ad creditores perveniſſet.

LEX 19. IDEM LIB. 73. DIGESTORUM.

Ex promiſſione dotis non videtur lucrativa cauſſa eſſe, ſed quodammodo creditor, aut emtor intelligitur, qui dotem petit. Porro cum creditor, vel emtor ex lucrativa cauſſa rem habere cœperit, nihilominus integras actiones retinent: ſicut ex contrario, qui non ex lucrativa cauſſa rem habere cœpit, eandem non prohibetur ex lucrativa cauſſa petere.

Proponitur in hac lege ex Juliano hæc regula juris, *omnes debitores, qui ſpeciem*, hoc eſt, certum corpus, *debent ex cauſſa lucrativa, liberari, ſi eadem ſpecies ad creditorem pervenerit ex cauſſa lucrativa.* puta ex legato, vel donatione, ut Græci nominatim hoc loco addunt interpretationis cauſſa. Fruſtra ſunt, qui putant legati cauſſam non eſſe lucrativam, quorum ſententiam rectiſſime cum gloſſa refellunt Dynus & Albericus in *l. ſeq.* ſerva autem, quod ait, hoc loco Julianus, *perveniſſet.* Cujus verbi vim eodem libro idem auctor expoſuit in *l. non quocumque* 82. *D. de legat.* 1. ut huic regulæ locus ſit, ſi vere pervenerit, ita ut avelli non poſſit, & perfecte facta fuerit creditoris, ut loquitur *l. omnes actiones* 139. §. 1. *D. de reg. jur.* Non poteſt igitur agere creditor adverſus debitorem, qui ei ex cauſſa lucrativa obligatus erat, ſi ab alio debitore ex eadem cauſſa rem perfecte conſecutus fuerit, & ſi non ſolidum, ſed pars tantum ad eum pervenerit, poteſt partem petere dumtaxat, ut ex Marcello notatur in *d. l.* 82. §. *Marcellus* 3. & inde, ni fallor, petenda eſt vera dubitandi ratio vexatæ §. *ſi cui fundus* 9. *Inſtit. de legat.* in quo refertur ſententia Juliani, quæ extat in §. *fundus* 2. *ejusdem l.* 82. Fundus alienus legatus eſt Titio, qui a domino proprietatem fundi comparavit, deducto uſufructu; venditor capite minutus eſt, & ita uſusfructus conſolidatione pervenit ad Titium legatarium, quærebat Julianus, an Titius ex teſtamento recte fundum petere poſſit, an recte agat fundum petens, & ita concipiens intentionem ſuam, *fundum peto, qui mihi teſtamento legatus eſt*; qui enim fundum petit, uſumfructum petere videtur *l. ſi Titio* 10. *l. ſi alii* 19. *D. de uſufr.*

uſufr. leg. & quia uſumfructum ex cauſſa lucrativa habet, plus petere videtur: qui plus petit, non recte agit, male agit, ut qui ante diem agit & tempore plus petit *l unic. §. ult. D. quando dies uſusfr. leg. ced.* Julianus tamen contra recte legatarium agere dicebat, neque plus petere, quamvis fundum petat. Male omnino hoc loco Theophilus, hanc fuiſſe Juliani ſententiam legatarium actione perſonali ex teſtamento æſtimationem proprietatis petere tantum debere, nam Julianus aſſeverabat, legatarium recte fundum petere, nec incidere in periculum plus petitionis, quam ſententiam Marcellus notabat & cavillabatur, extat pars notæ in *d §. Marcellus* 3. utebatur autem Marcellus hac ratione: uſusfructus pars rei eſt *l.* 4. *D. de uſufr. l. qui uſumfructum* 58. *D. de verb. oblig. l. ſi a reo* 70. *§. reo* 2. *D. de fidejuſſ.* vel ut loquitur lex, *cum filius* 76. *§. dominus* 2. *D. de legat.* 2. inſtar portionis eſt, id eſt, obtinet locum partis; at ſi pars ex cauſſa lucrativa ad eum pervenerit, poteſt petere partem dumtaxat, ergo proprietatem, deducto uſufructu, petere tantum poteſt, & qui totum petit, male petit, quia re plus petit. *l.* 4. *D. de compenſat.* ſed hanc objectionem facillime tollit ſubjecta ratio, quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet, non enim in omnibus caſibus uſusfructus obtinet locum partis, non eſt perpetuo vera illa definitio, ut eleganter Papinianus docet in *l. ſi Titio* 33. *§.* 1. *D. de uſufr.* non in caſu *d. §.* 1. non in caſu *l. Mævius* 66 *§. pen. D. de legat.* 2. quæ eleganter ait, uſumfructum in jure, non in parte, conſiſtere; non obtinet etiam uſusfructus locum partis in petitione, ſive agatur actione in rem *l. recte* 25. *pr. D. de verb. ſignif.* ſive agatur actioni perſonali ex teſtamento, ut in *d. §.* generaliter igitur in inſtituenda actione uſumfructum conſideramus tanquam ſervitutem, tanquam jus, non tanquam corpus, vel partem rei; & hanc fuiſſe Juliani ſententiam Paullus quoque refert in *d. l. recte* 25. quam veriorem eſſe ait, rejecta Marcelli nota, cujus ideo partem ſuppreſſit Tribonianus in *d. l.* 82. *§. Marcellus* 3. *D. de legat.* 1. Sed quamvis in petitione, uſusfructus ſervitutis locum obtineat, quamvis in jure, non in parte, conſiſtat, emolumentum tamen rei continet *d. l Mævius* 66. *§. pen D. de legat.* 2. & ideo officio judicis deducendus erit uſusfructus in condemnatione; condemnabitur enim heres ad præſtationem æſtimationis proprietatis, deducto uſufructu, quia uſumfructum habet ex cauſſa lucrativa. Hæc eſt *d. §.* enarratio luculenta; quod autem diximus initio, id ſatis conſtat eſſe accipiendum de duobus cauſſis lucrativis, quæ, ut eſt in *§. ſi res aliena* 6. *Inſtit. de legat.* in eundem hominem & eandem rem concurrere non poſſunt: namque eſt ſententia *l. ex promiſſione dotis* 19. ſi is, cui res debetur ex cauſſa non lucrativa, rem habere cœperit ex cauſſa lucrativa, integram actionem retinet adverſus debitorem, & contra. Dotis autem cauſſam non eſſe lucrativam propter onera matrimonii, certiſſimum eſt vel ex locis a gloſſa notatis, & in hanc rem vide D. Cujac. *lib.* 25. *Obſerv. cap.* 25.

Ad

Ad Leg. ſi is, qui Stichum 18. *D.* de O. & A.

JULIANUS LIB. 54. DIGESTORUM.

Si is, qui Stichum dari ſtipulatus fuerat, heres exſtiterit ei, cui ex teſtamento idem Stichus debebatur, ſi ex teſtamento Stichum petierit, non conſumet ſtipulationem: & contra, ſi ex ſtipulatu Stichum petierit, actionem ex teſtamento ſalvam habebit, quia initio ita conſtiterint hæ duæ obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret.

Separandam eſſe ſententiam hujus legis exiſtimo a ſententia legis ſequentis jam explicatæ, quas male vulgo confundere ſolent, quaſi in *h. l.* idem proponatur, quod in ſequenti. Ratio, qua Julianus utitur, convincit id eſſe omnino falſum, non enim ait, in hac ſpecie obtinere, quod una cauſſa ſit lucrativa, altera non lucrativa, & id de ſuo jecore fingunt interpretes, ſed quia, inquit, initio hæ actiones ita conſtiterint, ut, una in judicium deducta, altera nihilominus remaneat cum ſua poteſtate, quam rationem niſi exponamus, fucum facimus, & male de Juliano meremur. Obſervandum eſt, hanc legem non loqui de re, quæ pervenerit ex cauſſa lucrativa, vel non lucrativa, qua de ſpecie tractatur in *l. ſeq.*, ſed de duabus actionibus concurrentibus in unius perſona de eadem re, quæ quæſtio longe differt a ſuperiori, ejusque deciſio pendet ex ratione a Juliano hoc loco propoſita. Finge: Stichus debetur Titio ex ſtipulatu; non diſtinguit Julianus an ex cauſſa lucrativa, vel non lucrativa debeatur, nec nos diſtinguamus igitur, ſtipulationis cauſſa poteſt eſſe lucrativa, vel non lucrativa *l. ult D. quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. l. inter* 83. §. *ſi rem* 6. *D. de verb. oblig.* & in utroque caſu locus eſt definitioni a Juliano propoſitæ; Titius igitur, cui Stichus debetur ex ſtipulatu, heres inſtitutus eſt a Sejo, cui ex teſtamento idem Stichus debebatur, concurrit in perſona Titii actio ex ſtipulatu cum actione ex teſtamento, quod novum non eſſe ex Sabino docuit Ulpianus in *l.* 10. *D. de action. empti.* ut duæ nempe obligationes in ejusdem perſona concurrant de eadem re, tam active, quam paſſive; ad quam Sabini ſententiam Ulpianus ad Sabinum, proponebat ſpeciem aliam ex Juliano, quem conſtat Sabinianum fuiſſe in *l.* 5. *D. de fidejuſſ.* reus ſtipulandi heres extitit alii reo ſtipulandi, duas obligationis ſpecies ſuſtinet, id eſt, propriam & hereditariam, ſed ſi altera earum egerit, utramque conſumet ſola petitione & litis conteſtatione; rationem adfert Ulpianus ex eodem Juliano, quia natura duarum obligationum, quas habet, ea eſt, ut cum altera earum in judicium deducitur, altera conſumatur, id eſt, non ita ab initio conſtitutæ fuerunt hæ duæ obligationes, ut potuerit utraque actio deduci in judicium, uno enim ex correis agente, utraque obligatio perimitur,

petitione & acceptilatione unius tota extinguitur obligatio *l.* 2. *D. de duob. reis.* & ideo ſi ſemel unus egerit, alteri promiſſor offerendo pecuniam nihil agit *l. ex duobus* 16. *D. eod.* At longe diverſa eſt natura actionum, quas diximus concurrere in ſpecie noſtræ legis, hæ enim duæ actiones ex ſtipulatu & ex teſtamento, quæ ſunt diverſæ & ſeparatæ, ita initio conſtitutæ fuerunt, ut una in judicium deducta alteram conſumere non potuerit; id eſt, ut dicam explicatius, Titius rem petens ex ſtipulatu, non potuit conſumere actionem ex teſtamento, quæ ei competebat, cui eadem res legata erat, & quia initio hæc fuit natura harum actionum, remanent cum eadem poteſtate in perſona Titii, nec, ſi hac vel illa egerit, conſumitur altera, quamvis enim agat ex ſtipulatu etiam ex cauſſa lucrativa, remanet actio ex teſtamento, qua ei denuo experiri licet mutata actione, nec enim hoc caſu litis conteſtatione perimitur ſequens actio, ſed ſolutione, ut in *l. item illa* 18. §. *ult. D. de conſtit pecun.*, quando nimirum ſemel ex cauſſa lucrativa conſecutus eſt rem, qua de re non agitur in *h. l.*, ſed de conſumptione actionis, quæ fieri dicitur ſola petitione, ut in *l.* 14. §. *actiones* 2. *D. de except. rei jud.* qui egit igitur ex ſtipulatu, ſi rem ex teſtamento habere maluerit, poteſt mutare actionem, nec petitione prima conſumitur altera actio, & is, cui hæ duæ actiones competunt, poterit eligere, quam voluerit, & rurſus ad aliam habere regreſſum propter rationem a Juliano additam, quod alias non licet *l. quod in herede* 9. §. 1. *D. de tribut. act* in hac vero ſpecie licet, quia cauſſa diverſa eſt, ex qua duæ competunt actiones, & ita ſumma hujus legis conſtituenda videtur, cum, qui egit ex ſtipulatu, ſive ſit cauſſa ſtipulationis lucrativa, ſive non lucrativa, poſſe mutare actionem, nec petitione ex una obligatione conſumptam fuiſſe alteram actionem. Qui admittunt utramque cauſſam fuiſſe lucrativam, inter quos eſt acutiſſimus JCtus Petrus de Bellapertica Burgundus, in eo quoque peccant, quod admittunt, eum, qui rem ex una cauſſa lucrativa conſecutus eſt, poſſe rurſus utiliter alia actione agere, & æſtimationem conſequi, quod omnino eſt contra regulam juris de duabus cauſſis lucrativis, & tantum abeſt, ut ab illis faciat lex *ſi ſervus legatus* 108. §. 1. *D. de legat.* 1. ut potius confirmet dictam regulam, ſi adhibeatur veriſſima interpretatio D. Cujacii, quam fecit ad *d. l. Tract. 5. ad African.* Cæterum, quod eſt in *fin. d. l. non eſt novum* 10. *D de act. emt.* agi una actione, ſed ita, ut per eam utriusque contractus ſentiat commodum, pace D. Cujacii ex ſententia veterum omnium interpretum ſic accipiendum eſt, ut, quia eſt eadem actio ex empto, una actione de duabus venditionibus agatur, ut in *l. heredes* 25. §. *de pluribus* 3. *D. fam. erciſc. l. cum duodus* 52. §. *ſi plures* 14. *D. pro ſocio l. Prætor edixit* 7. §. *ſi tibi* 5. *D. de injur.*

Ad

Ad Leg. ſervus 20. *D.* de O. & A.

ALFENUS LIB. 2. DIGESTORUM.

Servus non in omnibus &c.

Sententia brevis & facilis hujus legis hæc eſt: in privatis delictis, quæ ſunt atrocia, ſervum domino obſequentem non excuſari, ſed obligari ſtatim, & poſt manumiſſionem adverſus eum agi poſſe, ut diximus ſupra in *l. ſervi* 14. *hoc tit.* Si igitur Dominus imperaverit ſervo, ut hominem, id eſt, ſervum alienum, ut Odofredus recte expoſuit, occideret, vel ut furtum faceret, domino dicto audiens eſſe non debet, qua forma loquendi Paullus quoque utitur in *l. ſi mulier* 21. §. 1. *D. rer. amot.* & his caſibus tenetur ſervus ſuo nomine, ut & dominus in ſolidum *l* 2. *D. de noxal. act.* idem eſſe Alfenus ait *hoc loco.* Si juſſu domini ſervus uno myoparone mare infeſtum reddat, ut M. Tullius loquitur *lib.* 3. *de Rep.* idem eſt, ſi pirata, vel prædo ſit, nam & piratas prædones dictos fuiſſe, docet Nonius Marcellus ex Saluſtio & Siſenna Idem quoque, ſi vim atrocem faciat, id eſt, ſi impetu facto aliena bona rapiat, eleganter Tertullianus in *lib. adverſus Hermogenem c* 9. *tribus modis aliena ſumuntur jure, beneficio, impetu, id eſt, dominio, precario, vi.* ex vi igitur atroci, quæ a maleficio non abeſt, pendere pœnas debet, quæ verba nominatim Feſtus expoſuit ex veteri ritu, aliud eſt dicendum de vi civili, ſive feſtucaria, de qua ſunt notiſſimi loci apud M. Tullium in *Orat. pro Cæcina c.* 7. & Gell. *lib.* 20. *cap.* 9. & generaliter in levioribus delictis *d. l. ſi mulier* 21. §. 1. *D. de act. rer. amot. l.* 11. §. *ſi tutori* 6 *D. quod vi aut clam. l. ſi tacitum* 13. *D. ad l. Falcid. vulg. l. ad ea* 157. *pr. D. de reg. jur.* cum ſimilibus a gloſſa notatis.

Ad Leg. contraxiſſe 21. *D.* de O. & A.

JULIANUS LIB. 3. EX MINICIO.

Contraxiſſe unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut ſolveret, ſe obligavit.

Notiſſima eſt regula juris, ratione loci, ubi quis contraxit, eum ſortiri forum, licet ibi domicilium non habeat, & non tantum, ut Julianus hoc loco docet, ibi contraxiſſe videtur, ubi contractus celebratus eſt, ſed etiam, ubi ſe ſoluturum promiſit. *l. heres abſens* 19. §. *ult. D. de judic. l* 1, 2, 3. *D. de reb. auctor. jud. poſſid. l. quæro* 100. *D. de ſolut.* ſed quæritur, an etiam conveniri poſſit, ubi contraxit, id eſt, ubi contractus eſt celebratus?

tus? quod Placentino videtur, ſi nempe non ibi dederit, ubi ſe ſoluturum promiſit, quam ſententiam amplecti videtur D. Cujacius *Tract. 3. ad Afric. ad l. 3. D. de legationib.* ut nempe utrobique conveniri poſſit certi condictione directa & alio quocumque loco arbitraria de eo, quod certo loco. At gloſſa contra in *d. l. 3.*, quam ſequitur melior pars interpretum, & veriſſime Petrus de Bellapertica in *h. l.* eos, qui contrariam ſententiam ſequuntur, nullam habere legem, quæ id probet; qua de cauſſa reperio D. Cujacium primam illam ſuam ſententiam ita temperaſſe, ut directa conveniatur in loco, quo ſe ſoluturum promiſit, arbitraria in loco, quo contraxit, hac ratione fretus, quod hæc arbitraria inventa ſit propter pecunias, quæ certo tantum loco peti poſſunt *l. 1. D. de eo, quod certo loco.* Ego vero tanquam herciſcundus mediam viam eligendam puto inter has duas contrarias; ſententia Placentini, quam *ad Afric.* ſequebatur D. Cujacius, vera eſt, ſi is, qui ita ſe obligavit, ut certo loco ſolveret, domicilium in eo loco habuerit, ubi contractus celebratus eſt, ita enim nominatim eſt proditum in *d. l. heres §. ult.* ſi vero non habuerit domicilium, non poteſt ibi conveniri, niſi arbitraria actione, ſed ſupradictæ regulæ opponit gloſſa in *d. l. 3. D. de reb. auct. jud. poſſid.* legem *eum, qui 5. §. 1. D. de conſtit. pec.* ex qua colligitur, eum, qui in provincia conſtituit, ſe ſoluturum Romæ, non poſſe Romæ conveniri, cujus objectionis occaſione tentabimus quædam addere præſtantiſſimorum virorum lucubrationibus ad deciſionem difficillimæ quæſtionis. Quæſtio eſt de Legatis, quibus jus revocandi domum datum eſt, ut Romæ conveniri non poſſent, quæ omnium patria dicitur *l. 33. D. ad municip. l. ult.* (reſtit. ex Baſil.) *D. de interd. & releg.* & eleganter Auſonius in *Claris Urbibus*, de Burdigala urbe

Hæc patria eſt, patrias ſed Roma ſupervenit omnes.

In hoc igitur Legatorum privilegio vulgo pugnare creditur *d. l. eum, qui 5. §. 1.* cum *l. 8. D. de judic.* quum affirmare cum Juliano videatur Ulpianus, quod Cajus negat, & inter ſolutiones Accurſii una placuit D. Cujacio, quam vindicat *lib. 13. Obſerv. cap. 17.* quam tamen probare non poſſum, quia ratio, qua nititur, non pertinet ad hanc ſpeciem, nam quod ait JCtus in *l. qui id quod 33. pr. D. de donat.* conſtituti originem eſſe inſpiciendam, id quidem locum habet, quoties quæritur de ſubſtantia obligationis, & in quantum ex principali obligatione quis teneatur, nam quia conſtitutum eſt acceſſio principalis obligationis, non in plus teneri, vel condemnari poteſt is, qui conſtituit, quam contineatur principali obligatione *l. 11. §. ult. D. de conſt. pec.* at hoc trahere non poſſumus ad hunc caſum, in quo, an conveniri poſſit, quæritur, quod vel natura conſtituti convincit; eſt enim introductum conſtitutum vel propter pecunias, quæ nondum; vel quæ niſi certo loco peti non poſſunt, ut ex conſtituto, ſicut ex citeriore die, ita & alio loco, petantur *l. 3. §. ult. l. 4. & 5. in princip. eod. tit.* & quod magis urget, eandem rationem, quam probat D. Cujacius, poſſum efficere in ſpecie, quam ponit in *d. l. eum, qui 5. §. 1.* Legatum, qui nominatim conſtituit, cum Romæ eſſet, ſe Romæ ſoluturum pecuniam, quam ante legationem debebat, conveniri non poſſe, ſi nem-

pe

pe inſpiciamus originem conſtituti, cum certiſſimi juris ſit, ex obligatione, ante legationem contracta, ſine ulla diſtinctione loci Legatum conveniri non poſſe, ut latius dicam: adde meram eſſe divinationem, fingere in *d. l. eum, qui* 5. Legatum Romæ exiſtentem nominatim conſtituiſſe, ſe Romæ ſoluturum, cum lex dicat ſimpliciter, Legatum Romæ conſtituiſſe, id eſt, ut veteres omnes recte proponunt, Legatum Romæ exiſtentem, & ita Legatus Romæ exiſtens Romæ compromittere dicitur *l. non diſtinguemus* 32. §. *item ſi qui* 9. *D. de recept. arbit.* Laudatur & alia ſolutio, quam Fulgoſius in *d. l.* 8. *D. de judic.* tribuit Petro veteri Gloſſographo, ut nempe, quod ait dicta lex 8. *in legatione*, non accipiamus de Legato Romæ conſtituente, ſed quocumque alio loco poſt ſuſceptam legationem, ſed iſta ſolutio vel ideo non placet, quoniam nemo non videt, eam nimis coarctare hæc verba; *in legatione*, quæ omnino ſunt generaliter accipienda, quocumque loco conſtituat in legatione. Amplector lubentius tertiam Accurſii ſolutionem, ut ita diſtinguamus, vel conſtitui id, quod ante legationem debebat, vel id, quod poſt ſuſceptam legationem debere cœpit; primo caſu, quocumque loco, etiam Romæ, docet Cajus, eum non poſſe ex conſtituto conveniri: ſecundo vero caſu conſtituenda eſt differentia locorum, vel Romæ conſtituit, vel in provincia; ſi Romæ conſtituat, tenetur, ſi in provincia, non tenetur: & hoc eſt, quod in *d. l. eum, qui* 5. §. 1. *D. de conſt. pec.* ex Juliano Ulpianus docet, ſed id debeo facere manifeſtius & probare certiſſimis rationibus. Certiſſimum eſt, in his, quæ ante Legationem Legatus contraxit, nullam fuiſſe locorum differentiam, id eſt, non diſtinguimus, an legatus Romæ contraxerit ante legationem vel in provincia, nam quamvis Romæ contraxerit, ſi tamen ante legationem, contraxerit, poteſt domum revocare *l.* 2. §. *omnes* 4. *D. de judic.* hoc enim præcipuum habet Legatus inter reliquos, quibus jus revocandi domum datum eſt, de quibus in *d. l.* 2. §. *legatis* 3. qui generaliter, ſi ante, vel poſt, Romæ contraxerint, Romæ conveniri poſſunt & hac ratione fretus D. Cujacius putabat §. *item ſi extra* 5. & *vſ. ſed ſi agant de* §. 5. *dictæ legis* 2. non pertinere ad Legatos, quod, an indiſtincte verum ſit, mox videbimus. Sed illud primum conſtituamus, de quo non eſt dubitandum, ex contractu ante legationem Romæ habito, non poſſe Legatum conveniri Romæ, quod valde confirmat lex *non diſtinguemus* 32. § *item ſi qui* 9. *D. de recept. arbit. vſ. ſed ſi nunc in legatione.* in ſpecie ibi propoſita de eo, qui Romæ in legatione compromiſit, quærit Paullus, an ſit cogendus arbiter ſententiam dicere? Ipſe hoc affirmat: alios perperam negare indicat, addito, eos utique oportuiſſe diſtinguere, utrum de qua re in legatione compromiſerit; eandem quoque in eadem legatione Romæ contraxerit, nec ne: quam tamen diſtinctionem eſſe rejiciendam Paullus notat, quia ſi ſponte judicium ſuſceperit de re, quam ante legationem debebat, uti poteſt *d. l.* 2. §. *omnes* 4. *D. de judic.* judicium ſuſceptum peragere cogitur: unde conſequens eſſe Paullus ait, arbitrum cogi ſententiam dicere, & argumentatur hoc caſu Paullus a judicio ordinario ad compromiſſum, ut in fine *d.* §. *item ſi qui* 9. qui locus liquido oſtendit, quale fuerit privilegium Legati in eo, quod ante legationem contraxit, nempe ut ſuſcipere Romæ judicium poſſet, non tamen cogeretur; at in his, quæ poſt ſuſceptam legationem contraxit,

traxit, cœcus omnino est, qui non videt, differentiam locorum, quæ satis colligi potest ex sententia Papiniani in *l. cum furiosus* 39. § 1. *eod. tit. de jud.* quæ dictat, Legatum posse Romæ ex qualibet caussa fidejubere, cum renunciet privilegio suo, quando in Italia contrahit: & quis non videt, aliud esse dicendum, si non in Italia, sed in provincia contrahat, ut est in secunda parte §. 1. *d. l. eum, qui* 5. *D. de const. pec.*? Necessarium autem esse, hos omnes locos, ex quibus colligimus hanc locorum differentiam, accipere de contractibus habitis post legationem susceptam, omnino convincit, id, quod præmunivi, hanc differentiam locum non habuisse in contractibus, celebratis ante legationem, & ita accipio *l.* 2. *d.* §. *item si extra* 5. *D. de judic.* generaliter, ut non tantum pertineat ad cæteros, qui jus revocandi domum habent, sed etiam ad Legatos, in contractibus nempe, post susceptam legationem celebratis. Cum igitur ex superioribus colligamus, in his, quæ Legatus ante legationem contraxit, nullam esse constituendam differentiam locorum, quæ necessario constituitur, in his, quæ post susceptam legationem contraxit; cum id, inquam, certissimum sit in principali obligatione, idem videtur omnino dicendum in accessoria, ut si constituat, quod ante legationem debebat, generaliter dicamus, etiam Romæ constituentem conveniri non posse, & differt hac in re constitutum a compromisso, ut constet, aliud esse constituere, aliud compromittere, si vero, quod post legationem susceptam debere cœpit, constituat, tunc sane, ut in principali obligatione constituimus differentiam locorum, vel Romæ constitui, vel in provinciis: si Romæ, aut si in Italia, tacite renuntiare videtur privilegio ut supra ex Papiniano diximus, si in provincia non intelligitur renuntiare privilegio, nisi nominatim hoc additum & expressum sit, ut tempore ipso legationis solvatur, sic enim diligentius enarrandam esse censeo legem 3. *D. de legationib. Cum quæritur, an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat, non tam interest, ubi quis crediderit, aut dari stipulatus sit*, id est, an in Italia, vel in provincia contraxerit, ut nempe intelligatur, an tacite ratione loci privilegio renuntiatum sit; *quam interest scire, an hoc nominatim actum sit, ut legationis tempore solvatur*, quasi dicat, quando id actum est nominatim, ut legationis tempore solvatur, tunc aperte intelligimus, privilegio expressa conventione renuntiatum fuisse, & nullus relinquitur dubitationi locus. Hanc autem legem quis non videt esse accipiendam de contractu post legationem? 1°. quia vix fingi potest, ut ante susceptam legationem ita conventio fuerit concepta legationis temporis solvi ab eo nempe, qui nondum Legatus sit 2°. quia, ut jam probatum est, nulla est differentia locorum in contractibus ante legationem celebratis, quæ sola ratio convincit dictam legem *eum qui* 5. §. 1. *D. de const. pec.* accipiendam de pecunia accepta post legationem.

Ad

Ad Leg. cum quis 22. *D.* de O. & A.

AFRICANUS LIB. 3. QUÆSTIONUM.

Cum quis in diem mercem ſtipulatus fidejuſſorem accepit, ejus temporis æſtimatio ſpectanda eſt, quo ſatis acceperit.

Sciendum eſt, hanc eſſe differentiam inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris, quoties quæritur de ineunda æſtimatione rei debitæ, ut in iſtis inſpiciamus tempus litis conteſtatæ, in illis rei judicatæ. vulg. *l.* 3. §. *in hac* 2. *D. commod.* & rationem differentiæ nemo non videt eſſe petendam ex varietate formulæ, quæ in judiciis ſtricti juris refertur ad tempus litis conteſtatæ, in judiciis bonæ fidei producitur usque ad tempus rei judicatæ, cum permiſſa videatur judici libera poteſtas ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. §. *in bonæ fidei* 30. *Inſtit. de action.* & nota, quod ait, *permitti videtur.* nec enim id ipſa formula nominatim permittit, ut in actionibus, quæ in æquum & bonum concipiuntur *l.* 3. *in princ. D. de ſep. viol.* ut amplior videatur formula actionis in æquum & bonum conceptæ ipſa formula actionis bonæ fidei, quam in rem nondum ſatis animadverſum obſervo inſignem locum in *l. & ſi quis* 14. §. *idem Labeo* 13. *D. de relig. & ſumpt. fun.* ubi JCtus ait, judicem addictum actioni funerariæ, quam conſtat conceptam fuiſſe in æquum & bonum, non debere meram negotiorum geſtorum actionem imitari, ad cujus nempe exemplum actio funeraria fuit comparata, ſed ſolutius æquitatem ſequi, cum hoc ei actionis natura indulgeat, quæ in æquum & bonum concepta eſt. In formula actionis bonæ fidei, verba illa *ex fide bona* (*l*) tacite hanc poteſtatem permittere videntur, quam expreſſe per-

(*l*) *Ex fide bona:* Revocant mihi hæc verba in memoriam locum Ciceronis *de Off. l.* III. *c.* 15. *Dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela* XII. *tabulis, & circumſcriptio adoleſcentum lege Lætoria, & ſine lege judiciis, in quibus additur, ex fide bona agitur.* Deleri, ut ſpurium, τὸ *agitur*, jubet tam inimica Ciceroni κακοφωνία, quæ eſt in *additur* —— *agitur*, & imprimis res ipſa. Formulæ enim, qua judicium b. f. conſtituebatur, ſimulque dabatur arbiter, inſerebantur ſola verba *ex fide bona*, teſte ipſo Tullio in *Top. c.* 17. & *de Off. l.* III. *c.* 17. idemque colligi poteſt ex his verbis capitis 16. *quicquid ſibi dare facere oportet ex fide bona.* Atque hanc conjecturam, licet ab doctiſſimo Zacharia Pearce, Anglo, occupatam viderim nuperrime, cum forte fortuna in ejus editionem librorum *de Officiis* inciderim, nolui delere, quoniam dudum ante pro mea ſcripſeram. Obiter contra eundem obſervo, τὸ *tutela* poſitum ibi eſſe non primo, ſed ſexto caſu pro *in tutela*, ſic non opus eſt ſubaudire τὸ *mala.* Et quis, unquam, tutelam nominavit *malam*, pro *male geſtam*? In loco *de Orator. l.* 1. *c.* 36. non *turpis tutela*, ſed *turpe judicium tute-*

permittunt illa verba, *in quantum æquius & melius judici videbitur*. ſed ad rem. Superior regula de ineunda æſtimatione rei ſic accipienda videtur, quoties ſine mora debitoris res æſtimatur ob penuriam rei, cum enim debitor id, quod debet, præſtare non poteſt, nec inficiatur, ſe rem debere, hoc caſu judex tantum datur ad rem æſtimandam, quod D. Cujacius docuit ex *l. proinde* 25. §. *ult. D. ad leg. Aquil.* & ita accipienda videtur vexata lex *vinum* 22. *D. de reb. cred.* quæ accipienda eſt de condictione certi, ut tandem agnovit idem præſtantiſſimus vir, quia neceſſitas rei officium ſtrictum judicis redigere videtur ad hanc æſtimationem, & cum in *d. l.* non dicat JCtus, factam fuiſſe moram a debitore, non debemus comminiſci moram fuiſſe factam, quamvis per judicem vinum petitum dicatur, nec enim ſemper in mora eſt, qui litem conteſtatur *l. ſi quis ſolutioni* 24. *pr. D. de uſur.* & dictam legem *vinum* 22. in qua hujus ſententiæ Sabinum Julianus laudat actorem, belliſſime confirmat lex *ult. D. de condict. trit.*, qui eandem ſententiam tribuit Caſſio ejusdem ſcholæ auctori: hoc tamen ex utriusque auctoris mente ita definiendum eſt, ſi non ſubjiciatur dies, vel conditio, quo caſu inſpicimus tempus, quo dari debuit

læ memoratur, quia, ut norunt jurisperiti, famoſum eſt. Licet autem præpoſitio *in* frequenter omittatur, vid. Clar. Arn. Drakenborch ad *Liv. l.* IX. *c.* 32. §. 12. tamen, quia, ubi id fit, caſus ſextus plerumque exprimit modum, aut tempus rei geſtæ, nec illud huic loco convenit, magis crediderim, librarios, ex τῷ *in* formaſſe *ut*, ob ea, quæ idem Drakenborchius tradit ad *Liv. l.* III. *c.* 15. §. 14. adeoque Tullium ſcripſiſſe — *vindicatus*; *in tutela* &c. Sed videamus huic fere contiguum locum: *Q. quidem Scævola, P. filius, cum poſtulaſſet, ut ſibi fundus, cujus emtor erat, ſemel indicaretur, iaque venditor ita feciſſet, dixit, ſe pluris æſtimare: addidit centum millia: nemo eſt, qui hoc boni viri fuiſſe neget, ſapientis negant: ut, ſi minoris, quam potuiſſet, vendidiſſet.* Ita edidit idem Pearce, poſteriorem pericopam ſic explicans: „ſapientis eſſe negant hanc ſpontaneam pretii adjectionem, ſicuti ſapientis non eſſet, ſi venderet minoris, quam poſſet." Senſu non plane commodo, nam ſi ſtultitiam, quæ putabatur, emtoris Scævolæ comparare voluerit cum alicujus venditoris ſtultitia, cur non potius ab hoc ipſo venditore, quocum contrahebat Scævola, exemplum ſumſit, quam indefinite abs quovis alio? Hic enim ipſe venditor ita indicaverat rem ſuam, ut ſi minoris vendidiſſet Scævolæ, quam cuivis alii potuiſſet. Quid igitur, (ut omittam Clar. Grævii conjecturam criticam) ſi locum trajicimus hunc in modum: — — *idque venditor ita feciſſet, ut, ſi minoris, quam potuiſſet, vendidiſſet, dixit ſe pluris æſtimare: addidit centum millia* &c. ſic ſatis fit præcedenti particulæ *ita*, quæ ceteroquin friget, nunc vero modum, quo venditor ſatisfecit poſtulato Scævolæ, exprimit. Poſtularat Scævola, ut ſibi fundus ſemel indicaretur. Hoc vel ita fieri poterat, ut venditor quam proxime ad verum pretium accederet, vel ſic, ut longe infra illud ſubſiſteret. Horum poſterius cum feciſſe venditorem documento ſit pretii adjectio, apparet, quomodo τῷ *ita* cohæreat ſubjectum *ut ſi minoris* &c. Ne quis autem dubitet de particulis *ita* — *ut ſi* ad ſe invicem relatis, adſcribam alia duo Ciceronis loca lib. I. de Orat. c. 53. *dum cauſſa* ITA *dicitur*, UT SI *in illa commenticia Platonis civitate res ageretur: ad Familiar.* lib. XIII. ep 21. *mihique moleſtiſſimis temporibus* ITA *benevole, fideliterque præſto fuit*, UT SI *a me manumiſſus eſſet.* Terentius in Eun. act. I. ſc. 2. vſ. 37. *Cœpit ſtudioſe omnia docere, educare*, ITA UTI SI *eſſet filia.*

buit *d. l. vinum* 22. & *d. l. ult. l. quoties* 59. *D. de verb. oblig.* ut merito negotium faceſſat, quod in hac noſtra lege proponitur, cum quis in diem mercem ſtipulatus eſt, & fidejuſſorem accepit, ejus temporis æſtimationem habendam, quo ſatis accepit, non igitur temporis, quo dari debuit. Sed probanda omnino eſt, & vindicanda ſpecies, quam Accurſius tribuit Azoni, & ita dicendum: Titius debebat Sempronio vinum, vel oleum, vel frumentum, vel aliam mercem, quam ex ſtipulatione ei ſolvere debebat Calendis proximis, & cum forte mercem, quam debebat, non haberet ea die, qua ſolvere debebat, obtulit pro re Sempronio fidejuſſorem idoneum, quod ſolitos facere debitores præter locos ab aliis notatos omnino probat lex *ſciendum* 21. *D. de uſuris.* illo loco in hanc rem elegantiſſimo, *vel expediendi debiti, vel fidejuſſoribus rogandis.* acceptus eſt a Sempronio fidejuſſor. Hoc caſu ſive agatur cum reo, ſive cum fidejuſſore, tempus, quo fidejuſſor acceptus eſt, inſpiciendum eſt, quod nempe idem eſt cum tempore, quo dari debuit, & ita tandem placuit D. Cujacio, qui initio ſequebatur ſecundam ſolutionem Accurſii, quamvis Accurſius nominatim profiteatur ſe ab ea diſcedere.

Ad Leg. trajectitiæ 23. *D.* de O. & A.

AFRICANUS LIB. 7. QUÆSTIONUM.

Trajectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna, uti adsolet, ob operas ejus, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta: is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta, petere desierat: deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit, ejus quoque temporis, quo interpellatus non esset, pœnam peti posse: amplius etiam, si omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum est, si is, qui interpellare cœpisset, valetudine impeditus interpellare desisset, pœnam non committi. De illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus pœna committatur? Et hoc rectius dicitur. Nam & si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare jusserit, neque per eum, qui dare jussus sit, steterit, non committi pœnam respondit, adeo ut & illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. Hoc idem dicendum, & cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

Notissimum est, trajectitiam pecuniam esse pecuniam creditam sub magnis usuris, ut trans mare vehatur periculo creditoris *l.* 1. *D. de nautico fœn.* & in ea magnæ istæ & infinitæ usuræ, ut Paullus loquitur *lib.* 2. *sent. tit.* 14. receptæ videntur pro pretio periculi *l. nihil* 4. *pr. eod. tit.* eleganter Maximus Tyrius philosophus *Sermone* 2. (*m*) *ut qui divitias quærunt, ac se mari committunt, magno interdum fœnore pecuniam sumunt, sic etiam, qui iræ indulgent, maximis se calamitatum usuris involvunt.* sed & præter usuras istas maxi-

(*m*) Seu *Sermon.* 18. *edit. Londin. ann.* 1740.

maximas, quæ ex nudo pacto debentur *l. in quibusdam* 7. *eod. tit.* (quod etiam conſtat contra communes regulas juris fuiſſe receptum, regulariter enim uſuræ non debentur, niſi ex ſtipulatione *l. Titius* 24. *D. de præſc. verb. l.* 3. *Cod. de uſuris*,) ſolebant quoque pœnam ſtipulari ob operas ſervi, quem ad pecuniam cum uſuris exigendam mittere ſolebant, ut in *l. qui Romæ* 122. §. *Callimachus* 1. *D. de verb. oblig.* & ſtipulabantur in ſingulos dies pro operis ſervi ad finem centeſimæ, id eſt, legitimæ uſuræ, quia hæc pœna debetur a tempore diſcuſſi periculi. *l.* 4. §. *pro operis* 1. *D. de naut. fœn.* & hoc eſt, quod Africanus ait, pœna, ut aſſolet, in ſtipulationem erat deducta, ut in *l. ult. eod. tit.* Labeo, *uti ſolet.* ſic enim accipienda ſunt illa verba de conſuetudine nempe interponendæ pœnalis ſtipulationis, non de modo & quantitate pœnæ, ut male Accurſius voluit. His cognitis finge, trajectitiæ pecuniæ nomine, ſi non eſſet ad certum diem ſoluta, pœna promiſſa fuerat pro operis ſervi, qui mittebatur ad pecuniam petendam: is, nave ſalva, & diſcuſſo periculo, cœpit petere pecuniam, & parte pecuniæ exacta petere deſierat, ac interpoſito quodam tempore, rurſus debitorem interpellare inſtituebat. Conſultus eſt ab eo Africanus, an ejus quoque temporis, quo interpellatus non eſſet, pœnam petere poſſet, conſultus, inquam, eſt a ſervo, qui ceſſavit quodam tempore, & nunc interpellare inſtituit, nec enim ponendum eſt cum Accurſio, debitorem interpellatum rurſus fuiſſe, cum hoc non ponat Africanus, quod valde notandum eſt, ut intelligamus illa verba, *ſi interpellatus ipſe moram fecerit.* ad illam igitur primam quæſtionem ſtatim reſpondet Africanus, etiam ejus temporis, quo non interpellavit, pœnam peti poſſe ab eo, qui cœpit interpellare, & quodam tempore ceſſavit, imo etſi omnino non interpellaſſet, id eſt, etiamſi non cœpiſſet interpellare, ſic enim illa verba, *amplius, etiamſi omnino interpellatum non eſſet*, accipienda ſunt, quæ vulgo male accipiunt etiam de ultima interpellatione, ut ponant in hac prima quæſtione poſt moram creditoris ceſſantis debitorem fuiſſe interpellatum, quod falſum eſſe convincit argumentum ab abſurdo, quo, ut recte Accurſius notat, hoc loco utitur Africanus; alioquin, inquit, ſi is, qui interpellare cœpiſſet, valetudine impeditus interpellare deſiiſſet, pœnam non committi. Hujus argumenti ab abſurdo exſtant nobiliſſima exempla in *l. ſi unus* 19. *D. de ſervit. ruſt. præd.* (*n*) reſtituta vera lectione ex *D. Florent.* & in *l. Mela* 14. §. *quidam libertis* 3. *D. de alim. leg.* a me fideliter explicata ad tit. de ſervitutib. itemque in *l.* 7. §. *Papinianus* 1. *D. ſolut. matrim.* & in *l. exiſtimo* 98. *D. de verb oblig* 1. quibus omnibus addere debemus hunc Africani locum. Hoc igitur validiſſimo argumento fretus Africanus ſine ulla dubitatione cenſet, hanc ſententiam eſſe admittendam, ſed ad ſpeciem propoſitam de illo belliſſime diſputari poſſe ait, id eſt, quæri & tractari poſſe: finge ſervus ipſe, qui interpellare inſtituerat, petit pœnam etiam ejus temporis, quo non interpellaverat, & nunc interpellat debitorem, debitor interpellatus moram fecit. ſic enim omnino enarranda ſecunda pars, ut, poſtquam quæſitum fuit ab Africano, an ille, qui interpellare cœpit, & quodam tempore ceſſavit, nunc interpellare in-

(*n*) Vid. ad leg. 1. D. de ſervit. not. 2.

inſtituens petere poſſit pœnam temporis, quo ceſſavit, deinde quærat quid ſit dicendum, ſi nunc ipſe debitor interpellatus moram fecerit, id eſt, ceſſaverit quodam tempore, ut ſervum interpellantem quodam tempore ceſſaſſe ſupra propoſuit, an quamvis poſtea pecuniam offerat, nihilominus pœna committatur, ut in ſpecie propoſita. Eleganter hoc quæri poſſit, ſi contingat, hunc debitorem tandem a ſervo interpellatum, moram facere ac deinde pecuniam offerre: hoc eſt, igitur, quod Africanus quærit conſequenter poſt definitam primam quæſtionem, non ut conſtet, ex interpellatione moram omnino fuiſſe factam, ſed ut quærat præter quæſtionem propoſitam initio, quid ſit dicendum ex facto, ſi hic debitor, quem ſervus interpellare proponit, poſtquam quodam tempore moram fecit petitioni ac interpellationi, interpellatus ipſe moram fecerit, ac poſtea pecuniam offerat: & probat Africanus nihilominus pœnam committi. Argumentatur a compromiſſo & commiſſo, *nam & ſi arbiter* &c. quæ verba merito negotium faceſſunt gloſſæ, quæ primum exiſtimavit, ea referenda eſſe ad ſuperiorem partem, & ad illa verba, *nec aliter non committi*, ſed tandem acutiſſime animadvertit, aliquo ſubaudito, pertinere ad ultimam quæſtionem, quod primus rectiſſime expoſuit Odofredus, indicans, hanc eſſe inductionem Africani, argumentantis a compromiſſio & commiſſo, ut probet pœnam omnino committi: compromiſimus in arbitrum ſub certa pœna, arbiter juſſit ſolvere certa die, non ſolviſti die præſtituta, quamvis poſtea offeras, pœna committitur, quæ hoc ſolo caſu non committetur, ſi per te non ſteterit; &, ſi dies ab arbitro adjecta non fuerit, neque ſolvas poſt modicum illud tempus, quod tacite ineſt, poteris purgare moram ante litis conteſtationem: idem eſt dicendum, ſi res vendita fuerit ſub lege commiſſoria. Hæc eſt ſpecies hujus legis, cujus duæ ſunt partes: in prima quæritur, an etiam ejus temporis, quo debitor interpellatus non eſt, pœna peti poſſit, in ſecunda, an ſtipulatio pœnalis committatur, ſi debitor interpellatus moram fecerit, poſtea offerat. Quod ad primam attinet, ſatis oſtendit lex *magnam* 12. *Cod. de contrab. & comm. ſtipul.* hac de re veterem fuiſſe controverſiam inter auctores juris, quidam enim non admittebant committi ſtipulationem ſine interpellatione & admonitione creditoris: & in ſpecie propoſita igitur videbatur eſſe dicendum, ejus temporis, quo ſervus non interpellaverat pœnam non eſſe præſtandam, & hanc ſaltem moram eſſe inculpatam, ut Papinianus loquitur in *l. 9. §. ult. D. de uſur.* quia ut eſt in *l. mora* 32. §. 1. *eod. tit.* non ſolum interpellatio, ſed etiam inſtantia interpellandi deſideratur, & tamen Africanus reſpondet, ejus quoque temporis, quo interpellatus non eſt, pœnam peti poſſe; imo etſi omnino interpellatus non ſit, nam quod eſt traditum in *d. l. mora. 32. pr.* id pertinet ad puras obligationes, in quibus dies non adjicitur; & quod ait inſtantiam requiri, id non ita accipiendum eſt, ut plures interpellationes deſiderentur, cum una ſufficiat recte facta *l. Titia* 87. §. *uſuras* 1. *D. de legat* 2. ſed hæc eſt mens JCti, præter interpellationem rite factam deſiderari inſtantiam creditoris, qui urgeat, ut in *l. 1. D. de dimiſſ. libell.* at in obligationibus in diem dies & interpellare, & inſtare ſatis creditur, & adventu diei, quamvis nullus ſit, a quo pecunia peti poſſit, mortuo nempe promiſſore ante diem, & hereditate non adita, ſtipulatio com-

mit-

mittitur, ut in *l. ad diem* 77. *D. de verb. oblig.* quod ex Labeone relatum eſt iisdem fere verbis in *l. ult. D. de naut. fœn.* & tamen idem Labeo in *l.* 2. *eod. tit.* deſiderare videtur interpellationem, vel, loco petitionis aut interpellationis, teſtationem: niſi dicamus, ſic illam legem eſſe accipiendam, ut ſolerent ſervi iſti interpellare debitores, uti in hac lege debitor proponitur ſtatim interpellatus, ut vel ita conſtaret, omnino per debitorem ſtetiſſe, & ſervum præſentem fuiſſe, cui ſolvi potuit: ſi forte nemo ſit, qui poſſit interpellare, id ipſum debere debitorem teſtatione complecti: ſi enim per debitorem non ſteterit, puta cum nullum haberet, cui offerret, vel, quia non potuit accipere, valetudine, aut alia juſta cauſſa impeditus, pœna non committitur *l. Celſus* 23. §. *idem ait* 1. *D. de recept. arbitr. l.* 4. §. *ult.* & *l. ult. D. de leg commiſſ. l. pen. D. de naut. fœn.* & hoc eſt, quod Africanus ait, hoc loco *nec aliter non committi &c.* Sed quæri poteſt, utrum ſufficiat, ſimpliciter offerre pecuniam? nam lex *acceptam.* 19. *C. de uſuris.* quæ nominatim loquitur de trajectitiis pecuniis, (& miror eam fuiſſe prætermiſſam ab interpretibus,) & gloſſa videtur deſiderare conſignationem & depoſitionem pecuniæ, etenim conſtat, varios eſſe effectus oblationis nudæ, de quibus vulgo interpretes in *l.* 105. *D. de verb. oblig.* & in ſpecie propoſita, ſi ſola oblatio minorum uſurarum a majoribus liberat, ut ſi ſint promiſſæ minores, &, ſi ad diem non ſolverentur, majores, ſufficit ad diem minores offerre, ne majores currant *l.* 9. *C. de uſur.* eadem ratione dicam, oblationem pecuniæ trajectitiæ cum uſuris conventis, vel promiſſis, ſua die factam, ſiſtere pœnam, nec deſiderari conſignationem & depoſitionem, nec me movet dicta lex *acceptam* 19. quæ reſtringenda eſt ad ſuum caſum, & hæc omnia deſiderat ad inhibendum curſum uſurarum, nam quod addit, *quo ſubſecuto, etiam periculo debitor liberabitur*, ſic accipiendum videtur, multo magis liberabitur, quem ſatis conſtat inter veteres ſola oblatione periculo liberari, ipſo jure, ſive judicium ſit bonæ fidei, ſive ſtricti juris ex ſententia Sabini in *d. l.* 105. ut illa quoque clauſula, *quod in trajectitiis pecuniis ſervari oportet*, referenda ſit ad id, quod proxime dictum fuit, liberari pignora, ſi per creditorem ſteterit, ut in *l. aliena* 20. §. *ult. D. de pigner. act.* & ita quoque non committi ſtipulationem pœnalem trajectitiæ pecuniæ nomine, ſi per creditorem ſteterit, qui pecuniam oblatam accipere noluit, ut ſit argumentum a minori ad majus; committi igitur omnino, ſi per debitorem ſteterit, quamvis non ſit interpellatus, quod in omnibus obligationibus, quibus dies adjectus eſt, generaliter ſe conſtituiſſe Juſtinianus profitetur in *l.* 2. *Cod. de jur. emphyt.* reſpiciens ad *d. l. magnam* 12. *C. de contr. & comm. ſtip.* quæ cum ſit tantum concepta de ſtipulatione pœnali addita obligationi in diem, inde conjecturam facio, veterem controverſiam fuiſſe de hoc caſu tantum, quando pœnalis ſtipulatio ſubjicitur, quæ, ut committatur, videbatur neceſſaria eſſe interpellatio, & hæc ſufficiant de prima parte. Quod tractat in ſecunda parte, breviter ſic eſt definiendum: ſive obligatio ſit pura, ſive in diem, ſi promiſſor id offerat, quod debet, vel faciat id, quod facere debet; nocet ſtipulatori ultima mora *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur* 3. *D. de verb. oblig. l.* 17. *D. de conſt. pecunia. l. qui decem* 72. *pr. D. de ſolut. l. hujusmodi* 84. §. *ſi cui homo* 3. *D. de legat.* 1. at ſi pœna de-

be-

beatur ex ſtipulatione, ſtipulatio non committitur, ſi pura ſit obligatio & ante litem conteſtatam offerat. *l. qui Romæ* 122. §. *Flavius* 2. *D. de verb. oblig.* aliud eſſe dicendum in obligatione in diem, docet hoc loco Africanus & confirmat *l. Celſus* 23. *D. de recep. arbit. juncta l. ſi fundus* 4. §. *ult. D. de leg. commiſſ.* neque obſtat lex 35. §. *Seja* 2. *D. de verb. oblig.* nec enim ex ea obligatione pœna debetur, ut ſatis conſtat ex ſpecie, & latius D. Cujacius expoſuit ad *l.* 84. *eod. tit.* Obſtat magis vexata lex *& ſi poſt tres* 8. *D. ſi quis caution. &c.* ad cujus ſolutionem aliquando D. Cujacius probavit ſententiam Bartoli, diſtinguentis inter Prætorias ſtipulationes & conventionales, quam tamen in *d. l.* 84. ex profeſſo refutavit, magis probans ſolutionem Bulgari, qui dictam legem *& ſi poſt tres* 8. non accipiebat de ſtipulatione pœnali, ſed de obligatione, quanti ea res eſt, quod Accurſius falſum eſſe obſervat, & acutiſſime vindicat Antonius Faber *lib. 6. Conject. cap. 7.* & ſane ſuperiores ſpecies convincere videntur, eam eſſe omnino accipiendam de ſtipulatione pœnali, & ſi eas a lege 2. usque ad dictam legem diligentius repetamus, facillimum erit colligere, in multis caſibus ex hac edicti parte commiſſa ſtipulatione pœnali, tamen ex æquo & bono exceptionem doli mali accommodari, ut loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ſi quis tamen* 8. *in fin.* ut ſecundum ea, quæ in ſuperioribus legibus definita ſunt, concludere videatur Cajus in *d. l. & ſi poſt tres* 8. *D. ſi quis caut. jud. ſiſt.* conſequens eſſe, & in hac ſpecie exceptionem doli mali reo accommodari, ſi actoris jus deterius factum non ſit: committitur igitur ipſo jure ſtipulatio pœnalis, ſed æquitas, cujus potiſſimum in hac edicti parte Prætor rationem habet, defert exceptionem reo, qua ſe defendat adverſus actorem, qui nullum damnum ex mora paſſus eſt. Quod attinet ad *l. ſancimus* 26. *Cod. de fidejuſſ.* nemo non videt, eam eſſe de alia ſpecie, & novum eſſe beneficium a Juſtiniano datum fidejuſſori, qui alium ſiſtere promiſit.

Ad Tit. 1. *Lib.* 4. *Cod.* de reb. cred. & Jurejur.

Poſt judicia & actiones in rem, de quibus in ſuperiore libro, incipit tractatus de contractibus & actionibus in perſonam, quod ſtatim indicat titulus *de reb. cred.* ſub quo Prætor multa ad contractus varios pertinentia jura inſeruit *lib.* 12. *tit.* 1. *D. de red. cred.* fuit in edicto hic titulus generalis ad ſequentes edicti partes, in quibus Prætor de variis contractibus dixit; edicta enim diſtincta fuiſſe titulis certis notiſſimum eſt: alludit Tertull. in *lib. de pudicitia c. 5. in prima itaque fronte ſanctiſſimæ legis, in primis titulis edicti cœleſtis.* ſed cum hic titulus conceptus ſit de rebus creditis & jurejurando, ut & titulus 1. *lib. 2. ſent. Paulli*, quare in eo tractatur tantum de jurejurando? quare tractatus rerum creditarum incipit ad titulum *de jurejurando?* Reſpondet Fulgoſius, quia jusjurandum ſpecies eſt crediti, unde in *l. ſed & ſi ſervus* 25. & in *l. qui ju-*

juraſſe 26 *pr. D. de jurej.* dicitur de conventione proficiſci, ut quaſi contractus ſit. *l. depoſiti* 5. §. *ſi filiusfam.* 2. *D. de pecul.* nec novum, ut poſito titulo generali ponatur una ſpecies tantum, ut in Inſtitutionem titulo *de hereditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur*, & titulo *de obligat., quæ ex delicto naſcunt.* hæc eſt igitur Fulgoſii mens, incipere tractatum rerum creditarum & actionum in perſonam ab actione Prætoria in factum, quam Prætor accommodare dicitur, ſi quis juraverit ſibi pecuniam deberi, §. *item ſi quis poſtulante* 11. *Inſtit. de actionib.* idem fere D. Cujacius; ſic enim hanc rubricam accipiendam eſſe voluit, ut prior pars ſit de actione, ſi certum petetur de rebus creditis; ſecunda de actione ſi cert. petet. de jurejur. At non tantum in hoc titulo tractatur de jurejurando, quod actionem inducere dicitur de certa edicti parte *l. in duobus* §. *ult. l. eum, qui* 30. *D. de jurejur.* ſed & de jurejurando, quod reus præſtare cogitur *l. jusjurandum* 34. §. *ait Prætor* 6. *D. eod. tit.* quod non exſequitur actor per actionem, ſed per judicem, ut loquitur lex *delata* 9. *C. hoc tit.* & rurſus tractatur in hoc tit. de jurejurando, quod judex ipſe inopia documentorum, ut loquitur Ammian. Marcellinus *lib.* 18. inopia probationum exigere dicitur *l. admonendi* 31. *D. de jurejur. l. in bonæ fidei* 3. *C. hoc. tit.* cum igitur titulus proponatur intellectus cauſſa, ut ait D. Hieronymus in *præfat. Pſalm.* & non contineat hæc expoſitio id omne, quod inſcriptio tituli promittit, ſed unam partem tantum, videamus diligentius de hac rubrica *de jurejurando*, & de ratione tota ordinis, quem ſequitur Juſtinianus tam in *D.* quam in *Cod.*

Sciendum eſt, duas fuiſſe ſummas & præcipuas edicti de jurejurando partes, ſeparatas & diverſis locis ſepoſitas a Salvio Juliano nobiliſſimo JCto, qui ſub Adriano Imperatore compilavit edictum perpetuum. Hoc liquido JCtus docet in *d. l. in duobus* 28. §. *ult.* & in *l. eum, qui* 30. *pr.* in verbis: *omiſſa hac parte edicti*, ex qua nempe jusjurandum inducit actionem, ut ait *d. l. in duobus* 28. §. *ult.* hoc quoque notavit D. Cujacius *lib.* 18. *ad edictum Paulli ad l.* 22. *D. de noxalib. actionib.* prima parte actionem promittit Prætor actori juranti, exceptionem reo, vel promittit, ſe denegaturum actionem *l.* 7. *D. de jurejur.* nec, quod pace viri præſtantiſſimi dictum ſit, rurſus ſecunda videtur hæc clauſula, nam explicatio edicti, quam ſubjicit Ulpianus in *l.* 9. oſtendit, ex eadem edicti parte rem omnem ita ſe habere. Prætor denegat actionem, ſi liquido appareat, juraſſe reum, ut & Paullus ait *lib.* 2. *ſentent. tit.* 1. §. *ſi reus* 3. vel ſi controverſia erit, id eſt, ſi ambigitur, an jusjurandum a reo præſtitum ſit, non denegat Prætor actionem, ſed actioni ſubjicitur exceptio in hunc fere modum ex veteri formula, *condemna eum, judex, niſi juratum ſit*, ſi vero, deferente reo, actor juravit, ex jurejurando acquirit actionem, in qua quæritur tantum, an juratum ſit. *d. l.* 9. §. 1. *l.* 5. §. *dato* 2. *D. eod. tit.* & quia de his omnibus conjunctim Ulpianus tractat *lib.* 22. *ad edictum*, in quo edicti verba propoſuit, hic denique Paullus *lib.* 18. ut conſtat ex multis legibus, collocatis ſub tit. *de jurejur.* non dubito, una & eadem clauſula Prætorem actionem denegaſſe & contra promiſiſſe actionem, vel exceptionem. Secunda clauſula ſive pars edicti, qua Prætor cogit jurare, vel ſolvere, proponitur *d. l. jusjur.* 34. §. *ait Prætor* 6. primam partem Julianus

junxit edicto *de interrog. in jure faciendis*, ut constat, ex libris ad edictum nobilissimorum JCtorum Ulpiani & Paulli, solebant enim JCti in his commentariis sequi ordinem edicti, ut testatur Hermogenianus *leg.* 2. *D. de stat. hom.* sic Paullus apud pariatorem legis Mosaïcæ cum lege Rom. *brevem interpretationem*, inquit, *de coercendis adulteriis facturus, per ipsa capita ire malui, ordinemque legis servare.* Edictum de interrogationibus in jure faciendis exposuit Paullus *lib.* 17. (*o*) ut constat ex *l.* 3. *ejusd. tituli*, ubi ratio hujus edicti proponitur ex verbis Paulli, & ex *l. si filius* 12. *D. eod. tit.* & deinceps libro sequenti 18. hanc primam edicti de jurejurando partem, ut constat ex multis legibus *tit. de jurejur.* Ulpianus autem *lib.* 22. tractavit de interrogationibus in jure faciendis, & de hac prima parte edicti de jurejurando, ut constat ex Indice Labitti. Ratio, qua motus fuit Salvius Julianus, ut hanc edicti partem jungeret edicto *de interrog. in jure faciend.* est in facili: edictum *de interrogat.* prætor proposuit propter difficultatem probationum *l. edictum* 2. *D. de interr. in jur. fac.* utraque actio, quæ datur, vel ex hoc, vel ex illo edicto, non proprie actio, sed adjectio, interrogatoria puta si certum petetur *l. de ætate* 11. §. *qui interrogatus* 9. *D. de interrog. in jure fac.* actio de jurejurando ex empto, pro socio, de dote *l. si duo* 13. §. *si quis* 3. *&* §. *Marcellus* 5. *D. de jurejur.* & notandum valde, quod ait lex 1. *d. tit. de interr. in jur. faciend.* in jure fieri interrogationes intentionis actoris formandæ & instituendæ caussa, cum in personam est actio, & ita si certum petetur, datur igitur in hoc tit. *lib.* 11. *D.* præparatio quædam actionis, *si certum petetur*, de qua in *tit.* 1. *lib.* 12. & non solum pertinet ille titulus *de interrog.* ad titulos præcedentes *de noxalib. act.* aliosque, sed etiam ad titulos sequentes *libri* 12. & vice versa titulus *de jurejurando*, in cujus prima parte proponitur illa prima pars edicti *de jurejurando*, non tantum pertinet ad actionem in personam, de quibus ex professo tractatur *lib.* 12. sed etiam ad actionem in rem, vel mixtas & ad noxales, de quibus in libris 6. præcedentibus, ut hac admirabili serie conjungat Tribonianus libros præcedentes sequentibus, & contra, ut in hoc *lib.* 4. quem proposito titulo *de jurejurando* inchoat, connectat librum 4. præcedenti. Secunda ratio desumitur ex altera parte edicti *de jurejur.* hanc partem junctam fuisse titulo *de reb. cred. & si certum petetur.* in edicto perpetuo docent commentarii Ulpiani & Paulli, constat enim ex eodem indice, Ulpianum & Paullum eodem tenore tractasse *de rebus creditis*, *de actione si cert. petet.* & *de jurejur.* Ulpianum libro 26. ad edictum, Paullum libro 28. Sed quare hæc secunda pars juncta fuit dicto titulo? observandum est, quod ex hac parte edicti inductum est, ut, si quis non juret, neque referat recte delatum jusjurandum, pro confesso habeatur & pro damnato, quia a Prætore cogitur solvere: id vero locum initio tantum habuisse in pecunia credita, quia regula illa juris ducta ex notissima *l.* XII. *tab. æris confessi &c.* tempore edicti *de jurejur.* & tempore, quo edictum fuit compilatum

(*o*) Paulo aliter J. Gothofredus in *Serie librorum edicti perpetui*; Paulli libros XVII. & XVIII. ad edictum adsignans titulis edicti *de judiciis*, *de inofficiosi querela*, *de hereditatis petitione*; librum vero XXIV. ejusdem Paulli ad edictum tribuit titulis *de interrog. in jur. fac. & de jurejur.*

tum ab Salvio Juliano locum tantum habuit in pecunia credita, fuit enim edictum compositum a Salvio Juliano sub Adriano Imp., quo tempore locum habuit tantum in pecunia credita, & lex illa, quæ tantum loquebatur de æris confesso, ampliata tandem fuit oratione D. Marci & tracta ad cæteras actiones, ut confessus in judicio, tanquam judicatus, cogatur solvere *l. post rem judicatam* 56. *D. de re judicat. l. certum* 6. §. *sed & si fundum* 2. *D. de confessis.* & post hanc igitur orationem D. Marci Ulpianus ad hanc partem edicti in *d. l.* 34. *D. hoc tit.* recte ait hoc jusjurandum ad pecunias & ad omnes res pertinere, ex quibus intelligimus, quam apte cohæreat hac parte titulus *de jurejur.* titulo *de reb. creditis & si certum petetur.* separatas igitur edicti de jurejurando partes conjunxit in hoc tractatu Tribonianus & occasione rapta (ut fit) tractavit de jurejurando judiciali, quod etiam in litibus a judice defertur, & ita suo Marte composuit titulum *D. de jurejur.* voluntario, necessario, & judiciali. His cognitis quæro, quid sit jusjurandum? & quamvis nostri non soleant tradere definitiones ex arte confectas, tamen commode definiri sic potest in hoc tractatu, ut sit affirmatio religiosa rei, sive litis finiendæ caussa interposita. Hoc jusjurandum, quod finiendæ litis caussa interponitur, trifariam dispertit Tribonianus; aliud enim facit voluntarium, aliud necessarium, aliud judiciale, voluntarium recte Interpretes Latini & ex Græcis Theodorus Balsamo ad *nomocan. Photii tit.* 13. esse dixerunt, quod extra judicium defertur ex conventione, neque judicis jussu, neque Prætoris, ut de conventionali stipulatione Justinian. ait in §. *conventionales* 3. *Instit. de divisione stipulat.* hoc autem jusjurandum prævalente vera fide minus frequentari cœpit, quia, ut D. Hieron. ait in cap. 5 Euangelii D. Matthæi, Euangelica veritas juramentum non recipit, & omnis sermo fidelis pro juramento esse debet; quo nomine laudatur apud Isocratem Euagoras, & quia, ut Pontifex ait in cap. *& si Christus* §. *Jacobus extra. de jurejur.* ad juramentum non debet quemquam inducere spontanea voluntas, sed necessitas trahere importuna, hoc est, uti debemus tantum necessario, quod defertur in judicio, quamvis enim ultro aliquando suscipiatur & hoc casu quodammodo videatur ex conventione proficisci arg. legis *sed & si servus* 25. *& l. qui juravit* 26. *pr. D. de jurejur.* tamen est necessarium, ut tandem D. Cujacius agnovit ad *l.* 7. *ejusd. tit. lib.* 18. *ad edictum Paulli.* repudiata sententia, quam acceperat ab auctoribus Basilicωv in *Parat. D.* & revocata prima veriori, quam amplexus fuerat *lib.* 5. *sent. Paulli, Tit. quando appellandum sit*; hac verissima ratione fretus, quia hoc jusjurandum descendit ex illa parte edicti, in qua Prætor sic loquitur, *solvere, aut jurare cogam*, in jure nempe, vel in judicio: ut verissime Plautus dixerit in *prol. Rudent. vs.* 14. homines nequam *in jure abjurare pecuniam.* nec ideo minus dicitur necessarium, si ultro susceptum sit, nam si quis ultro suscipiat judicium, quod invitus suscipere cogitur, si caussam forte agere frustratur, ut loquitur lex 4. *D. de appellat.* non ideo dicendum est, judicium non esse necessarium, hoc autem jusjurandum dicitur instar habere judicii in *d. l qui juravit* 26. §. *ult.* pro judicio cedere in *l. Tutor* 35. §. 1. *D. eod. tit.* in qua & eadem ratione ita Paullus argumentatur: qui non compellitur judicium Romæ accipere, nec compellitur jurare, addit rationem

Ulpianus in *l. ſed & ſi* 28. §. *ex quibus* 2. *D. de jud.* quia hoc jusjurandum in litis conteſtatæ locum cedit ac obtinet. 2°. quamvis deferatur a parte, hoc tamen fit, judice annuente & approbante in *l. generaliter* 12. §. 1. *C. hoc tit.* illo loco a *partibus delatum, & a judice approbatum.* & quod non reperio in hanc rem obſervatum, ut actio, interdictum, præjudicium, ſtipulatio Prætoria, quæ inſtar actionis obtinet, poſtulari dicitur in *l.* 35. §. *non ſolum* 2. *D. de procur.* ut cognitio Prætoria de in integrum reſtitutione poſtulari dicitur in *l. non ſolum* 39. §. *eſt & caſus* 6. *D. eod. tit.* ut poſtulari decretum in *l.* 6. *pr. D. ad Trebell.* ſic hoc jusjurandum poſtulari dicitur a Paullo *lib.* 5. *ſent.* 22. poſtulari, inquam, ab eo, qui jurisdictioni præeſt, apud quem poſtulatio fieri dicitur *l.* 1. §. 1. *D. de poſtulando.* Tertio quemadmodum in judiciis omnibus inſtituendis deſideratur jusjurandum calumniæ *l. inter* 44. §. *qui familiæ* 4. *D. famil. erciſc.* in *l.* 1. *Cod. de jurej. propter calumn. dando.* ſic ab eo, qui hoc jusjurandum infert tanquam judicium quoddam, jusjurandum calumniæ quoque deſideratur. *l. cum de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *D. de probat. l.* 34. §. *qui jusjurandum* 4. *l. ſi non fuerit* 37. *D. de jerejur. l. delata* 9. *hoc tit.* & apud Paullum *lib.* 2. *ſentent. tit.* 1. Quarto, ut ex judicio naſcitur tandem judicatum & ex judicato judicati actio, ſic ex hoc jurejurando quaſi judicatum, itemque actio ad ſimilitudinem judicati *l. actori* 8. *hoc tit.* Concludamus igitur, hoc jusjurandum eſſe neceſſarium, quamvis ſponte ſuſceptum quod ſi forte recuſatum ſit, niſi ſit juſta cauſſa, propter quam non teneatur is, cui delatum eſt jusjurandum ſuſcipere, decernit judex omnino eſſe præſtandum, ut loquitur *l. generaliter* 12. §. *ſin autem* 2. *hoc tit.* qua in re, ut eſt in *d. l. generaliter* 12. §. *ſive autem* 3. ſequitur petitionem partis, & in hoc differt a judiciali, quod ex mero judicis officio defertur. Non obſtant vulgatæ objectiones, quarum prima hæc eſt, licet recuſare, ergo non eſt neceſſarium: reſpondeo, eſſe pravam illationem, licet recuſare ex certis & juſtis cauſſis, quia quamvis Prætor dicat, *jurare cogam*, tamen non omnes cogit, & in illo notiſſimo edicto apud A. Gellium. *ſacerdotalem Veſtalem, Flaminem Dialem in omni mea jurisdictione jurare non cogam.* ſic Tutor non cogitur *l. videamus* 4. *in princip. D. de in lit. jur.* heres quoque non cogitur *l. Marcullus* 11. §. *jurare* 2. *D. rer. amot.* & apud Paullum *d. tit.* 1. *lib.* 2. Legati quoque provinciales non compelluntur, ut ſupra docui; ſunt & alii caſus, in quibus recte recuſatur, ut latius dicam ad *l. pen.* ſed non ideo ſequitur, hoc jusjurandum non eſſe neceſſarium & eadem argumentatione efficiam, munera publica, quæ inviti obire coguntur *l. ſi quis Magiſtratus* 9. *D. de muner. & honor.* judicandi neceſſitatem, quæ ſic nominatim dicitur in *l. ult.* §. *judicandi quoque* 14. *D. eod. tit.* nihil habere neceſſitatis, eſſe munera voluntaria, quia, ut notiſſimum eſt certis ex cauſſis licet excuſare: eadem quoque ratione convincam judicium non eſſe neceſſarium, quia quidam non compelluntur judicium ſuſcipere, qua tamen illatione dici nihil abſurdius poteſt. Secunda hæc fuit, in qua vim faciunt: licet referre, ergo non eſt neceſſarium: reſpondeo, Prætorem hanc dare electionem reo, ne ei injuriam facere videatur, ut nominatim ait Ulpianus in *d. l.* 34. §. 1. & recte cogi dicitur, quia, niſi referat, vel juret, ſolvere neceſſe habet, ut nominatim loqui-

quitur dicta lex *delata* 9. & ita Paullus dicto loco, remittere jurisjurandi *neceſſitatem*, eadem fere forma apud Corn. Tacitum *lib.* 15. *Annal. c.* 61. *in fin. ultima neceſſitas* denuntiata dicitur Senecæ, quamvis data fuerit electio mortis, & rurſus ſi referatur in judicio, jurare quoque cogitur is, cui jure refertur: *neceſſitate ei imponenda, cui jure refertur, relationis ſacramentum ſubire*, ait Juſtinianus in *d. l. generaliter* 12. §. 1. quod non obtinet in voluntario, quod non refertur *d. l.* 17. *D. de jurejur.* ut recte concludere poſſim ideo neceſſarium eſſe, quia refertur. Ratio diverſitatis elegantiſſima, quam non obſervant, hæc eſt, quia quod definitur in hoc jurejurando neceſſario, eum, qui neque jurat, neque refert in judicio, pro confeſſo haberi & pro judicato, extra judicium in voluntario jurejurando conſtitui non potuit, quia qui confitetur extra judicium, pro judicato non habetur. Cæterum ut remitti dicitur manumittendi neceſſitas in *l. Caji Caſſii* 35. *D. de fideicommiſſ. libertat.* & in *l.* 18. *Cod. de fideicomm.* remitti neceſſitas denuntiandi in *l. Herennius* 63. *pr. D. de evict.* remitti appellationis neceſſitas in *l.* 1. §. *item* 2. *D. quæ ſent. ſine appell. reſcindi poſſ.* ſic dicitur remitti jurisjurandi neceſſitas a Paullo in *lib.* 2. *ſent. tit.* 1. §. *ſi reus* 3.

Ad Legem primam & ultimam C. de reb. cred. & jurejur.

LEX I. IMP. ANTONINUS A. HERCULIANO.

Cauſſa jurejurando ex conſenſu utriusque partis vel adverſario inferente delato & præſtito, vel remiſſo deciſa, nec perjurii prætextu, retractari poteſt, niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur.

LEX ULT. IMP. JUSTINIANUS A. JOANNI P. F. P.

Cum quis legatum vel fideicommiſſum utpote ſibi relictum exigeret, & teſtamento forte non apparente pro eo ſacramentum ei ab herede delatum eſſet, & is religionem ſuam præſtaſſet, affirmans, ſibi legatum, vel fideicommiſſum derelictum eſſe, & ex hujusmodi teſtamento id, quod petebat, conſecutus eſſet, poſtea autem manifeſtum eſſet factum, nihil ei penitus fuiſſe derelictum: apud antiquos quærebatur, utrum jurejurando ſtandum eſſet, an reſtituere deberet, quod accepiſſet, vel ſi revera derelictum ei fuiſſet legatum, vel fideicommiſſum, an daremus licentiam heredi Falcidiam, ſi competat, ex hoc legato retinere. Nobis itaque melius viſum eſt, repeti ab eo legatum, vel fideicommiſſum, nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere. Sed ſi verum fuerit inventum quartæ detentionem introduci, ſi tamen locum habeat: ne cui ex delicto impium ſibi lucrum afferre, legibus noſtris concedatur.

Sententia legis primæ hæc eſt, cauſſam deciſam jurejurando voluntario, vel neceſſario non poſſe retractari. Ratio vero hæc eſt, quia transactum videtur *l. admonendi* 31. *in* 2. *parte D. de jurej.* & hoc quidem ſine ulla dubitatione admiſſum fuit in jurejurando voluntario, quod extra judicium ex conventione defertur, quia hoc jusjurandum recte dicitur ſpecies transactionis, ut loquitur lex 1. *D. de jurejur.* ſed in neceſſario, quod defertur in judicio a parte parti, quidam admittere non poſſunt, quia hoc jusjurandum non tam præſtari videtur conventione partium, quam auctoritate judicis, ut ſupra dixi, cui

cui objectioni breviter satisfacio. Jusjurandum, quod defertur in judicio, si susceptum sit, approbante judice, vires accepit ex probatione utriusque partis, nam exceptio pacti ex hoc jurejurando dari dicitur in *l. sed & si servus* 25. *D. de jurejur.* quæ nominatim loquitur de relato & de necessario, igitur, quod in judicio defertur, etiam ex conventione præstatur. Ratio elegantissima colligi potest ex *tit.* 32. *lib.* 5. *sent. Paulli*, ubi quoties in judicio jusjurandum defertur, eo tempore appellandum esse ait, quo defertur, id est, debet is, cui defertur, allegare justas causas recusandi, quæ si non admittantur, appellare debet, ut de tutore dato dicitur *l.* 1. §. *si quis tutor* 1. *D. quando appellandum sit.* & qui delato jurejurando statim non appellat, approbare videtur conditionem jurisjurandi, & necesse habet jurare, vel referre: nec enim licet appellare, cum juratur, ut Paullus ait; approbata igitur conditione jurisjurandi, suscepto jurejurando, nemo non videt jusjurandum proficisci ex pactione & approbatione, & conventione utriusque partis: & quemadmodum in *l. de ætate* 11. §. *qui interrogatus* 9. *D. de interrog. in jur. faciend.* si quis in jure a Prætore ipso fuerit interrogatus, nihil facere dicitur Prætoris auctoritas, sed ipsius responsum, sive mendacium, sic in hac parte nihil facit auctoritas Prætoris, vel judicis præsentia, sed approbatio partis, quæ jurisjurandi conditionem suscipit, vel refert. Denique cum Cajus in *l.* 1. *D. de jurejur.* hoc jusjurandum, quod litium expediendarum caussa interponitur, esse dicat vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis; cumque ex auctoritate judicis deferri tantum dicatur a Justin. in *l. generaliter* 12. §. 1. *hoc tit.* jusjurandum, quod judex ipse ex officio defert; sequitur Cajum voluisse, jusjurandum, quod pars parti defert in judicio, vel extra judicium, esse ex pactione litigatorum, ne sit manca divisio Caji, quæ sub una specie continet duas, quod ibi glossa non intellexit. Est tamen differentia valde notanda inter jusjurandum voluntarium & necessarium; in voluntario delationem præcedit consensus utriusque partis: voluntarium jusjurandum est, quod ex conventione præcedenti defertur. *l. jusjurandum* 17. *pr. D. de jurejur.* in necessario delationem sequitur consensus, vel facto ipso & re ipsa præstatur; hoc tamen inspecto initio delationis, quæ fit in judicio, vocamus necessarium, quia cogi potuit: susceptum igitur recte dicimus esse ex pactione, & ita idem Cajus in *d. l. admonendi* 31. *quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium*, id est, in judicio, vel extra judicium; nec male Græci in Basil. *lib.* XXII. *tit.* 5. *in d. l.* 1. interpretantur jusjurandum, vel ab adversario, vel a judice delatum ὅρκῳ ἐπιφερόμενῳ ἢ παρὰ τοῦ ἀντιδίκου, ἢ παρὰ τοῦ δικάζοντος· & in dicta lege *admonendi* 31. εἰ ὁ ἀντίδικος ἐπαρνήσηται τὸν ὅρκον. *si vero adversarius detulerit jusjurandum*, id est, in judicio, vel extra judicium; hoc ex conventione, quæ nihil habet necessitatis, illud ex conventione, quæ subsequitur necessitatem delationis. Concludamus igitur, jurejurando voluntario, vel necessario decisum negotium non retractari. *l. post rem judicatam* 56 *D. de re judic. l. adversus* 15. *D. de except. l.* 1. *D. quarum rerum actio non datur.* aliud dicendum in judiciali, qua de re vide Cujac. *lib.* 18. *Observ. cap.* 35. addit hæc lex exceptionem unam, quam esse a manu Triboniani propter legem ultimam hujus tituli, viri docti observant, species est de jurejurando necessario,

rio, id est, delato in judicio, ut erudite Aecursius posuit, ab herede, a quo legatarius legatum petebat, testamento non apparente, quæsitum fuit, utrum juramento præstito, solutoque legato, si postea prolato testamento manifestum sit, nihil deberi legatario, heredi succurrendum sit, vel si forsitan debito legato locus sit Falcidiæ, an possit repetere legatum condictione indebiti, quæ dicitur incerti & possessionem revocat, ut per retentionem possit heres servare Falcidiam secundum vetus jus, de quo D. Cujac. *lib.* 8. *Observ. cap.* 2. quæsitum igitur fuit apud antiquos, ut Justinianus ait, utrum hoc casu repetitio legati soluti heredi competat? idem fuisse quæsitum reperio a veteribus in edicto *de interrogat. in jur. fac.* quod sæpe monui edicto de jurejurando fuisse conjunctum; quæsitum, inquam, utrum heredi succurrendum sit, prolatis postea tabulis, quæ occultæ & remotæ erant, in *l. de ætate* 11. §. *ex caussa* 8. *D. de interrog. in jur. fac.* quod obtinuisse ex sententia Celsi, Ulpianus ait: eodem tenore idem videtur quæsitum in hac nostra specie, & quia negotium decisum est jurejurando, non audebant veteres JCti dare heredi repetitionem, obstante certissima definitione juris, ex qua dicimus caussam decisam jurejurando non posse retractari, quia iniquum est de perjurio queri. §. *æque* 4. *Institut. de except. l. adversus* 15. *D. eod. tit.* sed Justinianus insuper habita hac ratione dat legati repetitionem, nec æquum esse putat, hoc casu ex perjurio impium lucrum habere legatarium contra manifestam voluntatem testatoris, vel si appareat, locum esse Falcidiæ, nec heredem amittere Falcidiam, quam jure testamenti accipit. *l. qui duos* 42. *D. de vulg. & pupill. substitut.* unde dicitur commodum testamenti *l. omnes* 71. *D. ad Trebell.* quo commodo fraudandus non est heres hoc casu singulari, nam ut ei datur solutorum legatorum repetitio, si ex codicillis forte diu celatis & postea prolatis appareat, adempta fuisse legata, vel per hoc diminuta, quod aliis quoque relicta sint *l.* 2. *D. de condict. ind.* quod jus originem habet ex rescripto quodam Adriani, de quo in *d. l.* 2. sic in hoc casu, postea prolato testamento, æquius videtur Justiniano dandam esse legati repetitionem, est ergo novum jus introductum hac constitutione, in qua recte posuit Accursius, jusjurandum fuisse delatum in judicio; cum heredi omnes probationes deficerent, ubi nempe, ut Donatus nominatim in *Hecyra Terentii*, argumenta & testimonia deficiunt, ibi jurejurando opus est, quo casu, jurejurando judiciali inopia probationum a judice delato, obtinuit ex constitutionibus, ex novis instrumentis caussam retractari *d. l admonendi* 31. quia judex coactus detulit; sic & hoc casu succurrendum sit heredi, qui jusjurandum detulit, destitutus ab omni probatione, nec tamen ratione eadem hanc constitutionem trahere possumus ad similes casus, in quibus actor, vel reus jusjurandum, deficientibus probationibus, deferunt, quia novæ constitutiones sunt restringendæ. *l.* 23. §. *etiam* 3. *D. de fideicomm. libert l. præcipimus* 32. §. *ult. Cod. de appellat.* Quæ est igitur ratio propria hujus novi juris? Hæc forte: in cæteris casibus probationes aliunde suppetunt, vel si non suppetant, hoc imputandum est litigatoribus ipsis, vel ipsis, in quorum locum succedunt, qui cautius res suas tractare debebant; in hoc vero casu probatio omnis pendet ex testamento, quod non apparet, & imputari nihil potest, nec heredi, qui testamentum non habet,

bet, nec defuncto, qui teſtamentum fecit, ut ſit denique ſingularis caſus, & quo non poteſt perjurio litem apiſci legatarius, ut Plautus loquitur in *prologo Rudentis vſ.* 17. quod autem gloſſa & doctores vulgo tentant ex *l. de iis 6. D. de transact.* deſumpta ex *l. 1. §. ratio 1. D teſtamenta quemadm. aper.* valde ſuſpectum eſt, quia, ut Cujac. docuit *in Comm. ad tit. D. de transact. ad l. 1. in fin.* dicta lex 6. male in titulum *de transact.* conjecta & ad transactiones, quæ conventione fiunt, relata eſt, nam in *d. l. §. 1.* verbum *transigi* ſignificat *judicari*; ſed quamvis hoc Triboniano dandum, cui condendi juris data fuit ſumma poteſtas a Juſtiniano, qua fretus non ſolum verba, ſed etiam JCtorum ſententias pro arbitrio mutare ſolet, tamen non exiſtimo, eſſe tutum argumentari a transactionibus ad jusjurandum, quamvis jusjurandum dicatur ſpecies transactionis: quemadmodum, quamvis jurisjurandi conditio dicatur ſpecies novationis in *l. qui juraſſe 26. §. ult D de jurejur.* tamen cattigandus eris, ſi hoc argumento efficere velis, jurejurando, tanquam novatione, veterem actionem eſſe ſublatam contra manifeſtiſſima verba *l. eum qui 30. pr. D. eod. tit.* & ita ſi argumento ducto a transactione obſervare aut aſſeverare velis, litem deciſam ex falſo jurejurando retractari poſſe, quia ex falſis inſtrumentis confecta transactio retractatur *l ſi ex falſis 42. C. de transact* merito ab omnibus explodendus eris, rem judicatam ex falſis inſtrumentis ex integro agi poſſe conſtabat *l. ſi Prætor 75. D. de judic. l Divus 33. D. de re judicata l. 11. D de except.* & *toto tit. Cod. ſi ex falſis inſtrum. judicat. ſit.* ſed hanc definitionem veteres JCti non trahebant ad res judicatas ex falſo jurejurando ante conſtitutiones Principum, de quibus in *d. l. admonendi 31. D. de jurejur.*

Ad Leg. 2. C. de reb. cred. & jurejur.

IMP. ALEXANDER A. FELICI.

Jurisjurandi contemta religio ſatis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis, vel majeſtatis crimen ſecundum conſtituta Divorum parentum meorum, etſi per principis venerationem quodam calore fuerit pejeratum, inferri non placet.

Non ſunt fraudandi debita laude veteres Latini Interpretes Azo & Odofredus, quibus non fuit incognita hujus legis ſententia vera; recte enim obſervant, primam partem eſſe accipiendam de jurejurando, per Deum præſtito, ſecundam vero de jurejurando per Principem, quod & Conſtantinus Harmenopulus *lib. 1. Epitom.* agnovit, nec tamen huic Græculo debetur hic ſummus honos, aliquando ei delatus a Cujacio *lib. 2. Obſerv. cap. 19.* ſed nondum vir magnus inciderat in apparatum Azonis, neque in commentarios Odofredi. Qui poſt Azonem & Odofredum in contraria ſententia fuerunt affir-

mantes, hanc legem esse accipiendam tantum de jurejurando per Principem dato, non observabant, particulam illam *autem* esse discretivam, sive disjunctivam; erudite Odofredus hoc loco, *autem*, id est, *sed* Cum igitur dicat hoc loco emendatissimus Princeps Alexander *periculum autem*, jusjurandum per Principem datum opponit jurijurando, per Deum dato, hujus contemptam religionem Deum ipsum vindicare; &, ut Tiberius dicit, apud *Tacit lib.* 1. *Annal. c.* 73. Deorum injurias Diis esse curæ; illius vero Principem esse vindicem, non puniri tamen eum, qui per Principem pejeraverit, tanquam reum læsæ Majestatis, quod confirmatur ex *l* 2. *Cod ad leg Jul. Majest.* quæ est ejusdem Imperatoris. Ceterum cave, ne accipias cum Accursio calorem, hoc loco, pro calore iracundiæ, ut in *l quidquid* 48. *D. de reg. jur.* calor in hac lege est impetus litigatorum, vel contrahentium, ut & licitantium calor in *l locatio* 9 *pr. D de publicanis.* quod nempe paulatim efferveſcentes redemptores publicorum solent animose, liceri, ut loquitur lex *si pignori* 29. *D famil. erciſc* & jusjurandum ipsum argumentum est enixæ voluntatis *l. cum pater* 77. §. *filius* 23. *D. de legat.* 2. Elegantur cultissimus Poëta Catullus:

Qui, dum aliquid cupiens animus prægestit apisci,
Nil metuunt jurare, nihil promittere parcunt.

Si quis igitur in judicio, vel extra judicium a parte delatum jusjurandum susceperit, vel delatum a judice & per Principem præstiterit, quamvis pejeratum sit, non est puniendus tanquam secundæ Majestatis reus, sed, ut est in *l. si duo* 13. §. *ult D. de jurejur.* castigandus est fustibus ex rescripto Severi & Antonini, varie enim & extra ordinem existimo olim hoc perjurium fuisse a Principibus vindicatum, si quidem, ut Tertull. ait in *Apologetico c.* 28, majore formidine & callidiore humilitate Cæsarem observabant, quam ipsum de Olympo Jovem, citius denique per omnes Deos, quam per unum Cæsaris genium pejerabant. Idem Paganis objicit Minucius Felix in *Octavio c.* 29 & valde notanda est in hanc rem oratio Jovii Senatoris apud Sosimum in *fine lib* 5. de jurejurando quodam dato per caput Principis, *si Deo præstitum fuisset hoc jusjurandum, fortasse negligi posse, permittendo divinæ benignitati impietatis condemnationem: sed quando per caput Imperatoris juraverit, non eis fas esse peccare contra tam grave jusjurandum.* Hæc fuit religio vetus Paganorum, quamvis tentari possit, paganis Pontificibus fuisse curæ violatam perjurio divinam religionem ex Rudente Plauti *act.* 5 *scen* 3. *vs.* 21. ubi Labrax leno sic respondet Gripo agenti ex jurejurando, *libet jurare? tun' meo Pontifex perjurio es?* erat enim Pontifex Maximus, ut Festus docet in voce *maximus pontifex*, rerum, quæ ad sacra & religionem pertinebant, judex, vindexque contumaciæ privatorum & Magistratuum, quo sensu heredes, qui monumentum non faciunt ex jussu defuncti, auctoritate pontificali compelluntur in *l hereditas* 50. §. 1. *D de petit heredit.* & in *l. ossa* 8 *pr. D. de relig. & sumpt fun.* non licet transferre ossa sine decreto Pontificis, ex quibus omnibus observandum est, de jurejurando & de religione jurisjurandi, veteres adire solitos Pontificem, vel Principem, qui, ut notissimum est, fuit Pontifex Maxi-

Maximus, nam & ipſe Princeps jurisjurandi gratiam faciebat, ut docet lex *Imperatores* 38. *pr. D. ad Municip.* & eodem jure conſultus fuit Imperator Alexander de jurejurando, cujus reſcriptum in hac lege habemus, ex quo cum Severi reſcripto & Antonini, de quo in *d. l. ſi duo* 13. §. *ult.* defendimus, perjurii pœnam eſſe vel divinam, vel humanam extraordinariam, & hoc eſt, quod ait lex *nam ſufficit* 22. *D. de dolo mal.* ſic etiam capio, quod Juſtinianus ait *l. 2. Cod. de indict. viduit. toll.* perjuria puniri, hac nempe, vel illa ratione; niſi quis referre velit ad novas conſtitutiones Principum Chriſtianorum, id eſt, ad *l. ſi quis major* 41. *Cod. de tranſact.* & ad *l. pen. Cod. de dignit.* quæ ſuis caſibus perjuria vindicant. Cæterum ſi dolo accedat perjurium *l. ſi legatarius* 23. *D. de dolo mal.* ſi extraordinario crimini ſtellionatus accedat *l. ult. D. de crim. ſtellionat.* idem puto dicendum, & definiendum, nullam fuiſſe certam, legitimam & ordinariam perjurii pœnam, quia, ut dixi, de perjurio quæritur extra ordinem: cui tamen quæſtioni nullum præjudicium ſit in cauſſa civili, in qua tantum quæritur, an juratum ſit, ſic accipienda videtur lex *in duobus* 28. §. *ult. D. hoc tit.* Prætor enim id agere debet, ne de perjurio cujusquam quæratur. *l. adverſus* 15. *D. de except.* Nihil agunt, qui non agnoſcunt ſuperiorem diſtinctionem, hac ratione freti, quia non omne jusjurandum fuit conceptum per Deum ipſum, vel per Principem, ut obſervare licet ex *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *&* 5. *D. hoc tit.* ubi per caput proprium juratur, vel per caput filiorum, vel per ſalutem, potuit & quis ſibi, fingere jusjurandum ex propria ſuperſtitione *d. l.* 5. nam reſpondeo, quacumque formula ſit conceptum jusjurandum, ſive per caput, ſive per ſalutem reſpectu divini numinis ita præſtari *l. qui per ſalutem* 33. *D. cod* ſic Plinius *Epiſt. ult. lib.* 2. eleganter ait, Regulum illum nequiſſimum, qui per ſalutem filii pejerabat, *iram Deorum, quos quotidie fallit, in caput infelicis pueri deteſtari:* hæc quoque ratio fuit, qua freti veteres Chriſtiani jurabant per ſalutem Principis, non per genium, ut per Deum jurarent, in cujus manu Principis ſalus, nam per genium Principis jusjurandum datum, ut in *d. l. ſi duo* 13. §. *ult.* pertinet ad privatam Principis religionem, ut loquitur Symmach. *Epiſt.* 47. *lib.* 10. *Teſtor*, inquit, *cuſtodem numinis veſtri Deum.* Ammianus Marcellinus *lib.* 21. *c.* 14. ait, Conſtantio Imperatori apparuiſſe Genium, tutelæ ſalutis appoſitum.

Ad Leg. 3. *C.* de reb. cred. & jurejur.

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. aa. et cc. SEVERÆ.

In bonæ fidei contractibus, nec non in ceteris cauſſis, inopia probationum, per judicem jurejurando, cauſſa cognita, res decidi oportet.

Quod in hac lege judici permittitur, ut, cauſſa cognita, jusjurandum deferat, ſi non habeat idoneas probationes, olim non videtur obtinuiſſe, ut colligere licet ex Gellio *cap* 2 *lib.* 14 ſed tandem in uſum venit *l.* 1. *D. hoc tit* &, quod idem ait, quæſitum fuiſſe a veteribus, an liceat judici, quæ dicto, quæſitove opus ſunt, quærere & dicere, etiam ſi, cujus ea dici, quærive intereſt, neque dicat, neque poſtulet, patrocinari enim quidam hoc eſſe dicebant, non judicare; obtinuit tandem, ut conſtat ex *tit. Cod. ut quæ deſunt advoc. part jud. ſuppl* quia vera legitimi judicis definitio hæc eſt, ut dicatur æquitatis patronus atque defenſor, & quod idem A. Gellius quærit, utrum liceat judici, arbitri partes recipere, definitum reperio in *l* 9. §. *ſi quis judex* 2. *D de recep arb.* ſed ad rem. Antiqua quidem res eſt delatio jurisjurandi, quæ fit a parte parti. Solebant enim litigatores, ut Quintilianus docet *Inſtit Orat. cap.* VI *lib* 5 jusjurandum aut offerre ſuum, aut non recipere oblatum, aut ab adverſario exigere, aut recuſare, & in jurejurando, Prætor cœpit partes ſuas interponere, & promittere actionem, vel exceptionem, imo & nominatim ſic edicere; *jurare, aut ſolvere cogam.* ſed id non fuit ſemper permiſſum judici, ut ex officio deferret, quia ex vetere regula juris, actore non probante, debet reum abſolvere *l.* 4. *Cod. de edendo l.* 7 *Cod. de except* vel pronuntiare, non liquere: licebat igitur parti, cui licet tranſigere, jusjurandum, eſt ſpecies transactionis: at non licebat judici, qui ex formula, cui addictus eſt, debet condemnare vel abſolvere *l. cum Papinianus* 14. *Cod. de ſent & interlocut.* ſed & hoc tandem uſu & tritura fori receptum eſt, ut hoc liceat judici in dubiis cauſſis *l. admonendi* 31. *D hoc tit.* in qua hæc verba ſunt obſervanda, *ſolent ſæpe judices*, licet quidem parti, & omnibus probationibus deficientibus, ut ex *l. Tutor* 35 *pr. D. hoc tit.* rectiſſime colligit Cujacius *Obſ. l.* XXII. *c.* 28. ſed hoc licet tantum judici ex inopia probationum, id eſt, cum ſunt quædam leves probationes, quæ non ſufficiunt, non licet in egeſtate, ſed in paupertate probationum; inopiæ deſunt quædam, ut eleganter P. Syrus ait: *inopiæ deſunt pauca, avaritiæ omnia.* & ita recte Seneca *epiſt* 17. ſeparat paupertatem ab egeſtate, *non eſt*; inquit, *quod paupertas nos revocet a philoſophia. ne egeſtas quidem.* Martialis *lib.* XI. *epigr.* 32 *non eſt paupertas habere nihil.* Inopia igitur probationum eſt, cum, quis inficiatione ſe defendit, non poteſt liquido confutari, ut eleganter Ammia-

mianus Marcellinus ait initio *lib.* 18. ubi & Delphidium oratorem inopia documentorum percitum exclamasse ait: *Ecquis, florentissime Cæsar, nocens esse poterit usquam, si negare suffecerit?* Porro id videtur obtinuisse in judiciis bonæ fidei, in quibus latior fuit judicis potestas § *in bonæ fidei* 30. *Instit de actionib.* vel in arbitrariis, quæ pendent ex arbitrio judicis, & in quibus solutius æquitatem potest sequi judex *l.* 14. § *idem Labeo* 13. *D de relig & sumpt fun.* sed & receptum tandem fuit in judiciis stricti juris; & hoc est, quod ait, *nec non & in cæteris caussis*, scilicet pecuniariis & pœnalibus, ut recte glossa hic notat, nam in criminalibus hæc defi itio locum non habet. Debet denique judex ad hoc jusjurandum, procedere, caussa cognita, id est, non debet temere judex hoc jusjurandum deferre, sed ex personis caussisque æstimare, an jusjurandum deferre debeat, & cui potius, actori, vel reo, hæc omnia pendent ex religione judicis, nam, ut respondeam breviter quæstioni a glossa & auctoribus, hoc loco propositæ non debet judex temere ob unum testem jusjurandum deferre, ut nec haberi potest quæstio de servis alienis in caussa pecuniaria propter unum testem, ut erudite probat antiquus doctor, cujus sententiam referunt Azo & Odofredus ex *l maritus* 20 *D de quæstionib.* quam male doctores accipiunt de servis propriis contra manifestissima verba legis, ut & male in hanc rem uti solent *l. Theopompus* 14. *D. de dot præleg.* in qua non unus testis dicitur sufficere, sed ex apertissima voluntate testatoris dos prælegata censetur, ut primus Alciatus docuit & probat Cujacius *lib* 4. *Feud cap.* 36. Hæc igitur sit hujus legis summa, judicem, id est, virum bonum *l continuus* 137. §. *cum ita stipulatus* 2. *D de verb oblig* ex personis, caussisque æstimare posse, an propter inopiam probationum jusjurandum deferre debeat, recte enim quidam libri habent δύναται, quamvis rectum sit, *oportet*, nam hoc verbum non importat necessitatem, & quicquid judicis potestati permittitur, id non subjicitur juris necessitati *l.* 40. *pr. D. de judic. l. sæpe* 8. *l. generaliter* 9. *D. de Offic. Præsid.*

Ad Leg. 4. *C.* de reb. cred. & jurejur.

DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. MAXIMÆ.

Si ad excludendam tutelæ actionem pupillus jusjurandum tutori detulerit, postea eandem litem exercere non prohibetur.

Jusjurandum a pupillo datum Prætor tuetur, qui enim jurasse dicitur, nihil refert, cujus ætatis, sexusve sit, ait Paullus in *l. qui juravit* 26 *pr. D. de jurejur.* ubi confert pupillum cum muliere, quæ fuit in perpetua tutela, cujus veteris juris vestigium extare in dicta lege, diligenter notandum censeo, nec enim verum est, quod viri doctissimi admittunt, legem Claudiam sustulisse tutelam fœminarum puberum, ut colligere licet ex *princ. tit de Tutel. lib. singulari regul. Ulpiani*, ubi ait nominatim, tutores fœminis etiam pu-

beribus dari propter ſexus imbecillitatem, & rerum forenſium ignorantiam, & ex differentia, quam idem Ulpianus *d. loco* notat eſſe inter tutorem pupilli, vel pupillæ & tutorem mulieris, ex qua intelligimus, quod M. Tullius ait in *Orat. pro Murena c.* 12., JCtos inveniſſe genera tutorum, quæ poteſtate mulierum continerentur, quia multum diſtabat hæc tutela ab illa veteri, de qua M. Cato in ſuaſione legis Oppiæ apud Livium *lib.* 34. *c* 2. quibus adde, quod idem Ulpianus ait, ex lege Atilia dari tutores mulieribus tutores non habentibus, quos tutores, inquit, Atilianos appellamus, & quod ſcribit in *d. tit.* §. 20. ex lege Julia de maritandis ordinibus dari tutorem mulieri virgini ad dotem dandam, ſi legitimum tutorem non habeat, id eſt, ſi alium tutorem habeat, quam legitimum; & rectiſſime Cujacius conjicit, illum locum eſſe legendum dempta voce *pupilla* (*p*), quia totus ille locus eſt de fœmina pubere, & hoc caſu datur ſpecialis tutor & certæ cauſſæ, etiam tutorem habenti, contra regulas juris, ut idem vir præſtantiſſimus docuit, ex quibus omnibus obſervare licet, non fuiſſe ſublatam lege Claudia tutelam fœminarum puberum, nec hoc voluit Ulpian. cum ita ſcripſit in *d. tit* §. 8. *Fœminarum tutelas lex Claudia ſuſtinet.* vult enim, ut convincit lex 3. *Cod. de legit. tut.* legem Claudiam ſuſtinere, id eſt, ſuſpendere & differre ad tempus, puta pubertatis, legitimam tutelam agnatorum (*q*) nam ex lege Claudia agnati non co-

(*p*) Tu, lector, conſulas, quæſo, Schultingium *ad illum Ulpiani locum.*

(*q*) Ita rectiſſime hoc loco & ad *tit. Inſt. de legit. patron. tut.* Janus a Coſta accipit illud *ſuſtinet:* eamque verbi *ſuſtinere* ſignificationem plane confirmant loca ab A. Schultingio allata ex Elegia de morte Druſi *vſ.* 372. & ex Ovidii *epiſt. Heroid.* 1. *vſ.* 114. ut mirer, ipſum virum eruditiſſimum, & de jurisprudentia Ante-Juſtinianea præ ceteris optime meritum, adſentiri J. Gothofredo ad *l.* 2. *C. Th. de tutor. & curat. creand.* τὸ *ſuſtinet* explicanti per *continuat*, *prorogat*, *retinet:* perinde ac ſi lex Claudia juſſiſſet agnatum, ratione ejusdem mulierculæ, & ætatis & ſexus tutelam gerere: quod re ipſa eodem redit, ac ſi dicas legem Claudiam cessitias tutelas ſuſtuliſſe, abrogaſſe. Imo vero ea lex non abrogavit tutelam ceſſitiam, ſed effecit tamen, ut non amplius procederet. Nimirum lex Claudia *ſuſtinuit*, hoc eſt, in tempus pubertatis rejecit feminarum tutelas *legitimas*, atque adeo juri Decemvirali, quo agnatus perinde ad pupillæ, atque ad pupilli tutelam vocabatur, derogavit. Ratio legis Claudiæ in promtu eſt, ne videlicet agnatus ejusdem mulieris reſpectu duplici onere feriretur, ætatis primum, dein ſexus tutelæ: ejusmodi enim duplex onus iniquum viſum fuiſſe, colligi poteſt ex his, quæ tradit Juſtinianus in §. 18 *Inſt. de excuſ. tutor.* Ad hoc autem duplex onus evitandum, vel potius cum incommodo quam minimo ſuſtinendum, a JCtis, ut opinor, excogitatum fuit, mulierum tutelam ab agnato proximo cedi in jure poſſe. Enimvero poſtquam lex Claudia agnatum proximum ab altero onere ſublevavit, voluitque eum demum mulieris tutelam, ex quo pubes facta eſſet, capeſſere, ceſſabat ratio hujus ſolertis reperti, adeoque prætor non amplius permiſit, mulierum tutelas in jure cedi, id quod ſignificat Ulpianus his verbis, *ceſſitia tutela non procedit:* nam ſi ea ſic capias, quaſi lex Claudia nominatim vetuerit tutelas cedi, totum argumentum, ab Ulpiano ſubjectum, ad inutiles ambages redibit. Porro ſic quoque apparet ratio, cur ante legem Claudiam feminarum duntaxat, ut Ulpianus ait, non etiam maſculorum tutelam in jure cedi conceſſum fuerit: nempe quia in maſculis onus tutelæ ſimplex & temporale erat, quod pubertate exſpirabat, uti bene vidit J. Gothofredus ad *d. l.* 2.

C.

cogebantur pupillarum fœminarum tutelas ſuſcipere, ut nominatim ait dicta lex 3. ubi Conſtantinus Imperator dicitur abrogaſſe legem Claudiam, qua ſublata non poſſunt agnati recuſare tutelam fœminarum pupillarum, ergo ante Conſtantinum ex lege Claudia recuſabant, ut oſtendit lex 2. *Cod. Theod. de tut & curat creandis* & dandus. erat interim a Prætore fœminæ pupillæ tutor, qui & negotia gereret & auctoritatem præſtaret, ſed finita hac tutela fœminæ pubertate, recidere ſolebat in tutelam agnatorum, qui auctoritatem tantum præſtabant, & hoc eſt, quod Ulpianus ait, lex Claudia *ſuſtinet*, id eſt, ſuſpendit legitimas tutelas usque ad pubertatem, hoc enim ſenſu paſſim accipi hoc verbum in his libris pro *differre*, *inhibere ad tempus*, convincunt multi loci notati diligenter a viro Clariſſimo Barnaba Briſſonio in *lib. de verbor. ſignific.* non eſt igitur d. loco cum Cujacio pro *ſuſtinet* reponendum *ſuſtulit*. Laborat tamen ille locus ſolemni morbo interpunctionis, ſenſus enim omnino deſiderat, ut conjuncta ſcriptura legamus, *Fœminarum autem legitimas tutelas lex Claudia ſuſtinet excepta tutela patronorum* Lex enim Claudia non ſuſpendit legitimas tutelas patronorum usque ad tempus pubertatis, ut docet lex *ſi impuberi* 13. §. 1. *D. de tut. & curat datis*, in qua patronus eſt tutor legitimus pupillæ libertæ, & niſi ita legamus, peto ab auctoribus, ut exponant verba illa Ulpiani, *quantum ad agnatos pertinet, ceſſitia tutela non procedit*; loqui-

C. Th. Is autem, ſi recte expoſuiſſet, quid ſit apud Ulpianum τὸ *ſuſtinet*, non finxiſſet aliud legis Claudiæ caput, quo cautum putat. ne patruo conſanguineo deferatur tutela muliebris, ſeu ſexus tutela, quodque caput ſublatum putat a Conſtantino in *d. l.* 2. *C. Th.* Etenim lex Claudia, feminarum tutelas legitimas in tempus pubertatis earum rejiciens, hoc ipſo tam patruum, quam ceteros pupillæ agnatos, ab ætatis tutela immunes præſtitit. Quid vero (ut hoc proſequar) Conſtantinus Magnus? Is ſuſtulit legem Claudiam *l.* 3. *C de legit. tutor.* hinc ipſe ſcribit in *d. l.* 2. *C. Th* patruum non recte recuſare legitimam feminæ tutelam: hinc in *d. l.* 3. *Cod. Juſt.* Leo ceteros legitimos ad pupillarum tutelam vocari ſcribit, idque *ſalvo manente agnationis jure*, manifeſto indicio, legem Claudiam jus agnationis vulneraſſe. Fruſtra autem Gothofredus, ut illud ſuum caput alterum legis Claudiæ ſtabiliat, utramque eam conſtitutionem refert ad muliebrem perpetuam, hoc eſt, ad ſexus tutelam, expuncta eum in finem ex *d. l.* 3. voce *pupillarum*. Cui enim veroſimile fiet, ſexus tutelam, impe ante Leone, adhuc duraſſe, de eaque illum reſcripſiſſe? Equidem exiſtimo, ſexus tutelam ſub tempora Conſtantini M. plane exoleviſſe, & hanc ipſam Conſtantino cauſſam abrogandæ legis Claudiæ fuiſſe: nam ſi tutela ſexus poſt ſublatam a Conſtantino legem Claudiam ſuperfuerit, oportet vel duplici rurſus onere gravatos fuiſſe agnatos, vel ceſſitias tutelas in uſum reductas: quorum neutrum credibile eſt. Illud vero Gothofredo indignum, quod rationem novi ſui capitis legis Claudiæ repetat ex lege Voconia, quæ mulieres ab hereditatibus conſanguineorum, præterquam fratrum, legitimis excluſerit (quanquam ea lex proprie de teſtamentariis ſucceſſionibus egit, qua de re conferri meretur Clar. Schulting ad *Paulli ſent lib.* IV *tit* 8 *not.* 55 & quæ de lege Voconia fuſius ſcripſit Eruditiſſimus Jacobus Perizonius in *Diſſ. de lege Voconia, feminarumque hereditatibus*). Nam ſi lex Voconia; ſi regula vulgaris *penes quem ſpes ſucceſſionis, penes eundem onus tutelæ eſto*; quicquam ad rem pertinerent, debuiſſet Claudius iſthoc altero legis ſuæ capite, non illud cavere, quod vult Gothofredus, ne mulierum tutelam patrui aliique agnati ſubirent, ſed contra, ne patruorum tutelam mulieres, id quod vel cogi-

quitur enim de tutela legitima pupillæ fœminæ, quæ in jure tantum cedebatur, & quæso, ſi, ut illi volunt, ex lege Claudia nulla eſt legitima tutela fœminæ, quare Ulp ait, *quantum ad agnatos pertinet.* Nonne verba neceſſario oſtendunt, aliud procedere in quibusdam, quod in agnatis non procedit, dic igitur ex eo Ulpiani loco & ex titulo *Inſtitut de legitim. patron tut.* duplicem eſſe legitimam tutelam, vel agnatorum, vel patronorum. Lex autem Claudia ſuſpendit legitimam tutelam fœminarum excepta tutela patronorum, quantum igitur ad agnatos pertinet, hodie ceſſitia tutela non procedit, ſed quantum pertinet ad patronos, procedere poteſt. Cæterum ſequens clauſula ſine hac exceptione proferenda eſt, legitima tutela capitis diminutione amittitur, ut eam profert Ulpianus in *l.* 5. §. *ult D. de leg. tut.* & hæc eſt, perſpicua nobiliſſimi loci enarratio, ex quo non debemus admittere legem Claudiam ſuſtuliſſe perpetuam tutelam fœminarum, quæ quamvis locum haberet temporibus

gitatu abſurdum eſt. Teneamus igitur unicum duntaxat legis Claudiæ caput fuiſſe, & rem omnem ita accipiamus. Ante legem Claudiam agnati ratione mulierum duplex onus ſuſtinebant & ætatis & ſexus tutelæ: hinc in more fuit, alterutrâ cedere, quæ dicebatur ceſſitia tutela. Lex Claudia ſuſtinuit, hoc eſt, in tempus puberratis diſtulit legitimam feminarum tutelam. Itaque non amplius conceſſum fuit tutelam in jure alii cedere. Sub tempora Conſtantini M. tutela ſexus plane exolevit. Ideo is Imp. abrogata lege Claudia, agnatos rurſus ad tutelam impuberum feminarum, quæ unica ſupererat, vocavit. Sic, niſi fallor, cuncta non ſolum optime inter ſe cohærent, ſed etiam ſua ſe ſimplicitate mire commendant. Sed redeo ad Ulpianum. Ait ille: *feminarum — legitimas tutelas lex Claudia ſuſtinet, excepta tutela patronorum:* ſic enim tria hæc verba poſtrema cum præcedentibus connectenda eſſe, docuit dudum cum noſter Janus a Coſta ad §. 4. *Inſt. quib. mod. tut. fin.* tum A. Schultingius ad hunc Ulpiani locum *not.* 27. *in init.* Conſtituta autem regulæ præmiſſæ ſententia eo, quo dixi modo, ſubjecta exceptio huc redibit: Legitima patronorum tutela non ſuſtinebitur in tempus pubertatis libertæ, hoc eſt, patronus libertæ tam ante, quam poſt ejus pubertatem gerere tutelam cogitur. Et ſic appareret, legem hac parte non benignius, ſed durius cum patronis, quam cum agnatis agi voluiſſe, unde in *l.* 13 *pr.* & §. 1 *D. de tutor.* & *curat. dat.* tractatur caſus, quo patronus ad impuberis libertæ tutelam vocatus fuit. At enim quænam ratio eſt, cur lex Claudia ceteras feminarum impuberum tutelas legitimas, hoc eſt, agnatorum diſtulerit, patronorum non item? aut quare, edita lege Claudia, patroni nihilominus libertarum reſpectu duplex onus ſubire debuerunt & ætatis & ſexus tutelæ? Videtur ſanequam prima fronte patronorum eadem hac parte ratio eſſe debere, ac agnatorum; præſertim ſi cogites, inter patronum, libertumque jura agnationis interceſſiſſe, ut latius & erudite docet idem Schultingius ad *Paulli ſent. lib.* v. *tit* 15. *not.* 10. Ut paucis abſolvam, vera illius diſcriminis ratio hæc mihi eſſe videtur, quod agnatis tutela per mortes propinquorum nec opinantibus ut plurimum deferatur, certe ſine ullo facto ſuo: dominus vero, impuberem ancillam manumittens, ſua voluntate, factoque ſuo in eum ſe locum adducit, ut ipſi deferatur tutela impuberis: dominus igitur injuria quereretur de duplici tutelæ onere, quod ipſe ſibi conſcivit, ſecus ac agnatus. Accedit, quod liberta impubes careat prorſus agnatis, quin &, niſi fingas, adeſſe alios manumiſſos ex eodem cum ipſa contubernio deſcendentes, deſtitura ſit cognatis, qui vel a magiſtratu dari tutores poſſent: quodque multo æquius ſit, novi hujus hominis tutelam deferri patrono, qui fecit, quam obtrudi extraneo.

bus Ulpiani, tamen abiit tandem in desuetudinem, & forte cœperunt curatores fœminis puberibus dari, postquam ex constitutione D. Marci dati fuerunt curatores adolescentibus etiam rem suam bene gerentibus *l.* 1. §. *ult. D. de minor.* & ibi Cujacius: & cum non esset in usu hæc fœminarum tutela temporibus Justiniani, vestigia juris veteris in his libris Tribonianus delere tentavit, quæ tamen expressa habemus in *d. l. qui jurasse* 26. *pr. D. de jurejur.*

Valet igitur jusjurandum datum a muliere & pupillo, & tamen Ulpianus contra in *l. jusjurandum* 34. §. *pupillo* 2. *D. eod. tit.* ait, *pupillo non defertur jusjurandum*; sed, ut probat Cujacius, ille locus accipiendus de jurejurando necessario, quod defertur in judicio, non de voluntario, quod extra judicium defertur. Sed quia lex non distinguit, dic potius, non quidem recte defertur, sed, si per obreptionem delatum sit & præstitum fuerit a pupillo, tuetur Prætor hoc jusjurandum, quia sibi imputare debet, qui detulit *d. l. qui jurasse* 26. *pr.* ut si pupillus, qui jus non habet rerum administrandarum, sine tutore deferat, vel prodigus, qui pupillo comparatur, hic, vel ille non est audiendus *l. Tutor* 35. §. *prodigus* 1. *D. eod. tit.* & tamen, si delatum forte fuerit a pupillo sine tutoris auctoritate, juranti ex delatione pupilli datur exceptio jurisjurandi, quæ tamen replicatione eliditur. *l. jusjurandum* 17. §. 1. *D. eod. tit.* Non obstat igitur pupillo exceptio jurisjurandi beneficio replicationis *l.* 1. §. *si pupillus* 1. *D. quar. rer. actio non datur.* & ad hanc definitionem juris pertinet lex 4. *Cod. hoc tit.* in qua facessere videntur negotium hæc verba, *si ad excludendam tutelæ actionem pupillus jusjurandum detulerit*, quia prima fronte improprie dictum videtur, pupillum, qui agit tutelæ actione, detulisse jusjurandum ad excludendam tutelæ actionem, qua ipse agit; nam, ut reus excludere dicitur actionem, qua actor agit, opposita exceptione, sic oppositio jurejurando reus potius videtur excludere actionem, qua adversus eum agitur: & hæc fuit ratio mutandæ receptæ lectionis. Nam, ut Accursius noster testatur, veteres quidam legebant *dederit* pro *detulerit*, & ita volebant non fuisse a pupillo jusjurandum delatum, sed a tutore, id est, datum fuisse & præstitum a pupillo, tutore reo deferente, *dare* enim *jusjurandum* in his libris est, *præstare*, *jurare l.* 5. §. *dato* 2. *D. de jurejur.* quo casu hoc frustra fingitur in pupillo tanquam speciale, nam cuilibet actori permittitur post jusjurandum præstitum vel agere actione in factum ex jurejurando, vel pristina actione experiri. *l. eum, qui* 30. *pr. D. de jurejur* quod plane est eandem litem exercere: & rursus quando reus deferat jusjurandum actori, tantum abest, ut hoc jusjurandum præstitum ab actore actionem excludat, ut potius præstare dicatur actionem accommodatam negotio, de quo juratum est § *item si quis postulante* 11. *Instit. de action. l. si duo* 13. §. *si quis juraverit* 3 & § *Marcellus* 5. *D. de jurej.* qua ratione fretus non possum quoque admittere quod subtiliter tentari potest, hanc legem esse accipiendam de contrario judicio tutelæ, quod tutori datur, quamvis pupillus tutelæ non agat *l.* 1. §. *ult. D. de contrar. tutelæ & util. act.* quia & hoc casu delato jurejurando a pupillo, formatur potius actio, quam excluditur. Sic igitur species ponenda est, quando ex jurejurando datur exceptio reo: V. Gr. finita tutela, quia Tutor datus erat ad tempus, vel remotus tanquam suspectus, vel datus fuerat tutor

loco abſentis reip. cauſſa, datus fuit novus tutor, ut in *l* 9. *pr D. tutel & rat diſtrah.* vel ex *d l* 9 §. *& generaliter* 4 finge eundem eſſe tutorem, ſed non eſſe tutelam eamdem, cœpiſſe novam tutelam in ejusdem tutoris perſona, quo caſu de prima adminiſtratione agi poteſt adverſus tutorem, vel ipeciali curatore (*r*) dato pupillo, vel auctoritate contutoris ſi forte contutorem habeat, hoc igitur, vel illo caſu pupillus vel extra judicium, vel in judicio apud Prætorem ante impetratam actionem tutelæ, qua volebat agere adverſus tutorem ſine auctoritate curatoris ſpecialis, vel contutoris, aut tutoris noviſſime dati, tutori detulit jusjurandum, vel ut loquitur *l in duobus* 28. §. *exceptio* 4. *D de jurejur.* exegit jusjurandum a tutore nomine actionis tutelæ, quæ danda erat pupillo a Prætore, quo caſu hoc loco recte dicitur pupillus detuliſſe jusjurandum tutori ad excludendam tutulæ actionem, nam ſi tutor juraverit, dari non oportere, acquiritur exceptio jurisjurandi, qua excluditur actio tutelæ: & hoc eſt, quod ait *d.* §. *exceptio* 4, ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, cæterasque ſimiles jusjurandum exactum ſit, id eſt, ſi ad excludendas has actiones jusjurandum delatum ſit ab actore & a reo præſtitum, quo caſu omnes actiones, quæ ex eodem negotio competere poſſunt, id eſt, etiam concurrentes actiones excluduntur, & hoc eſt, quod Paullus eleganter ait in *l.* 43. *D de condict. ind.* ſi quis juraſſet, ſe dare non oportere, ab omni condictione diſcedetur; ſi igitur juraverit tutor & ita acquiſita ſit exceptio jurisjurandi, non obſtabit hæc exceptio poſtea agenti pupillo eadem actione, quamvis ob actionem tutelæ jusjurandum delatum ſit, quia pupillus non recte defert jusjurandum ſine tutoris auctoritate. Minor vero, ſi jurisjurandi delatione circumſcriptus ſit, reſtituitur a Prætore *l.* 9. §. *ſi minor* 4. *D. hoc tit.* quæ reſtitutio generaliter datur pupillo & minori, ſi forte præſentibus tutoribus, vel curatoribus in judicio, vel extra judicium circumſcripti ſint *l.* 2. *Cod. ſi Tutor, vel curat interv.*

(*r*) *Curatoris* ſpecialis mentio in *all. l.* 9. § 4. *D. de tut. & rat. diſtrah.* eſt a Triboniano, ut & in aliis locis vid. Schulting. *ad Ulp. fragm. tit.* XI. §. 24. *not.* 73. &, quem ille citat, Giphanius.

Ad Leg. 5. C. de reb. cred. & jurejur.

IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. JULIANO.

Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipſis pupillis, relicta fideicommiſſa videantur, ſuper fideicommiſſis præſes provinciæ cognoſcet: &, ſi id tibi relictum eſſe conſtiterit, reddi tibi efficiet. Idem ſi inficietur, ad jusjurandum, ut deſideras, tutorem adiget.

Facilis eſt ſententia hujus legis, a tutoribus relictum fideicommiſſum valere, quia ab ipſis pupillis relictum videtur *l. peto 69. §. mater 2. D. de legat. 2. l. Codicillis 34. § qui Semproniam 1. D. de uſufr legat. l etiam 20. Cod. de fideicomm.* ſuſtinent enim tutores perſonam pupillorum, quo ſenſu loco dominorum eſſe dicuntur in *l tutor, qui tutelam gerit 27. D. de adminiſtr. tut. l. ſequitur 4. §. ſi pupilli 11. D. de uſurpat & uſucap. l. 2. Cod. de quæſtion.* quod ſi tutores forte inficientur, relictum eſſe fideicommiſſum, cogendi ſunt jusjurandum præſtare: eſt igitur hæc lex de jurejurando neceſſario, nec hoc caſu coguntur anceps perjurium ſubire, ut loquitur *l. videamus 4. pr. D. de in lit. jur.* ſed de ſuo facto reſpondere, id eſt, an rogati fuerint a teſtatore fideicommiſſum præſtare. Et hæc eſt forſitan verior ratio veteris juris, de quo in titulo Inſtitut. *qui teſtamento tutores dari poſſ.* quare potuit olim dari tutor ante heredis inſtitutionem, quia tutoris datio eſt veluti quædam inſtitutio ejus, qui ipſius heredis, id eſt, domini loco eſt, ſic inſtituere tutorem M. Tullius dixit *lib. 1. de Orator. c. 53.* illo loco: *ſine libra atque tabulis populum Romanum inſtituere dixiſſet illorum orbitati*; a quo & tanquam ab herede fideicommiſſum relictum valet. Porro obſerva ex hac lege, Prætorem ipſum, vel Præſidem in provincia extra ordinem cognoſcere de fideicommiſſo, ut ex *l. 7. Cod. fam. erciſc.* quod & Ulpianus *fragm tit.* XXV. §. 12. docet, quia nominatim hæc cognitio data fuit magiſtratibus, ut & alia multa fuerunt, de quibus extra ordinem cognoſcebant, nec judices dabant *l. placet 3. Cod. de Pedan. judic.*

Ad Leg. 6 *C.* de reb. cred & jurejur.

IIDEM AA. ET CC. BESSIO.

Cum proponas partibus placuisse, jurisjurandi religione generis & ingenuitatis quæstionem decidi, Præses provinciæ juxta decretum arbitri ad voluntatis vestræ placitum amitæ tuæ filiis consulet.

Species hujus legis est de jurejurando necessario, quod susceptum a parte, cui delatum est, supra docui esse ex conventione: unde in nostra lege dicitur placitum voluntatis, & in ea valde placet vetus lectio veteris libri manuscripti Ill. Petri Fabri, quondam Præsidis Tolosani Senatus: *juxta decretum arbitri* ET *voluntatis* NOSTRÆ *placitum*, non *ad*. nisi quis velit legere, *ac*, ut vera sententia convincit, incognita veteribus, quæ hæc est: de hereditate cujusdam agnati acceptus est a Præside provinciæ arbiter familiæ erciscundæ inter Bessium & filios amitæ ejus Bessii, qui proximiores erant huic defuncto; & cœpit Bessius amitinis facere controversiam generis & ingenuitatis, & ita negavit, eos esse coheredes, qui enim familiæ erciscundæ agit, quod notandum est, non ideo confitetur, adversarium esse coheredem. *l. qui familiæ* 37. *D fam. erciſc.* negavit igitur, amitinos genus, vel gentem habere, ut loquitur lex 1. *D. de probat.* idem dicebat, eos esse libertos, non ingenuos, nec possunt liberti habere genus jure civili; habent serviles cognationes, quæ in jure quidem nuptiarum observantur, quia in nuptiis contrahendis jus naturale & pudorem inspicimus. *l. adoptivus* 14 §. *serviles* 2. *D. de ritu nupt.* sed ad successiones, quæ veteribus legibus, vel novis deferuntur, serviles cognationes non pertinent *l. JCtus* 10. §. *non parcimus* 5. *D. de grad. affin.* super hac autem quæstione ingenuitatis delatum est jusjurandum a Bessio amitinis, qui jurarunt, se esse ingenuos, & ex genere defuncti, & hoc jurejurando dato, secundum amitinos pronuntiavit arbiter familiæ erciscundæ: jusjurandum enim coram judice datum sequitur sententia, vel decretum judicis, vel arbitri *l. actori* 8. *C. hoc tit.* potuit autem arbiter familiæ erciscundæ incidentem hanc de ingenuitate quæstionem decidere *l.* 3. *C. de jud. l.* 2 *C. de ord. jud.* quamvis alias causæ status majores judices desiderare dicantur, id est, magistratus ipsos, Præsides, vel Proconsules in provinciis, Romæ Consules, vel Prætorem Liberalem, de quo intelligendam puto legem 7. *D. de petit. hered.* nec enim hæc causa est ejus subsellii *l. non distinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *D. de recept. arbit. l. placet* 2. *Cod. de ped. jud.* & tentari potest, præsides ipsos non potuisse de statu cognoscere, quod placuit Cujacio in *Parat. Cod. tit. ubi causa status agi debeat*, quoniam notissima Epistola Plinii de assertione ingenuorum *lib.* 10. *epist.* 71. status cognitionem tribuere videtur Proconsulibus tantum, quorum constat majorem fuisse potestatem, quia universas pro-

provincias, non ut Præſides, ſingulas regebant *l. illicitas* 6. §. *qui univerſas* 8. *D de off præſid* ſed non dubito, de ſtatu cognoviſſe Præſides in provinciis, nec me movet dicta epiſtola, qua obſervare licet, & ſimilibus Plinii ad Trajanum epiſtolis, virum modeſtiſſimum multa ad Principem retuliſſe, in quibus nulla erat dubitatio, &, ut fit, ita tandem conſtat fuiſſe conſtitutum Præſidum officium, ut omnia provincialium deſideria, quæ Romæ varios judices habere ſolebant, ad præſides pertineant *l. omnia* 11. *D. de off. Præſid.* Nec obſtat vexata lex 1. *C. de ordine judic.* nam quod ait, *adite præſidem provinciæ.* ita exaudiendum eſt, ut ſubintelligendum omnino ſit, *& ab eo judicem accipite*, ut lex 2. *eod tit. adito præſide provinciæ & accepto familiæ erciſcundæ judice:* adite igitur præſidem, qui jurisdictionem ſuam præbebit. *l.* 4. *Cod. ſi certum petet.* nam non poteſt ipſe Præſes cognoſcere, ſed tenetur judices dare, qui de hereditate cognoſcant, ut obtinuit olim, id eſt, temporibus auctorum *d. l. adite* 1. *l. placet* 2 *Cod. de pedan. judicibus.* Rurſus neceſſarium eſt omnino, ut accipiamus verba, quæ ſequuntur, *& ruptum eſſe teſtamentum Fabii præſentis adgnatione filii docete*, de judice dato, non de Præſide, quia apud judicem datum lis conteſtatur, cauſſa diſceptatur & probationes examinantur, non apud magiſtratum, qui judices & actiones dabat, verum igitur eſt, quod ait dicta lex, & hæc confirmat, judicem datum incidentem quæſtionem de ingenuitate poſſe decidere, quamvis judex principaliter dari non poſſit de ingenuitate *d. l. placet* 2. *in fine C. de jud pedan.* ſed, ut redeam ad ſpeciem, pronuntiata ſententia ſecundum jusjurandum amitinorum, Diocletianum & Maximianum cœpit adire Beſſius per libellum, exiſtimans, tam magnam quæſtionem de genere & ſtatu non eſſe decidendam jurejurando & hæc fuit ratio, quæ movebat Beſſium: ingenuum quidem facit res judicata *l. ingenuum* 25. *D. de ſtatu homin.* at non videtur facere ſententia dicta ex jurejurando & placito voluntatis, quia ſententia fertur in invitos: qui, deferente liberto, juravit, ſe eſſe patronum, in omnibus pro patrono non habetur *l. ſi juravero* 14. *D. de jure patron. l. in eo jure* 45 §. 1. *D de ritu nuptiar.* ex quibus tentari poteſt, jusjurandum non facere ingenuos: ſed tamen reſcribunt Impp recte juratum eſſe, quia & hoc jusjurandum ſequitur ſententia judicis, & ex hac ſententia datur actio, vel exceptio ad ſimilitudinem rei judicatæ *l. actori* 8. *C. hoc tit.* & hoc eſt, quod ait hæc lex, debere Præſidem, qui nempe arbitrum dedit, & a quo mandatur executioni ſententia arbitri, vel judicis dati *l. a Divo Pio* 15. *pr. D. de re jud.* conſulere amitinis Beſſii, id eſt, mandare executioni mandatum Principis, recte igitur & eleganter vetus liber habet, *juxta decretum arbitri & voluntatis noſtræ placitum*, id eſt, juxta decretum & jusjurandum ex conventione utriusque partis præſtitum, quod nempe jusjurandum decretum arbitri ſequutum eſt.

Ad Leg. 7. C. de reb. cred. & Jurejur.

IIDEM AA. ET CC. EUTYCHIANÆ.

Nec filius, nec quisquam alius, nec litigando, nec paciſcendo, ſed neque jusjurandum citra voluntatem dominæ rei deferendo, præjudicium ei facere poteſt. Unde ſi citra mandatum tuum aliquid erga rem tuam filius tuus geſſit, nec hoc ratum habuiſti, nihil tibi oberit.

Ait, ſine ſpeciali mandato deferre non poſſe jusjurandum filium, vel alium quemlibet, cognatum, puta, vel affinem, vel libertum, quamvis ſine mandato agere poſſit *l. ſed & hæ perſonæ* 35. *pr. D. de procurat.* nam nec litigando, nec paciſcendo præjudicium facere poſſunt ei, cujus nomine agunt, vel paciſcuntur. *l. ſervus* 3 *C. de pactis.* idem dicendum de procuratore ſpeciali, id eſt, ad rem certam *l.* 19. *ſi itaque D. de jurejur.* nam procurator generalis univerſorum bonorum deferre poteſt *l* 17. §. *ult. D. eod.* poteſt tamen filius in re peculiari jusjurandum deferre, & ſi actori deferat, datur actio adverſus patrem de peculio *l. depoſiti* 5. §. *ſi filius* 2. *D. de peculio.* qui locus ſic accipiendus videtur, (*s*) * & loquitur Ulp. de filio, qui non habet pe-

(*s*) ** Quæ his aſteriſcis incluſi, quanquam ita in MS. legebantur, ſuſpecta tamen habeo Certe ea non capio Et poſſent una cum ſequentibus abeſſe, quoniam ad intellectum legis 7. *C de reb. cred.* parum facit diſputare, an, & quatenus ſervus jusjurandum defereus noceat domino: quippe reſcriptum illud, ſi quid video, ad ſolas perſonas extraneas pertinet. Ut autem poſt eruditiſſimorum hominum labores, Cujacii *Obſ. lib.* VIII. *c.* 11. & ad Paulli *lib.* XVIII. *ad edict. in expl. l.* 22. *D. de jurejur.* Antonii Fabri *Rational. ad d. l.* 22. Gulielmi Barclaji *ad tit. D. de jurejur. ad leg.* 22. *& ſeqq ejus tituli in Theſ. Ampl. Ottonis tom.* III *pag.* 949. & Antonii Schultingii *Theſ. Controv. decad.* XXXIX. §. 3. & *decad.* LV § 5. meum qualecumque judicium de ſervis jurantibus, aut jusjurandum deferentibus exponam; ſi ſervus liberam peculii adminiſtrationem habens juravit, vel detulit jusjurandum de re peculiari, illud ſervabitur: *l.* 20. *D. de jurejur.* nempe per exceptionem. Hanc enim ibi mentem eſſe Paulli, vel certe Triboniani, docent textus præcedentes quibuscum lex 20 cohæret, in quibus de jurejurando liberatorio, proinde de tali, quod ad excipiendum tantum prodeſt, agitur: ſervabitur igitur jusjurandum per modum exceptionis, quod aut detulit talis, quem dixi, ſervus creditor, aut præſtitit, ſervus debitor. Quid ſi ſervus debitor jusjurandum creditori detulit, isque juravit ſibi deberi? De hac ſpecie agens lex 22. *D. eod.* ait, *quosdam* putaſſe, dandam in dominum de peculio actionem. Alii igitur JCti contra ſenſerunt. Num illud ſectarum fuerit diſſidium, & per *quidam* intelligendi ſint pars maxima Proculejanorum, non temere dixerim. Certe id affirmans Cujacius *Obſ. lib* VIII *c.* 11 non ſatis id evincit per *l.* 3 §. 8, 9. *& 11. D. de pecul. & l* 5. §. 2 *D. depoſ* unde in genere colligere ſibi viſus eſt, Sabinianos, & ex Proculejanis Celſum & Nervam filium ex hac

peculii administrationem, quo deferente, datur actio de peculio, quasi, inquit, contractum sit, quemadmodum de cæteris contractibus datur actio, sic & hoc casu ex jurejurando. Aliud vero obtinet in servo, qui non habet peculii administrationem: non placuit omnibus dari actionem de peculio adversus Dominum *l. quidam* 22. *D. hoc tit.* in filiofam. sive habeat, sive non habeat, obtinuit indistincte, sine ulla controversia: in servo etiam habente administrationem illud datum fuit a quibusdam, * sed obtinuisse videtur hæc sententia

hac caussa, si jusjurandum in judicio detulerit, item ex tribus aliis caussis non agnovisse obligationem naturalem, nec in dominum ex his causiis actionem de peculio dedisse: ceteros Proculejanos in alia omnia iviſſe: horum tamen opinionem rejectam; illorum receptam fuisse. Enimvero, quod ad jusjurandum, de quo solo quærere cœpi, attinet, si Proculejanorum illa fuerit sententia, sed ab eruditis non admissa; quî fit, ut Paullus in *d. l.* 22 *D de jurejur* eam amplectatur? Certe illam *quorundam* opinionem Paullo ipsi placere statuendum nobis est vel eo confugiendum, ut dicamus, a Paullo narrari duntaxat, non adprobari, quod illi *quidam* putaverint: id, quod exemplo periculosum est, præsertim hac in caussa, ubi non constat de ipsius Paulli opinione contraria. conf patris mei Jacobi Voorda *Interpr. & Emend. lib* II *c.* 13. Hoc amplius dissidium illud, quod *d. l.* 22. innuitur, sive sectarum, sive privorum duntaxat JCtorum fuisse dicas, minime tam late patuit, ac sibi persuasum habuit Cujacius, nec enim ad quemlibet servum illud dissidium pertinet, sed ad servum liberam peculii administrationem habentem, nec ad obligationem naturalem pertinuit. hanc enim e jurejurando per servum delato nasci & ad exceptionem prodesse, nemo negavit. vid. *l* 20. *D. de jurejur.* quacum lex 22 cohæret, uti jam animadversum ab A. Fabro in *Ration. ad d. l.* 22. Maneat igitur firmum ratumque, servum libera peculii administratione *gaudentem & jurando* prodesse domino, tam ad agendum, quam ad excipiendum, viciſſim deferendo jusjurandum nocere domino in utramque partem *d. l.* 20 *l.* 22. *D. de jurejur.* Porro qui jusjurandum detulit de caussa non peculiari, tali tamen, ex qua ipse, non dominus, debet; aut de peculiari quidem, sed cujus liberam administrationem non habet, domino nihil nocet. De utrolibet casu intelligas legem 5. §. 2. *D. depos.* cum Schultingio, nihil profecto is textus pugnabit, cum *d. l.* 22. quamquam posteriorem casum, velut commenticium, rejicit A. Faber. ad *d. l.* 22. sed immerito: nam distinctionem inter liberam ac simplicem peculii administrationem, esse veram & genuinam, docet lex 7. §. 1 *in fin. D. de pecul.* idque præter alios jam vidit Barclajus: denique de negotio domini præstitum a servo jusjurandum domino quidem proderit, sed ab eo delatum non nocebit, quorsum pertinent *ll.* 23, 24, 25. *D. de jurejur* rationem discriminis vid. apud Barclajum *dict. loc.* Ceterum quibus in casibus delatum a servo, vel ab eodem præstitum jusjurandum domino nocere aut prodesse dixi, iisdem tamen non aliter, opinor, nocebit, aut proderit, quam si extra judicium fuerit delatum, præstitumve. Cum enim servus non possit in judicio consistere *l.* 107. *D. de R. J.* arg *l.* 24. *D. de jurej.* consequens puto, ut in judicio delatum, præstitumve a servo jusjurandum, licet tali in caussa, in qua alias nocere, vel prodesse domino posset, perinde ac cetera, quæ cum eo in judicio geruntur, nullius sint momenti. Atque hoc ipsum me confirmat, quo magis cum Jano a Costa *hoc loco* in *l.* 24. *D. de jurej.* legendum existimem *deferentes*, non, ut est Florentiæ, *referentes:* nullum enim jusjurandum, nisi in judicio delatum potest referri. *l.* 17. *pr. D. de jurejur.* Atqui cum servo, de quo in *d. l.* 24 perinde fit sermo, ac de filiof. judicium non est: ergo τὸ *referre jusjurandum* in servum, utpote judicii expertem, cadere nequit.

tia plurium, nullam hoc casu esse differentiam inter filium & servum: possunt igitur filius & servus aliquando in re peculiari facere deteriorem conditionem patris & domini, exceptis casibus, de quibus videnda elegantissima glossa *d. l. servus* 3. *C. de pactis.* at in re dominica non possunt, & hoc est, quod traditum est in *l. multo magis* 24. *D. hoc tit.* quæ cum præcedenti lege *si servus* accipienda est de servo, vel filiofam. qui in re patris, vel domini jurant, quod illa verba ostendunt, *dominum dare non oportere.* Et quamvis hoc casu cum indulgentia quadam exceptio jusjurandi concedatur domino, quia, si verum amamus, non recte potest cum servo consistere judicium, patri vero sine ulla dubitatione, quia potest cum filio consistere judicium, tamen ipsi *deferentes* filius, vel servus non faciunt deteriorem conditionem eorum, quibus subjecti sunt, sic & rectissime exaratum est in vulgatis libris: male Florentini & Norici *referentes* & caussa sollicitandæ lectionis hæc fuit, quia jam probatum fuit in superioribus legibus, servum posse deferre; quod tamen recepta lectio negat, & admissa lectione Florentina differentia quædam constituenda videtur inter delationem & relationem, quasi liceat servo facere deteriorem conditionem per delationem, non per relationem, quod Cujacius tentat, & tamen in hac lectione si servo licet deferre, cur non liceat referre? si licet ultro deferre & sponte, cur non licet ex necessitate, ut loquitur eleganter Papinianus in *l. illud* 25. §. 1. *D. de constit. pecun.?* & nulla perspicua dari potest ratio differentiæ; dicimus igitur breviter: licet deferre, vel referre in re peculiari, non licet referre, neque deferre in re dominica; primo casu possunt facere deteriorem conditionem, secundo casu non possunt.

Ad Leg. 8. *C.* reb. cred. & jurej.

IIDEM AA. ET CC. ALEXANDRO.

Actori delato, vel relato jurejurando, si juraverit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit.

Si reus actori deferat jusjurandum in judicio apud judicem datum a Prætore, vel Præside provinciæ, vel deferenti actori referat, & actor juraverit, vel cum jurare vellet, suscepta jurisjurandi conditione, jurisjurandi gratia ei facta fuerit, id est, ei remissum sit jusjurandum a reo deferente, vel referente, ut in *l. 5. § ult. & l. seq. D hoc tit.* hoc, vel illo casu datur actori in factum actio ad similitudinem actionis judicati; hæc est perspicua sententia hujus legis, cujus ratio hæc est; quia actore jurante judex condemnat reum. *l. 35. §. ult. D. hoc tit.* quam §. merito Paulus Castrensis ait esse infuscatam. Est enim sermone Triboniani infuscata, ut character ostendit, Ulpianus in *d. l.* tractabat de officio Prætoris, non de officio judicis dati a Prætore, ut ostendunt

dunt illa verba §. *ait prætor* 6. *ſolvere cogendus erit a prætore*, & §. ſequentis 7. *judicium ei Prætor non dabit*, & quod eſt in § *pen.* ejusdem legis *officio judicis jurisjurandi conceptionem eſſe terminandam*; id quoque Ulpianus ſcripſiſſe videtur tractans de officio Prætoris, vel Magiſtratus, Magiſtratus enim ſæpe judices dicuntur, ut in *l* 4. & in *l pen. D. de interrog. in jur. fac.* & aliis plerisque locis, quamvis alias officium judicis ſit ſeparandum ab officio Magiſtratus, qui judicem dat, ſed de officio judicis dati, non de officio Magiſtratus intelligenda videtur dicta §. ultima, ſi ad veterem judiciorum ordinem reſpicias, nam hodie, non ſervato ordine, Magiſtratus cognoſcere poteſt, judicare, & condemnare; nec tenetur, ut olim, judices dare *l. placet* 2. *C. de pedan. jud.* ut ex mente Triboniani ad Magiſtratum ipſum cognoſcentem & judicantem, ex jure quod tandem obtinuit, illa §. ultima poſſit pertinere, at ex veteri jure, de quo tractat Ulpianus, Prætor non condemnat reum actore jurante, ſed ſolvere cogit, ut ait dicta §. *ait Prætor* 6. quod præſtare non poteſt judex datus, qui nec ſententiam, quam dixit, executioni mandare poteſt *l. a D. Pio* 15. *pr. D. de re jud* & hoc eſt, quod ait noſtra lex, dari actori actionem in factum ad ſimilitudinem actionis judicati. Duplex eſt ratio exequendæ ſententiæ, vel ordinaria, vel extraordinaria, ordinaria datur a Magiſtratu actione judicati, de qua in titt. de re jud. D. & Cod, & in hanc rem eſt elegantiſſima *l. ſi Prætor* 75. *D. de judic.* extraordinaria fit per apparitores Magiſtratus extra ordinem exequentes ſententias judicis *l. ſi pignora* 50. *D. de evict.* regulariter igitur poſt condemnationem datur actio judicati. In hac noſtra lege, quamvis ſecuta condemnatione, non datur actio judicati directa, quæ ex formula recepta & ſolemni datur, ſed ad ſimilitudinem, ad inſtar directæ actionis comparatur actio utilis, vel in factum, quæ datur actori, condemnato reo ex jurejurando delato, vel relato. Quare non datur directa actio judicati? quia vere non videtur judicatum, nam judex fuiſſe videtur actor, quem nempe reus delatione jurisjurandi judicem fecit *l.* 1. *D. quarum rer. actio non datur.* & quamvis ſententia prolata ſit a judice, eſt tamen prolata ex placito voluntatis utriusque partis *l. cum proponas* 6 *ſupra hoc tit.* & proprie ſententia redditur in invitos & non volentes: non ſumus igitur in directo caſu, in recto vero & naturali caſu dandæ actionis directæ judicati, & hic caſus obliquus eſt: ideo recurrimus ad utilem actionem, quæ utilitatis cauſſa datur, deficiente directa ad exemplum directæ, ut de actione Publiciana loquitur *l. in honorariis* 35. *D. de oblig & act* quia eſt utilis rei vindicatio comparata ad exemplum directæ, quæ datur ſoli domino, Publiciana accommodatur bonæ fidei poſſeſſori, qui nondum eſt dominus, utiles actiones accommodari dicuntur *l. eleganter* 24. *D. de pign. action.* ceſſantibus directis, & dantur in factum, id eſt, ſecundum rem geſtam concipiuntur, prætermiſſa ſolemni formula *l. actio* 47. *D. de negot geſt* ex hoc autem jurejurando nulla datur propria actio, ſed accommodatur, ut in hac ſpecie accommodatur actio judicati, rei judicatæ ex jurejurando. Sed ſi forte res non ſit judicata, puta, ſi extra judicii, vel ante impetratam actionem a Prætore juratum ſit, tunc datur actio utilis, vel in factum accommodata negotio, vel contractui, de quo juratum eſt *l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *pr. l. ſi duo* 13. §. *ſi quis juraverit* 3 & §.

Marcellus 5. *D. de jurejur.* non est igitur admittendus ineptus ille concursus actionum in factum, de quo tandiu quæsitum est a veteribus Interpretibus, qui duas actiones ex jurejurando dari admittebant ex sententia Joannis, ut vulgo notatur ad *l.* 1. *hujus nostri tit* sed adhibenda est hæc distinctio: vel, impetrata actione, coram judice dato delatum est jusjurandum, quo sensu sequitur condemnatio, & datur actio utilis, vel in factum judicati: vel, nondum impetrata actione, delatum est, quo casu datur utilis actio ex contractu; de quo jusjurandum fuit interpositum. Facellat quoque commentum glossæ, quæ in *h. l.* ita distinguit, vel quis juravit expressa caussa, aut non expressa, quasi primo casu competat actio ex caussa expressa, secundo actio in factum, nam caussa, de qua juratur, vel exprimitur, vel non liquido expressa intelligitur satis. Imo ita est, caussam petendi intentione sua complecti solet actor *l. si is qui Stichum* 18. *D. de oblig & act. l. non quocumque* §. 1 *D. de leg.* 1. satis est dixisse, certam pecuniam peto ex stipulatu, legatum peto ex testamento; post condemnationem igitur datur semper utilis actio judicati, ante condemnationem, nulla sententia lata, post jusjurandum datur quoque utilis actio accommodata contractui, utraque dicitur in factum, vel utilis, nam omnis actio utilis est in factum, & quæ dicitur dari *d. l. si duo* 13. §. *si quis juraverit* 3. ex empto, vel pro socio, ut utilis actio de dote in §. *Marcellus* 5. & argumenti, quo Q. Saturninus ibi utebatur, sic pone casum· Agit uxor, soluto matrimonio, rerum amotarum, & repetit rem quandam, quam dicebat maritum divortii caussa subripuisse Maritus contra dicebat esse dotalem, cujus retentionem habuit veteri jure ob impensas, vel donationes. *l. unica* §. *taceat* 5. *C. de rei uxor. act* detulit uxor jusjurandum marito, juravit maritus, esse dotalem, hoc casu dabat Q. Saturninus utilem actionem uxori de dote ad rem illam dotalem repetendam, quod glossa non intellexit. Male quoque in hac quæstione quidam utuntur *l. illud* 25 § 1 *D. de constit. pecun* quæ hoc probat, id, quod debetur ex jurejurando, constitui posse, & agi de constituto, quod quis negat, cum & quodcumque debitum etiam naturale constitui possit & inepte tentavit, ex jurejurando delato agi illo casu de constituto, quod est falsum. Male quoque utuntur *l. sed & si* 7. §. *si petenti* 7. *D. de public. in rem act.* quæ vult, dari Publicianam ei, qui, cum rem peteret, juravit, rem suam esse & ex jurejurando nactus est possessionem rei, quam postea casu quodam amisit, & eam rursus nactus est is, qui detulit jusjurandum: ei, qui beneficio jurisjurandi, vel actionis, quæ datur ex jurejurando rei possessionem habuit, quam postea amisit, datur Publiciana, ut cuilibet ex justa caussa rem alienam bona fide possidenti; habet igitur prius actionem in factum ex jurejurando, id est, utilem actionem, quæ, ut dixi, utilitatis caussa datur, ut in hanc rem est elegantissima lex *eum, qui* 5 §. *pen. D. de constit. pecun.* cujus actionis beneficio poterit nanciscì possessionem, quam si forte amittat, habet Publicianam adversus eum, qui detulit jusjurandum.

Ad Leg. 9. C. de reb. cred. & jurejur.

IDEM AA. ET CC. MARTIANO.

Delata conditione jurisjurandi, reus, si non per actorem, quo minus de calumnia juret, steterit, per judicem solvere, vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet.

Delata dicitur conditio jurisjurandi, ut apud Senecam in *Præfatione 7. Controversiæ* facta conditio jurisjurandi, sic apud veteres ferre & referre conditiones ad finiendas lites. Plautus in *Rudente act. 4. scen. 3. vs. 91.*

Trachalio. *Ecquid conditionis audes ferre?* Grip. *Jam dudum fero, ut abeas, rudentem amittas, mihi molestus, ne sies.* Tr. *Mane, dum refero conditionem.*

Extat de conditione locus unus in *l. ult. D. de jurejur.* qui mihi de mendo suspectus est, illo loco. *Et convenit, ut ab omni conditione discederetur, si pupillus juravisset*, nam ex *l. si quis juravisset* 43 *D. de cond. indeb.* videtur legendum, *ut de omni contentione discederetur*; sed per me sint omnia protinus alba. Cætera quæ sunt in hac lege de necessario jurejurando, & de juramento calumniæ, jam expositi ad *Rub. hujus tit.* & recte glossa notat in verbo *referat*, casus, in quibus non licet referre, quia lex, vel edictum, dum dant potestatem deferendi, non dederunt potestatem referendi in actionibus, quæ descendunt ex delictis *l. 11. § ult. 12. & 13 D. rer. amot.* potest & hæc ratio dari, quia iniquum est, eum, qui in actione ex delicto defert jusjurandum & quem dicit delictum fecisse, jurare de alieno facto, male tamen glossa in hanc rem utitur *l. ult. C. de fideicomm.* quia in *d. l.* prohibetur recusatio, non relatio jurisjurandi, aliud est recusare jusjurandum, aliud referre.

Ad Leg. 10. *C.* de reb. cred. & jurejur.

IDEM AA. ET CC. PROTOGENI.

In actione etiam depoſiti, quæ ſuper rebus, quaſi ſine ſcriptis datis, movetur, jusjurandum ad exemplum ceterorum b. f. judiciorum deferri poteſt.

Dubitari potuit propter fidem illam ſummam, ex qua pendet depoſitum, *l. pen. C. depoſiti.* quæ docet nullam exceptionem, vel compenſationem opponendam eſſe depoſito; utrum deferri poſſit jusjurandum in actione depoſiti. quod hæc lex ait eſſe receptum, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, ſi depoſitum ſine ſcriptis datum fuerit, nam ſcriptura interveniente, ut non licet opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, ita nec deferre jusjurandum *l. in contractibus* 14. §. *illo* 3. *c. de non num. pec.* Eſt hæc lex generaliter accipienda de omni jurejurando, ſive voluntario, ſive neceſſario, ſive judiciali, quia & generaliter ait, deferri poteſt jusjurandum, & quia conſtat, id obtinere in cæteris bonæ fidei judiciis.

Ad Leg. 11. *C.* de reb. cred. & jurejur.

IMP. JUSTINIANUS A. DEMOSTH. PP.

Si quis jusjurandum detulerit &c.

Eſt nova conſtitutio Juſtiniani, quæ vult, eum, qui ſemel detulit jusjurandum, & dein revocavit, non poſſe iterum jusjurandum deferre, potest quidem revocare ſemel datum jusjurandum & reſilire a delatione, ſi forte animadvertat ſe probationes habere, quibus uti poteſt, ut ſi quis erraverit in proponenda actione poteſt mutare actionem & propriam eligere §. *ſi quis aliud* 35. *Inſtitut de action. l.* 3 *c. de fideicomm.* permiſſum quidem fuit etiam jure veteri jusjurandum revocare, nec in hac parte exiſtimo Juſtinianum novum jus condere, ſed ita hanc licentiam revocandi, jure veteri conceſſam, circumſcribere, ut liceat revocare usque ad ultimam litis definitionem, nam poſt definitivam ſententiam, quæ nullo remedio attentari poteſt, ut loquitur Ulp. in *l. eleganter* 23. § *poſt rem judicatam* 1. *D. de cond. indeb.* vel quæ fuit poſt appellationem confirmáta, non licet revocare jusjurandum, & redire ad probationes, ne lites ex litibus oriantur, quod maxime jus abhorret. De objectione gloſſæ dicam in *l. ſequenti.*

Ad Leg. 12. *pr. C.* de reb. cred. & jurejur.

IDEM A. DEMOSTHENI PP.

Generaliter in omnibus juramentis &c.

Profitetur Juſtinianus, ſe velle condere generalem deciſionem de omnibus juramentis, quæ in litibus deferuntur, vel a parte, vel a judicibus, quum tamen, ut eſt in §. *ult.* hujus legis non vult abrogare, aut omnino tollere jus, quod antea obtinebat ex ſuperioribus conſtitutionibus, ſed quod deëſt ſupplere, id eſt, ſubrogare & ſuperadjicere, ut veteres JCti loquebantur, hoc enim rerum neceſſitas deſiderat, quia, ut ait, ex uſu fori & conſuetudine in judiciis recepta ſolebant judices in pleniſſima definitione jurisjurandum imponere, & ita ſæpe eveniebat, ut morientibus his, qui juſſi ſunt præſtare, rerum probationes deficerent, quia multum diſtat juramentum hereditarium a principali, quod præſtare defunctus juſſus eſt, vel ratione probitatis, vel ratione ſcientiæ, ut recte gloſſa notat; vult igitur Juſtinianus, omne juramentum illatum a judicibus, vel a partibus, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipſa definitiva ſententia coram eodem judice ſine ulla cunctatione præſtari, non exſpectata ultima definitione & ſine formidine provocationis Ad quam Juſtiniani deciſionem varios intellectus fingunt Interpretes, quos facile erit falſos refellere, vero vindicato. Quod ut præſtare valeam in tanta veterum interpretum obſcuritate; primum quæro, qua de cauſſa receptus fuit mos ille, de quo Juſtinianus hic, ut in pleniſſima definitione jusjurandum tantum imponerent judices, nec enim id temere obtinuiſſe videtur, cum ex jure liceat interponere in interlocutoria *l. cum judex* 11. *C. de ſent & interl.* & cauſſa forſitan hæc fuit, quia plerumque morandæ & protrahendæ litis cauſſa & ad interrumpendam cognitionem, ab interlocutione judicis, quæ jusjurandum imponebat, appellabant litigatores, ut hi exiſtimant; facit ſumma cura, quam adhibet in hac conſtitutione Juſtinianus, ut hoc incommodum amplius non contingat, ne, ut loquitur in §. *fin autem is* 2 *verſic. ipſe autem cauſſæ curſus ab initio usque ad noviſſimum terminum impediatur*; & in *ead.* §. *ut lis ſuo Marte percurrat, nullo obſtaculo ei obviante*; nec turbare nos debet objectio vulgaris, non eſſe permiſſum appellare ab interlocutione: nam, quia ex jurejurando delato pendet deciſio cauſſæ, non eſt mirum admiſſam fuiſſe appellationem ab interlocutione, quæ jubet jusjurandum præſtari, ut, quoties agebatur de probatione, de inſtrumentorum, aut teſtium exhibitione, conſtat admiſſam fuiſſe ab interlocutione appellationem *l.* 18. *&* 23. *C. Theod. quor. app. non recip.* & de interponenda appellatione eo tempore, quo jusjurandum defertur, extat inſignis locus apud Paullum *lib.* 5. *ſent. tit.* 32. adde verecundos judices ſæpe ſuperfluas recipere appellationes, quorum verecundiam laudant Impp. in *l.* 42. *Cod Th de appell.* Qui igitur jusjurandum imponebant in definitiva, hoc aſſequebantur, ut ſine ullo obſtaculo appellationis ad ultimam definitionem per-

venirent; & tamen si forsitan pars, cui non est delatum juramentum, appellabat a sententia definitiva, qua judex decernit, juramentum esse præstandum, præscribens, quid fieri debeat, juramento dato, vel non dato juxta *d. l. cum judex* 11 si forte pars, quæ jurare debet, lite provocatione suspensa, morte præveniatur, cadebat probatio, quam forte heres defuncti præstare non potest, & fugientes hoc incommodum in aliud periculum incidere solebant, in hoc igitur versatur Justiniani providentia summa, ut in utroque casu suppetias ferat, vult enim delatum jusjurandum in principio, vel in medio litis, vel in ipsa definitiva sententia præstari posse ab eo, qui non recusat, sed suscipit jusjurandum delatum, sine metu provocationis interpositæ ab eo, cui non defertur, protelandæ litis caussa, ut non sit expectanda metu provocationis ultima definitio, si in principio, vel in medio litis delatum sit, quia, ut latius docet in §. *seq.* neque is, ad cujus petitionem delatum est, appellare unquam potest, neque is, cui delatum est, & recusat, pendente conditione; habet enim in ultima provocatione, quæ nempe interponitur post definitivam sententiam repositum auxilium, ut Justinianus loquitur in versic, *ipse autem*, & ideo cessat hodie ratio veteris observationis, ex qua judices imponebant jusjurandum in plenissima definitione, formidine appellationis: quod si delatum sit jusjurandum in sententia definitiva, non est admittenda provocatio interposita ab eo, cui non defertur, sed sine formidine appellationis, quæ nominatim hac lege prohibetur, potest præstare juramentum is, cui defertur, qui tamen, si recusat delatum, in definitiva appellare potest, nam summa hujus decisionis hæc est, ut is, cui non detertur, in principio, vel in medio litis, vel in definitiva nunquam possit appellare; is, cui defertur in principio, vel in medio litis, potest quidem recusare & contestari, vel protestari de recusatione, sed potest tantum appellare post sententiam definitivam, & ita contingit ex hac constitutione, quæ supplet defectus veteris juris, ut quia non differtur præstatio juramenti illati in sententia definitiva per appellationem ejus, cui non defertur, nullum sit periculum amittendæ probationis, & hic est, sensus horum verborum, *non expectata, vel ultima definitione, vel provocationis formidine*, nam formidinem provocationis cessare quoque vult in principio, vel in medio litis delato jurejurando, ne provocatio cursum litis interrumpat, id est, in sententia definitiva, ne si is, cui defertur & præstare vult, appellatione removeatur a præstatione, cadat probatio, ut hæc verba *formidine provocationis*, referantur ad jusjurandum illatum in principio, vel in medio, quod non reperio liquido explicatum, nam recitatio Cujacii ad hanc legem adeo corrupte edita fuit, ut, quæ sit magni viri sententia, vix appareat, hanc tamen fateor magno mihi fuisse adjumento. Concludamus igitur, constare non posse sententiam Azonis & Odofredi, jusjurandum esse præstandum paulo ante sententiam definitivam, quasi correcta sit lex 11. hujus tit. quæ docet, præstari post definitivam, nam, ut initio dixi, Justin. hac lege non abrogat præcedentes constitutiones, & verba hunc intellectum pati non possunt, nec, ut illi volunt, Justinianus ait, jusjurandum esse præstandum in sententia definitiva, sed delatum in definitiva statim sub eodem judice esse dandum; & eadem ratione refellenda est ridicula sententia illorum, qui hæc verba, *in ipsa definitive*

tiva ſententia, ſic accipiunt, quaſi dicat Juſtinianus, jusjurandum eſſe præſtandum in ipſa prolatione ſententiæ: feliciores fuerunt, qui non admittunt correctionem dictæ legis 11. & dictæ legis *cum judex* 11. *Cod. de ſent. & interloc.* ſed volunt jusjurandum eſſe præſtandum poſt definitivam, nec tamen exponunt rationem, qua Juſtin. utitur ad vitandum periculum amittendæ probationis; nec probare poſſum commentum Cyni & Bartoli, qui recte quidem obſervant, hanc legem non corrigere ſuperiorem, ſed male affirmant ex hac lege, pendente appellatione non poſſe præſtari jusjurandum, nam veriſſimum eſt, Juſtinianum ſuſtuliſſe omnem appellationem ex parte ejus, cui non eſt delatum jusjurandum, nulla igitur fingi poteſt appellatio, quæ ſuſpendat, & ſi appellat is, cui delatum eſt, ut poteſt, quia recuſat, ineptum eſt dicere, præſtari jusjurandum poſſe pendente appellatione interpoſita ab eo, qui jusjurandum recuſat.

Ad §. Sed juramento 1. *ejusdem legis* 12. *C.* de red. cred.

Quod breviter propoſuit de juramento delato in principio, in medio litis ſtatim præſtando ſine formidine appellationis, non expectata ultima definitione, explicat latius in hac §. præſcribens certam formam judicibus, qui antea in definitiva tantum ſententia juramentum imponebant, & vult juramentum a partibus illatum & a judice approbatum, (ſolet enim judex delatum inter partes approbare *l. tutor* 35. §. *prodigus* 1. *in verb. non ab aliis delatum probari debet D. de jurej.*) vel ex auctoritate judicis cuicumque parti delatum ſtatim eſſe præſtandum ab eo, qui non recuſat delatum, vel referendum, & teneri omnino eum, cui refertur, jurare, vel ſi recuſaverit, delatum haberi pro dato & præſtito; ut perinde ſit, ac ſi juraſſet is, qui retulit: nam, quod ait, *refertur*, non poſſumus referre ad jusjurandum delatum a judice ſine petitione & delatione partis, & mirabile eſſet, ut recte Fulgoſius notat, jusjurandum, quod a judice tantum defertur, poſſe referri, & ſi relatio hoc caſu admittitur, dicendum eſt, quod & gloſſa non prætermittit, eum, cui refertur, poſſe recuſare, quia non detulit, vel ſi condemnetur, quaſi ex recuſato, poſſe appellare, quia non hoc faciendum procuravit: ponendum igitur, juramentum fuiſſe illatum a judice ex petitione partis, quo caſu relatum non poteſt recuſare, & ſi recuſat relatum, delatum habetur pro præſtito, nec poteſt appellare propter rationem additam, *quia non eſt ferendus &c.*

Ad §. si autem is &c. 2. ejusdem legis 12. *C.* de reb. cred.

Dixit in superiori de juramento præstito, vel de juramento, quod pro præstito habetur, nunc dicit de recusato. Finge, is, cui delatum est, recusat: licet enim recusare ex justis caussis etiam jure veteri, quod glossa non intellexit, puta, quia defert is, qui non potest deferre, ut in *l.* 17. §. *ult. D. de jurejur.* vel quia is, cui defertur, non est tutus per relationem, ut in elegantissima specie *l. jusjur.* 34. §. 1. *D. eod. tit* quam non male trahere possum ad hunc casum, si forte is, qui defert juramentum, impius sit, & facile contemnat jurisjurandi religionem, & is, qui defert, homo pius & frugi, non sit tutus per relationem, potest recusare propter conceptionem formulæ, quam vulgo dicimus (la forme du serment) *d. l.* 34. §. *pen.* justa quoque est recusatio ejus, qui ignorat factum, ut si tutori, vel curatori delatum sit *l. videamus* 4. *pr. D. de in lit. jurando* si heredi *l. Marcellus* 11. §. *pen. D. rer. amot.* & apud *Paullum lib.* 2 *sent. tit.* 1. §. *heredi.* potuit olim ex veteri edicto, de quo supra, recusare Flamen Dialis; licet & recusare ex natura contractus, ut si res deposita sit, scriptura interveniente *l. in actione* 10 *hoc tit* potest recusare delatum juramentum, quod antea negaverat in lege præcedente. His igitur & similibus casibus admissa fuit licentia recusandi, quam confirmat hæc constitutio, & vult hoc casu, si judex existimaverit, omnino esse præstandum jusjurandum, judicem sic caussam dirimere, quasi nolente eo juramentum sit recusatum, sic legendum *nolente*, non *volente*, quamvis hanc lectionem retineant auctores Basilicωv, qui hunc locum videntur non intellexisse, nec semper Græcis adhibenda fides; recte quidam libri, *nolente*, quam lectionem probat Cujacius, & fuit facilis lapsus hujus loci, cujus hic est sensus, debere judicem litem dirimere, quasi invito eo, jusjurandum sit recusatum, & ait *quasi nolente*, quia non debet judex post recusationem pronuntiare, jusjurandum esse præstandum, nec necessaria videtur Justiniano hæc interlocutio, qua interposita proprie invito & nolente judice dicitur recusatum jusjurandum, & sententia definitiva dicta post hanc interlocutionem recte dicitur lata ex recusato jurejurando, sed Justinianus sine hac interlocutione vult, judicem sic caussam dirimere, quasi recusatum sit jusjurandum, post interlocutionem, quæ jubet jusjurandum præstari, & ideo ait, *quasi nolente*, ad denotandam improprietatem, sic infra sententia, quæ sequitur, dicitur, *quasi ex recusato*, quia condemnandus est reus, qui recusat, vel absolvendus, si actor recusat delatum jusjurandum, sine ulla interlocutione. Potest tamen qui recusat, si forte judex pedaneus sit, de recusatione protestari (*faire un acte de protestation qui soit sans préjudice de son refus, les justes causes duquel il pourra déduire en l'appel, qu'il interposera de la sentence définitive.*) ut in simili casu constituit Justinianus in constitutione græca ex Basilicis restituta a Cujacio *lib.* 12. *Observ. cap.* 3. & debet esse lex 36. *C. de*

ap-

appell. quæ abrogat vetus illud jus, de quo ſupra dixi ex lege 18. & 23. *C. Th. quor appell. non recip.* & eſt in hanc rem valde notanda, quia tollit omnem appellationem ab interlocutione interpoſitam, permiſſa tamen ſimili proteſtatione, ſi judex ſit imi ſubſellii. Quod ſi judex ſit forte majoris auctoritatis, quales ſunt illi in titulis utriusque Codicis *de his, qui propter metum judicis non appellaverunt*, non interpoſita proteſtatione propter amorem, quem defert judici, habet ſibi in ultima provocatione, quæ interponitur a ſententia definitiva, repoſitum auxilium, quo & uti debet in caſu proteſtationis: & judex, ad quem appellavit, vel, confirmata ſententia definitiva, judicabat recte delatum eſſe jusjurandum, & male recuſatum, vel, emendata ſententia, male delatum, recte recuſatum, & nihil penitus incurrit præjudicii, neque injuſti diſpendii, quod nempe parit longitudo litis, quam interrumpit ſæpius ab interlocutionibus interpoſita appellatio, ſic enim ille locus explicandus ex *d. l.* 36 & una litura gloſſa delenda eſt, quæ neſcio quid ineptum notat de condemnatione impenſarum.

Ad §. ſive autem 3. *ejusdem legis* 12. *C.* de reb. cred.

Hæc §. eſt de eo, qui detulit jusjurandum, & pertinet ad caſus expoſitos in duabus §§. præcedentibus, ut ſive præſtitum ſit jusjurandum, perjurante eo, cui delatum eſt, vel referente non poſſit appellare is, qui detulit ut in §. *ſed juramento* 1. *in fine*, ſive ſit recuſatum, non poſſit quoque appellare, quæ verba negotium faceſſunt gloſſæ, quæ omnino male *recuſatum* putat eſſe remiſſum, quod ineptum eſt. Cujacius videtur accipere de recuſato ab eo, cui refertur jam delatum, quo caſu jam dixit in §. *ſed juramento* illatum haberi pro præſtito: & ſi admittamus hanc interpretationem, hæc §. pertinet tantum *ad* §. *ſed juramento* 1. quæ videtur quoque pertinere ad §. *ſin autem* 2. quod verius eſt, ut hæc ſit mens hujus loci, non poſſe appellare eum, qui detulit, ab interlocutione judicis, quæ confirmat delationem, ſi is, cui defertur, juramentum præſtiterit: non poſſe quoque appellare, ſi recuſatum ſit & forte velit is, qui detulit, fruſtrari & morari interpoſita appellatione. Græci, quorum auctoritate utitur Cujacius, male ſic accipiunt hanc § ut poſt recuſationem exiſtiment neceſſariam eſſe interlocutionem, quæ jubeat jusjurandum præſtari, a qua non poſſit appellare is, qui detulit; nam poſt recuſationem, ut ſupra docui, ſequitur condemnatio definitiva quaſi ex recuſato. Cætera quæ ſunt in hac lege de abſentibus pendent ex interpretatione primæ partis.

Ad Tit. 2. Lib. 4. Cod. ſi certum petatur.

Hæc Rubrica ſic accipienda videtur, *ſi certum petetur*, id eſt, de mutuo, hac enim formula petitur mutuum *l* 1. *D. de condict. triticar.* & proprie de mutuo dicitur, in quo res eſt ſemper certa, quia conſiſtit in rebus quarum quantitas certa eſt pondere, numero, vel menſura: quamvis hæc actio detur ex omni obligatione, ex qua petitur certum, nec enim certi condictio diverſa eſt actio ab actione, ſi certum petetur, quæ datur ex mutuo, ſed eadem hæc ſententia veterum Gallorum Doctorum, vel, ut Latini loquuntur, ultramontanorum, quos ſecuti ſunt Dynus & Jacobus de Butricario, & hanc ſententiam eruditiſſime vindicat Fulgoſius in *hac rubr.* contra nugas Bartoli. Cujacius aliquando contrariam ſententiam admiſit, ut conſtat ex *Paratit. D. ad tit. de reb cred. ſi certum petet.* & in *Tractatu* 2. *ad African.* ſed hoc retractat in *Parat Cod. hoc noſtro tit* & in notatis Antonii Mercatoris in lib animadverſionum Joannis Roberti *lib* 2 *cap.* 4 ſic in tit. D propoſito titulo generali *de reb. cred.*, ſub quo Prætor multa, ad contractus varios pertinentia, jura inſeruit *l.* 1. *D eod.* proponitur titulus *de mutuo* iisdem verbis, de rebus enim creditis tractanti prima hæc occurrit inſpectio, quia creditum proprie dicitur de mutuo, vetus Grammaticus, *committimus conſilium, credimus pecuniam.* Donatus in illud Terentii *Phorm. act.* 1. *ſcen.* 2. *vſ.* 10.

Cujus tu fidem in pecunia perſpexeris, verere ei verba credere,

„ Proprie locutus eſt de pecunia, & *fidem*, dicendo, & *credere:* nam fides „ eſt eorum, quibus datur, creditores dicuntur ipſi, qui dant. In mutuo plena fides eſt, quia dominium transfert & conſiſtit, ut ait, Paullus in *l.* 2. §. *mutui datio* 1. *D eod. tit.* in his rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant, quoniam datione earum poſſumus in creditum ire, id eſt, dominium transferre *l. in navem* 31. *D. locati*, debitor dominus eſt rei, quam debet *l.* 1. *D. de liber. legat* &, ut Ulp ait, Prætorem in *d. tit. de reb cred.* uti generalibus verbis, ſic in Rubrica *d. tituli*, ultima pars, *& de condictione* generaliter eſt accipienda, ut promittatur tractatus condictionis, cujus variæ ſunt ſpecies Ulp. in *l.* 1 *D de cond. ſine cauſſ.* eſt hæc ſpecies condictionis, & condictio non ſemper certi, ſed quibusdam caſibus incerti & *l* 3. *D de condict ſine cauſ l* 22. § *ult D. de condict indeb l. ſi binarum* 35. *D. de ſervit urb. præd l ſi tibi* 8 *pr D. de action empti l* 2. §. *aliud* 3. *D. de donat l* 12. *D. de novat.* & aliis plerisque locis, vis videre quam hoc verum ſit.

Prima pars Rubricæ *de reb. cred.* ſtatim explicatur in *l.* 1. ſecunda in *l.* 2. quæ tota eſt de mutuo, in *l.* 3, 4. & reliquis ejusd tit. De condictione vero, quæ nempe datur variis ex cauſſis, & cujus multæ ſpecies ſunt tractatur paſſim variis in locis *d. tit.* quod nec olim negabat Cujacius *Tractat.* 2. *ad Afri-*

African. ſed male admittebat, hunc titulum promittere tantum certi condictionem generalem, & ſpecialem condictionem certi ex mutuo, errore manifeſto, quia condictio, quæ de mutuo datur, non eſt actio diverſa ab actione certi, ut Cujacius tandem agnovit; ergo in his verbis, *& de condictione* promittitur condictio, quæ variis ex cauſſis competit, in quibus paſſim hoc titulo dicitur condici poſſe, condictionem dari. Illis vero verbis, *ſi certum petetur* promittitur tractatus de mutuo, quod facile admittit in hac noſtra Rubrica Codicis Fulgoſius, cujus diligentiam & judicium accuratum ſatis laudare non poſſum, quia apertiſſime omnes leges ſunt de mutuo, vel de ſtipulatione, quæ de mutui cauſſa interponitur, ſed in rubrica *D.* dubitat, quia, inquit, tractatur in *d. tit.* quando petitur certum ex aliis cauſſis, quam ex mutuo. Sed reſpondeo, tractatum illum de certi condictione non tam promittere clauſulam illam, *ſi certum petetur*, quæ proprie de mutuo eſt, quam poſtremam *& de condictione*, quæ generalis eſt, & pertinet ad omnes condictiones, de quibus in *d. tit.* aliquid aſpergit; &, ut apertius dicam, promittunt illa verba & condictionem certi, de qua occaſione mutui tractatur accuratius, & condictionem triticariam & condictionem indebiti & condictionem ſine cauſſa & cæteras ſpeciales condictiones, quæ proprios & ſpeciales titulos habent. Eadem fere forma in tit. *de in integrum reſtitutione D.* ſub quo plurifariam Prætor dicitur hominibus, vel lapſis, vel circumſcriptis ſubvenire *l.* 1. *D. eod.* tractatur ſummatim de variis cauſſis reſtitutionum, quæ tamen proprios & ſpeciales ſubjectos habent titulos, quod metus cauſſa, de dolo malo, de minoribus, cum ſequentibus. De condictione incerti vetus quæſtio eſt inter veteres gloſſographos Joannem & Azonem, an ſit proprium nomen actionis, & Accurſius notat ad *l. ſed etſi me putem* 22. §. *cum iter* 1. *D. de condict. ind.* & ibi latius Bartolus. Cujacius in *Parat. C. ad hanc rubr.* & in *notatis Ant. Mercatoris lib.* 2. *cap.* 3. agnovit quamdam actionem incerti generalem. Accurſius in *princ. tituli de verb. obligat. Inſtit.* putat, hanc condictionem incerti dari ex omni contractu, ex quo debetur incertum, excepta tamen ſtipulatione & contra Joannem exiſtimat, eſſe proprium nomen actionis. Bartolus contra agnoſcit aliquam condictionem incerti, quæ datur ex omni contractu, ex quo incertum debetur, & quæ concurrit cum actione propria, quæ datur ex contractu, uti concurrit certi condictio cum actione, quæ datur ex omni contractu, ex quo petitur certum. Reſpondeo, talem generalem actionem ſic appellatam mihi omnino eſſe incognitam, nec utor ineptis rationibus Bartoli, qui neſcit, in *l. permiſiſti* 16. *pr. D. de præſcrip. verbis* actionem incerti eſſe actionem præſcriptis verbis, ut in *l.* 2. *D. de prec.* ubi actio præſcriptis verbis nominatim dicitur incerti condictio, ſed ratione diverſa, quia eſt ex incerto & innominato negotio, de quo non conſtat, quale proprie negotium, num de precario, an ſit commodatum, vel donatio: ex incerto igitur contractu & innominato, ut in *d. l. certi condictio* 9. *pr. D. de reb. cred.* in *l.* 1. §. *debitum* 6. *D. de conſtit. pecun. l. & uno* 18. *pr. D. de acceptil.* eſt incerta & innominata actio, quæ dicitur præſcriptis verbis, & in *d. l. permiſiſti* 16. incerti, id eſt, præſcriptis verbis. Sunt hac in parte multa peccata Bartoli, quæ eruditiſſime refutavit Fulgoſius.

Non utor igitur in hanc rem opera Bartoli, ſed in hoc tractatu condictionis generaliter eſſe dicendum exiſtimo, condictionem certi, qua petitur certum *d. l certi condictio* 9 condictionem triticariam, qua tam certum, excepta pecunia numerata, quam incertum petitur *d. l* 1. *D de condict. tritic* eſſe generales condictiones, quibus ex omnibus contractibus agere licet; illa quidem, ſi petitur certum, hac vero quamvis incertum ſit, nec eſt temere admittendum, quod admittitur *cap* 3 *lib.* 2. *notatorum Antonii Mercatoris*, condictionem triticariam non eſſe generalem, quia per eam non licet petere pecuniam creditam, & non video, qua ratione dici poſſit, actionem, quæ datur ex omni contractu, ſive certum debeatur, ſive incertum, non eſſe generalem, quia in contractu mutui excepta eſt ſola pecunia, cujus exceptionis ratio verior forſitan hæc eſt, quia formula illa, *ſi certum petetur*, primum forte data fuit de pecunia, ut Stephanus Græcus interpres condictionem triticariam primum de tritico datam fuiſſe, unde apparet, quare hæc rubrica proprie ſit de mutuo, cujus frequentiſſimus uſus eſt de pecunia, & ſi negas triticariam eſſe generalem, quia non licet per eam petere pecuniam creditam, eadem audacia negare poſſum, condictionem certi non eſſe generalem, quia per eam non licet incertum petere.

Cæterum has condictiones dico eſſe ſpecies condictionis, ut condictio ipſa eſt actionis ſpecies, actio nempe in perſonam condictitia actio *l. ſi quis certum* 24. *D. de reb cred* § *is quoque* 1 *Inſtit. quib. mod re contrah. oblig.* ſic condictio indebiti eſt ſpecies condictionis, item condictio ſine cauſſa, vel Ulpiano teſte in *d. l* 1 *pr. D. de condictione ſine cauſſa*, & ſic de cæteris, quæ dantur certis & ſpecialibus caſibus, in quibus obſervandum eſt, aliquando eſſe incerti: ſed diligenter eſt obſervandum, hanc incerti condictionem ſpecialem eſſe, quæ datur in ſuo caſu ſpeciali, puta de indebito, quod aliquando eſt incertum: condictionem enim indebiti, vel eſſe certi, vel incerti nominatim ait JCtus in *l* 12. *D. de novat* & condictionem ſine cauſſa in *l.* 3. *D. de condict. ſine cauſſa*, condictionem furtivam in *l. & ideo* 12. §. *Neratius* 2. *D. de condict. furt.* ex quibus omnibus nemo poteſt efficere, eſſe quamdam condictionem incerti generalem, quæ dicitur ex omni contractu, ex quo debetur incertum, verum quidem eſt condictionem eſſe aliquando incerti, quatenus ſpecialis condictio hæc, vel illa non eſt ſemper certi, ſed nulla, ut ego quidem arbitror, dari poteſt condictio incerti generalis, hoc proprio nomine donata. Fateor condictionem triticariam etiam incertum condicere, ſed hæc condictio proprio nomine dicitur condictio triticaria, his igitur rationibus fretus non poſſum cum Cujacio admittere condictionem incerti generalem, & hic ad tempus ſubſiſtere licet.

Ad Leg. 1. *C.* si cert. petat.

IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. MODESTINO.

Neque æquam, neque usitatam rem desideras, ut æs alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu & frater coheres tuus, sed pro æstimatione rerum prælegatarum: cum sit explorati juris, hereditaria onera, ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec tu ipse ignorare videris, cum creditoribus secundum formam veteris juris pro portione tua caveris.

Ipso jure, id est, ex XII. tabulis, actiones, quæ vel heredibus competunt, vel dantur adversus heredes ex persona defuncti, pro portionibus hereditariis divisæ sunt *l. heredes* 25. § *idem juris* 13 *D. famil ercisc l. pacto* 26. *C. de pactis l.* 6. *C. famil. ercisc l. ult. C. de hered. act.* sunt enim actiones personales, ex quibus æquum est, eos teneri, vel agere pro ea parte, qua personam defuncti sustinent, legatarii non sustinent personam defuncti, quia non succedunt in universum jus, sed in rem tantum, ergo non tenentur defuncti nomine. Hanc definitionem ex veteri jure esse, ait hæc nostra lex, legem antiquam *l.* 1. *C. de exception.* ex jure civili *l. si te bonis* 10. *C. de jure delib.* adversus quam Modestinus quidam cum fratre ex æquis portionibus heres institutus, quia pretiosa quædam prælegata fuerant relicta fratri, tentabat non pro portionibus hereditariis, sed pro æstimatione rerum prælegatarum, onera hereditaria ad scriptos heredes pertinere, qui tamen, post mortem defuncti conventus a creditoribus hereditariis, secundum formam juris veteris pro portione hereditaria cavere non dubitavit, sed postea hæc omnia diligentius apud se reputans jus illud, ex quo non pro modo emolumenti, velut est in Basilicis, *hoc loco.* (*lib.* XXIII. *tit.* 1. *part. alt.*) οὐ πρὸς τὴν ποιότητα τοῦ κέρδεος· sed pro portione hereditaria onera pertinent ad heredes, nulla æquitate niti existimavit, quia non videtur rationi & æquitati consentaneum, heredem cui nihil prælegatum est, vel cui forte res quædam vilissimi pretii prælegata est, ex dimidia parte teneri creditoribus hereditariis, quamvis modicam partem rerum hereditariarum non possideat; & forsitan hac ratione uti cœpit in hac quæstione, saltem habendam esse rationem portionis, quam in prælegato heres accipit jure hereditario; quocumque enim genere legati legatum relictum sit heredi, partem a semetipso accipit jure hereditario, partem vero ab heredibus jure legati. *l.* 1 §. *qui vero* 6. *D. quod legat. l. eum, qui* 18. § *ult. D. de his, quæ ut ind. aufer.* hanc igitur quæstionem subtiliter dicebat non esse immunem ab oneribus hereditariis, quia eam habet tanquam heres, non tan-

quam legatarius, ſic quoties quæritur de his, quæ in Falcidiam imputantur, heredi, pars prælegati, quam jure hereditario accipit, in quartam imputatur *l. in quartam* 91. *D. ad leg. Falcid. l. filium, quem* 24. *C fam. erciſc.* & ſi forſitan rogatus ſit heres de portione hereditaria reſtituenda, ſaltem portionem, quam in prælegato habet jure hereditario, tenetur reſtituere *l. in fideicommiſſaria* 18. §. *ult. D. de Trebell.* aliud eſt, ſi ſimpliciter rogatus ſit de reſtituenda portione *l.* 3. §. *cuidam* 4 *D eod tit.* hoc enim caſu omne prælegatum debet reſtituere. Nec eſt admittenda commentitia diſtinctio: vel prælegata præcedunt inſtitutionem, vel ſequuntur, ut primo caſu ſit reſtituenda, ſecundo non ſit reſtituenda: quia, ut eruditiſſime Cujacius docuit, ordo ſcripturæ non mutat cauſſam juris & voluntatis. *l. cum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *D. de leg.* 2. hæc igitur forſitan fuit Modeſtini conjectio; partem prælegati, quam coheres capit jure hereditario, imputat in Falcidiam, nec legatarii jure utitur, idem eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ergo in oneribus hereditariis deducendis habenda eſt ratio hujus portionis, quam in prælegato habet jure hereditario, & propter hanc dubitationem cœpit adire Principem, qui contra reſcribit, non eſſe mutandam formam, veteri jure præſcriptam. Nec obſtant ſuperiores objectiones: imputat in quartam id, quod in prælegato jure hereditario accipit, quoties Falcidiam retinere vult contra voluntatem teſtatoris, cujus tuendæ cauſſa obtinuit, id omne, quod jure hereditario capit, eſſe imputandum in Falcidiam: at ſi Falcidiam ex voluntate teſtatoris retineat, non omne, quod capit jure hereditario, imputare tenetur, ut in elegantiſſima ſpecie *l. Titia* 86. *ad leg. Falcid.* (*t*). Titius ex parte tertia heres inſtitutus, & rogatus de reſtituenda parte hereditatis, retenta tamen parte quarta, cum ei prædia quædam prælegata eſſent, in reſtitutione fideicommiſſi ex prælegatis imputat tantum in partem quartam, id eſt, in Falcidiam, quam teſtator voluit eum retinere, duodecimam partem prælegatorum, id eſt, partem quartam trientis, quam in prædiis prælegatis habuit jure hereditario, quia tres coheredes erant inſtituti, qui tamen alias teneretur trientem integrum imputare, ſi Falcidiam haberet contra voluntatem teſtatoris: cujus conſervandæ cauſſa hæc imputatio obſervanda eſt. At in ſpecie noſtræ legis manifeſta eſt voluntas teſtatoris, qui hoc prælegatum integrum coheredem habere voluit extra portionem hereditatis *d. l. cum reſponſo* 12. *C. de legatis* non eſt igitur admittenda hæc diſtinctio juris, vel diverſitas poſſeſſionis ad ſubvertendam manifeſtam voluntatem teſtatoris, & remanet definitio juris veteris, quæ dictat non ratione emolumenti, ſed ratione portionis, in qua heres inſtitutus eſt, onera hereditaria pertinere ad coheredem, ut in ſpecie *l. ex facto* 35. §. 1. *D. de hered. inſtit.* & in *l. quoties* 13. *C eod tit.* nec tibi licet ab hac definitione recedere prætextu æquitatis, quæ nulla eſt, quia facis contra voluntatem defuncti, ut convincit *d. l. Ti-*

(*t*) Hunc textum plenius expoſuit pater meus J. Voorda *Interpretat. & Emendat. l.* 11. *c.* 6. *&* 7. *edit. noviſſ.*

l. Titia 86. & ſic reſpondendum eſt ad ſecundam objectionem, ut in his omnibus caſibus præcipua & ſumma æquitas ſit, conſervare defuncti voluntatem.

Ad Leg. 2. & 4. *C.* ſi cert. petat.

L. 2. IMP. ANTONINUS A. HERMOGENI.

Quamvis pecuniam tuam Aſclepiades ſuo nomine crediderit: ſtipulando tamen ſibi jus obligationis quæſivit: quam pecuniam ut poſſis petere, mandatis tibi ab eo actionibus conſequeris.

L. 4. IMPP. PHILIPPUS A. ET PHILIPPUS C. MAXIMO.

Si abſentis pecuniam nomine ejus fœnori dediſti, ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris, præſes provinciæ juriſdictionem ſuam præbebit. § 1. *Idem ſi ceſſare mandatum animadverterit, utilem tibi adverſus debitorem eo actionem nomine competere non negabit.*

Qui alienam pecuniam ſuo nomine mutuam dat, ex numeratione condictionem, neque ſibi, neque domino pecuniæ acquirit; non ſibi, quia non tranſtulit dominium pecuniæ, quod non habuit *l.* 2. §. *appellata* 2. *D. de reb. cred.* non domino, quod dum ſibi vult, alteri noluit acquirere, ut eleganter loquitur *l. multum* 6 *C. ſi quis alteri, vel ſibi ſub alterius nom &c.* & tamen ſi hanc pecuniam ſibi dari ſtipulatus fuerit, jus obligationis, id eſt, obligationem verbis contractam, & actionem, quæ datur ex ſtipulatione, ſibi quæſivit, nam ſi; domino ſuam pecuniam adnumerante, & ſtipulationem antea, vel poſtea interponente, unus contractus eſt, id eſt, verborum obligatio *l.* 6 §. *ult. juncta l.* 7 *D. de novat.* quamvis hoc caſu conjunctim re & verbis contractus factus videatur *l. certi condictio* 9. §. *quoniam* 3. *D de reb. cred. l. obligamur* 52 *pr D de act & oblig* extraneo alienam pecuniam dante, nulla habita ratione inutilis contractus, qui re celebrari non potuit, ſine translatione dominii, evidentius apparet, remanere ſolam ſtipulationem, quæ verbis contrahitur, ut vice verſa, ſi ſubjecta ſtipulatio ſit inutilis, remanet contractus mutui utilis *l ſi ita ſtipulatus* 126 §. *Chryſogonus* 2. *D. de verb obligat.* ſi igitur conſiſtit obligatio propter utilem ſtipulationem, non video, qua ratione dici poſſit, poſſe condicere extraneum nummos forte extantes, & nondum conſumptos, vel potius poſſeſſionem nummorum, quod Fulgoſius tentat argumento *l. indebiti* 15. §. *ſed etſi nummi* 1. *D. de condict. indeb.* & D.

Cu-

Cujacius ad hanc legem (Tom IX. Oper) probare videtur: fateor extraneum poſſe revocare poſſeſſionem pecuniæ alienæ indebitæ, vel pecuniæ, quam ſine cauſſa dedit: at qui pecuniam habet ex ſtipulatione, eam non poſſidet neque indebitam, neque ſine cauſſa: ergo non poteſt revocari poſſeſſio condictione incerti ſine cauſſa, ut in *d. l. indebiti* 15. §. *ſed etſi nummi & in l.* 2 *D. de condict. tritic.* quod Accurſio noſtro placuiſſe videtur, domino vero, nummis extantibus, nemo dubitat dari vindicationem, & male conſumptis actionem ad exhibendum, argumento *l rogati* 11. § *ult. D de reb. cred.* §. *nunc admonendi* 2. *Inſtit. quibus alien. licet, vel non* Cæterum agere poteſt dominus adverſus extraneum actione competenti, puta, mandati, ſi procurator ſit, vel deficiente actione mandati, negotiorum geſtorum, ut teneatur acquiſitam actionem mandare; ſed quæritur, an, actione non mandata, domino competat ut lis actio, quod placuit Cyno & Bartolo, & Cujacius probare videtur argumento *l. ſi me & Titium* 32 *D. de reb. cred.* & *l.* 4. *C hoc noſtro tit.* quod ego temere non poſſum admittere, quia regulariter per liberam perſonam non acquiritur actio, vel directa, vel utilis *l. ſolutum* 11 § *per liberam* 6. *D. de pigner. act* & id eſt, jure ſingulari receptum certis caſibus, ut ſaltem utilis acquiratur, ut in Prætoriis ſtipulationibus. *l.* 5. *D. de Præt. ſtipul.* & quæſo, ſi in ſtipulatione procuratoris, qui pecuniam militis credidit, & ſibi dari ſtipulatus eſt, jure quodam ſingulari, favore militiæ admiſſum fuit, utilem actionem acquiri militi, idque exemplo pupilli & minoris *l. ſi pecuniam* 26. *D de reb. cred. l.* 2. *D. quando ex facto tut., minores agere, vel conv. poſſunt.* an jus hoc ſingulare in paganis & majoribus indiſtincte admittere debemus? porro ut ex negotio a procuratore geſto acquiratur utilis actio domino, vel, ut detur adverſus dominum, deſideratur in caſu ſingulari, de quo Ulpianus in *l. Julianus* 13. §. *ſi procurator* 25. *D. de action. empti.* ſpeciale mandatum domini ex ſententia Papiniani, quia hoc caſu, ut datur adverſus dominum actio utilis ad exemplum inſtitoriæ actionis, ut in *l. liberto* 31. *pr. D. de neg. geſt.* ſic per contrarium æquum eſt acquiri utilem actionem domino per procuratorem, & hanc Papiniani ſententiam exſtare quoque in *l. quod procurator* 68 *D. de procurat. ex lib* 3. *reſponſ.* quem librum nominatim laudat Ulpianus in *d. . ſi procurator* 25. & ſerva, quod ait dicta lex 68. *quod procurator, mandato non refragrante*, id eſt, interveniente ſpeciali mandato de re emenda, vel vendenda, non ſine certo & ſpeciali mandato, non poteſt invito procuratore dominus agere, id eſt, neque utili actione *l. poſſeſſio* 49. §. *ult. D de acquir vel amitt. poſſeſſ* & hac diſtinctione adhibita conciliandæ ſunt hæ duæ leges: nec eſt ſupplenda negatio in *d. l. quod procurator* 68. ex libris Baſilicorum, quorum ſæpe ſubleſta fides, quod aliquando Cujacius tentavit ad *d. l. quod procurator* 68. *D lib.* 3. *Reſponſ. Papiniani* ſic igitur hæc ſententia Papiniani obtinuit, acquiri utilem actionem propter ſpeciale mandatum, nec quicquam probat in contrarium dicta lex *ſi me & Titium* 32 quæ dat condictionem pecuniæ Cajo, cujus facto pervenit pecunia ad Sempronium, quamvis Sempronius non exiſtimaverit, eum, a quo juſſu Caji pecuniam accipit, eſſe debitorem Caji, ſed Titii, quo caſu Sempronius videtur nullum negotium voluiſſe contrahere cum Cajo, ſed cum Titio, & quamvis pecunia non vi-

videatur credita a Cajo, quia hoc tantum inter conventientes fieri poteſt, tamen quia re ipſa, facto nempe Caji, pecunia pervenit ad Sempronium competit condictio ex bono & æquo, ut in *l. non omnis* 19. §. 1. *D. eod tit.* ſi pupillus ſine auctoritate tutoris crediderit pecuniam, conſumpta pecunia, dari dicitur condictio non alia ratione, quam quod facto pupilli pecunia intelligitur perveniſſe ad debitorem, quæ ratio ceſſat in ſpecie noſtræ legis, in qua nullum verſatur domini factum, ſed longe melius eſſe argumentum ductum a *l. 4. pr. hujus tit.* cujus hæc eſt ſententia. Titius pecuniam Sempronii abſentis credidit nomine Sempronii, acquiſita eſt directa actio Sempronio *d. l. certi* 9. *D.* §. *ſi nummos* 8. *D. de reb. cred. d l. ſi ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus* 2. ſed reverſus Sempronius nomen reprobavit, ſi non bene collocatam pecuniam a Titio exiſtimavit, quia forte, cui Titius pecuniam credidit, non eſt ſolvendo, &, ut Græci recte ponunt, vult agere Sempronius adverſus Titium actione competenti, quod ei non denegatur, ſed directam actionem, quæ ei per Titium acquiſita fuit, mandare debet Titio, ut agat adverſus debitorem, & actione directa non mandata, poteſt Titius agere utili, quæ nominatim ei competere dicitur, hoc caſu manifeſta eſt æquitas, quæ ſuadet dandam eſſe actionem utilem Titio adverſus debitorem, quia pro debitore ſolvere tenetur Sempronio, & qui pro debitore ſolvit creditori, habet utilem actionem. *l. 1. C. de obligat. & act.* ut ſenſim videatur admiſſum, non ex conſtitutionibus profectum, non mandata directa, dari utilem *l. 1.* §. *nunc tractemus* 10. *juncta* §. *ſequenti D. de tutel. & rat. diſtrah. l. 2. C. de act. & oblig.* quia omnibus his caſibus, qui pro alio ſolvit, pretii nomine, creditori dediſſe videtur argumento *l. Modeſtinus 76. D. de ſolut.* & *l. cum poſſeſſor 5. pr. D. de cenſib.* ſed quod conſtitutiones certis caſibus admittunt, ſine manifeſta ratione ſimilis æquitatis ad omnes caſus non eſt temere trahendum.

Ad Leg. 3. *&* 16. *C.* ſi certum petatur.

IMP. GORDIANUS A. SEMPRONIO.

Eos, qui officia adminiſtrant, neque per ſe, neque per ſuppoſitas perſonas, tempore officii ſui in provincia fœnus agitare poſſe, ſæpe reſcriptum eſt.

L. 16. IMPP. HONOR. ET THEOD. AA. THEODORO PP.

Quisquis judici fœnebrem pecuniam mutuaverit, ſi in provincia fuerit verſatus, quaſi emtor legum atque provinciæ, vel ſi quis collectarius honoris pretium dederit ambienti, exilii pœna una cum ipſo judice plectetur.

Notiſſimum eſt principalibus conſtitutionibus cautum eſſe, ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos ſunt, puta, aſſeſſores & domeſtici, ut in *l. unica C de contractib. judic. &c.* negotientur, mutuamve pecuniam dent, aut fœnus exerceant *l. principalibus* 33. *D de reb. cred.* ut omnis removeatur ſuſpicio impreſſionis, quia, ut in litibus exercendis humiliores potentioribus pares eſſe non poſſunt, ut eleganter *lib.* 3. *D. de alien. jud mut. cauſſa.* ſed in contractibus prævaluiſſe ſemper videtur auctoritas Magiſtratuum, qui & obtentu contractus, jure recepti, illicitas exactiones exercere poſſunt in provincia, hæc enim prohibitio proprie pertinet ad magiſtratus provinciales, & ita Modeſtinus in *d. l. principalibus* 33. nominatim ait, *hi qui provinciam regunt*, id eſt, Præſes provinciæ, vel procurator Cæſaris, qui cum Præſide dicitur regere provinciam ab Ulp. loco ſingulari in collatione legis Moſaïcæ cum lege Rom. *tit ad legem Fabiam de plagiariis*, quem locum eruditiſſime D. Cujacius expoſuit & emendavit *cap.* 13. *lib.* XIX. *Obſerv.* ſed procurator Cæſaris non univerſam provinciam regit, ſed in partem tantum adminiſtrationis venit; Præſes vero provinciæ univerſam provinciam recte regere dicitur, quia diverſa provincialium deſideria, quæ Romæ varios judices habent ad officium Præſidis pertinent, & generaliter de omnibus cauſſis cognoſcit, de quibus vel Præfectus urbi, vel Præfectus prætorio, vel Conſules, vel Prætores cæterique Romæ Magiſtratus cognoſcerent *l.* 10. *&* 11. *D. de offic. Præſidis*, quod plane eſt univerſam regere provinciam, quia & majus imperium in provincia habere dicitur poſt principem *l.* 4. *D. eod. tit.* & hoc ſenſu Ulp. in *l.* 6. §. *qui univerſas* 8 *D. eod* qui univerſas provincias regunt, habent jus gladii, id eſt, Præſides, vel Proconſules ad differentiam procuratorum Cæſaris, qui quamvis dicantur regere provincias, tamen jus gladii non habent, niſi fun-

fungantur vice Præsidum. Præses enim, qui vel unam provinciam regit, hanc universam provinciam regere dicitur: & male quidam hunc locum accipiunt de Magistratibus, qui non unam, sed plures provincias regunt, quales fuerunt illi, qui posterioribus temporibus diœceses & tractus provinciarum regebant Præfecti prætorio a Constantino instituti, Vicarii & cæteri plane Ulpiano nostro incogniti, ut alias dicam latius, sed ad rem. Non potest præses mutuam pecuniam dare, quæritur, an accipere, quod permittit *l. Præsidis* 34. §. 1. *D. de reb cred.* licet enim provinciali subvenire inopiæ Præsidis, sed contra id nominatim prohibere videtur lex *penult. hujus tit.* de cujus vero sensu quærendum est. Veteres Latini fere omnes sic accipiunt, quasi dicta lex 34. §. 1. per hanc correcta sit, quia Provincialis, qui Præsidi mutuam pecuniam dat, Præsidem corrumpere videtur, quæ sententia longe antistat Græcorum ariolationi, qui hanc legem sic accipiunt, si quis Præsidi fœnebrem pecuniam dederit & forte venerit in provinciam debiti exigendi caussa, quia Præsidi auctor fit furti, vel, ut loquuntur, quasi emptor legum plectatur exilio solus sine judice, sic enim exponunt illa verba, *si in provincia fuerit versatus*, id est, si in provinciam venerit. Secundo vero casu dictæ legis pen. *qui dat pecuniam honorem ambienti*, plectitur una cum judice, quod & admittit interpretatio Cujacii, ut primo casu plectatur solus, qui pecuniam dedit Præsidi, sed elegantiori sensu, si in provincia versatur is, qui nempe pecuniam credidit, quasi mercator legum & provinciæ, id est, quasi a Præside leges ad suam voluntatem nundinari possit, quasi possit quidvis a Præside impetrare, quem obæratum tenet, quæ sententia prima fronte plausibilis videtur, nec tamen vera, quia utroque casu lex ait mutuum dantem una cum judice esse plectendum, nec de solo creditore puniendo vestigium ullum in hac lege, & qui mentitus de Præsidis familiaritate vendit eventus litium, puniendus est, non quia pecuniam credit, sed quia fumos vendit apud Paull 5. *sent. ad leg. Cornel. de falsis* §. *ult.* Dicam igitur in genere, quod sentio, vereor, ne hæc nostra lex non satis intellecta sit, quæ duos casus notatu dignos continet, quibus non licet pecuniam dare judici: &, ut intelligatur, sciendum est, ætate Honorii & Theodosii auctorum hujus legis, ut sæpe apud Rom. Impp. propter fisci inopiam venales fuisse dignitates, vel honores juris gladii, ut Lampridius loquitur, cujus rei locupletissimus testis D. Joannes Chrysostomus, quem constat floruisse hoc sæculo, *homil.* 1. *in epist. ad Rom.* dignitates, inquit, temporales sunt & pecuniis venales, vel ut loquitur ἀξιώματα προσκέρδη, & ita in hac lege pretium honoris in Basilicis δόσις τὴς ἀρχῆς· & hoc statim post excessum Honorii & Theodosii successorem Martianum prohibuisse nominatim ait Theodorus lector in collectaneis historiæ Ecclesiasticæ; sed, quamvis admittant Imperatores licitationes dignitatum, hanc tamen conditionem adhibendam censent in hac lege, ut de suo, non de aliena pecunia, dignitates emant, nam, si mutuam accipiunt, datur occasio vexandæ provinciæ, omnem enim rationem comparandæ pecuniæ excogitabit magistratus, qui forte eam accepit sub gravissimis usuris, ut nominatim Justinianus ait Nov. 8. hoc est igitur, quod postrema pars hujus legis ait, ut si collectarius, id est, argentarius, vel, ut scholia Basilicων exponunt recte, Trapezita dederit pecuniam

honorem ambienti, una cum ipſo judice plectatur; prima vero pars ſic videtur accipienda, ut illa verba (*u*), *ſi in provincia fuerit verſatus, quaſi emptor legum atque provinciæ*, legantur una ſaliva, ſine diſtinctione & referantur non ad eum, qui judici fœnebrem pecuniam dedit, ſed ad judicem ipſum, ſi male fuerit in provincia verſatus, vel, ut eleganter ait, quaſi mercator legum atque provinciæ, id eſt, quaſi mercatus fuerit leges & provinciam, & ad dignitatem acceſſerit, ut nummarium tribunal, quod pecunia data comparaverat, & ipſe deinde addiceret, ut Seneca *lib.* 1. *de benefic. c.* 9. *in fin.* eodem ſenſu mercatores provinciarum dicuntur, qui male verſantur in provincia a M. Tullio in *Orat poſt reditum ad Quirites c.* 9. *mercatores provinciarum revocando domum, atque ab iis provinciarum rationem repetendo.* & de turpiſſimo Verre, *lib.* IV *in Verr. c.* 4. *mercatorem in provinciam cum imperio ac ſecuribus miſimus.* Ex quibus omnibus apparet, judicem hoc loco elegantiſſime dici verſari in provincia, tanquam emptorem legum & provinciæ, qui provinciam vexat execranda cupiditate; & huic prohibet hæc lex mutuam pecuniam dari. Finge Præſidem eſſe, qui neque tempus, neque finem habet expenſarum, qui provincialium vires exhaurit, huic ſi quis credat pecuniam, ſimilis eſt ei, qui pecuniam credidit honorem ambienti, nam rurſus occaſionem ſubminiſtrat vexandæ provinciæ: plectitur igitur eadem ratione una cum judice: at ſi quis judici temperanti & caſto, qui cum ſumma integritate provinciam moderatur, pecuniam credat, puta, ut ſubveniat inopiæ Præſidis non tenetur: & hoc caſu permittit dicta lex *Præſidis* 34. magiſtratibus pecuniam dari.

(*u*) Felicius, me judice, priora hæc verba expoſuit Merillius *Obſ.* 1. 30.

Ad Leg. 5. 6. & 10. *C.* si certum petatur.

L. 5. IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. ARISTODEMO ET PROCULO.

Si non ſinguli in ſolidum accepta mutui quantitate, vel ſtipulanti creditori ſponte vos obligaſtis (licet uni numerata ſit pecunia) vel interceſſionis nomine hanc pro reo ſuſcepiſtis obligationem; fruſtra veremini, ne ejus pecuniæ nomine vos convenire poſſit, quam alii mutuo dedit, ſi intra præſtitutum tempus rei geſtæ quæſtionem detuliſtis. Ac multo magis inanem timorem geritis, ſi, pecunia numerata, oleum ſuſceptum inſtrumento ſit collatum: cum ſi reddendi ſtipulatio nulla ſubjecta eſt, & hujus rei eſt habita ſolennis conteſtatio, in ſuo ſtatu remanente eo, quod vere factum interceſſit, ex olei accepti ſcriptura nihil deberi manifeſtum eſt.

L. 6. IIDEM AA. ET CC. NICANDRO.

Si ex pretio debitæ quantitatis, facta novatione per ſtipulationem, uſuras licitas ab eo, contra quem ſupplicas, ſtipulatus es, falſa mutuo datæ quantitatis demonſtratio præmiſſa, cum obligationis ſubſtantia non defecerit, quo minus usque ad modum placitum uſuræ poſſint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum ſtipulationis tantum mutuam pecuniam datam conſcriptum eſt, & ejus præſtari fœnus convenit, ſimulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione.

L. 10. IIDEM AA. ET CC. CRISPINO.

Eo, quod a multis proprii debiti ſingulorum obligationis uno tantum inſtrumento probatio continetur, exactio non interpellatur.

Nam ſi pro pecunia, quam mutuo dediſti, tibi vinum ſtipulanti, qui debuerant, ſpoponderunt: negotii geſti pœnitentia contractum recte habitum non conſtituit irritum.

Legis quintæ duæ ſunt partes. Primæ ſententia hæc eſt eum, cui pecunia mutua data non fuit, cum revera alteri fuit numerata, non eſſe obligatum, quamvis inſtrumento contineatur datam fuiſſe utrique pecuniam, ſi intra tempus præſtitutum, id eſt, intra biennium ex conſtitutione Juſtiniani *l. in contractibus* 14. *pr. C. de non numerata pecun* proponat querelam non numeratæ pecuniæ, ut Græci & Latini interpretes recte ponunt ad illa verba *ſi intra tempus præſtitutum rei geſtæ quæſtionem detuliſtis*, ſed hujus regulæ ſunt tres exceptiones. Prima hæc eſt, ſi duo facti fuerint rei debendi, id eſt, ſi in ſolidum utriusque fidem ſecutus ſit creditor, qui uni pecuniam numeravit hac enim ratione etiam in contractibus, qui re contrahuntur, fiunt duo rei debendi *l eandem 9 pr. D. de duob reis l. cum te in Gallia 9. l. ſi in rem* 12. *hoc tit.* perinde enim eſt, ac ſi fuiſſet eadem ſumma numerata utrique, quod & Accurſius obſervat recte hoc loco. Secunda hæc eſt, ſi ſolemnitate verborum, ut in *d. l. ſi in rem* 12. id eſt, per ſtipulationem facti fuerint duo rei promittendi, ut in tit Inſtit. *de duob. reis.* Tertia ſi alter interceſſionis nomine ſuſcipiat alienam obligationem, id eſt, ſi pro eo, qui pecuniam accipit, factus ſit fidejuſſor, vel expromiſſor, ut in *l.* 4. §. *ait Prætor* 3. *D. de re judic.* Secundæ partis ſententia hæc eſt, ſi pecunia revera numerata ſit, & tamen inſtrumento debiti contineatur oleum fuiſſe ſusceptum, nihil omnino deberi ex inſtrumento, neque ab eo, qui pecuniam accepit, qui nempe remanet obligatus ex numeratione pecuniæ, niſi huic conventioni ſtipulatio ſubjecta ſit, & ratio hujus deciſionis eſt elegantiſſima, quia pacto nudo fieri non poteſt, ut mutetur natura & ſubſtantia mutui, quæ talis eſt, ut reddatur res ejusdem generis & bonitatis *l.* 2. *l.* 3. *D. de reb. cred.* id eſt, pecunia pro pecunia, triticum pro tritico, vinum pro vino, & ſic de cæteris rebus, quæ quantitate valent, non corpore, quoniam igitur id actum, ut, pecunia mutua data, debeatur oleum, quo potius genere contrahitur permutatio, nihil agitur illa nuda conventione; veritatem non mutat ſimulatio, & remanet mutuum in pecunia, quæ numerata fuit; rebus quidem traditis, ut res tradantur, contrahitur permutatio, *l naturalis* 5. §. 1. *D. de præſcript. verb. l. rebus 6. C. de rer. permutat.* cum hoc nempe ita agitur nominatim a contrahentibus: nam ſemper inſpicimus propoſitum, cauſſam, initium contractus *l.* 4. *D. de reb. cred l* 8. *pr. D. mandati l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *D depoſiti*, non mutat igitur pactum nudum initium contractus, qui cœpit a mutuo. Aliud eſt, ſi apponatur ſtipulatio, quæ innumeris juris caſibus confirmat, quod ex pacto nudo valere non poteſt, & huic fini ſtipulatio concludere ſolet omnes contractus *l* 7. §. *quod fere* 12. *D. de pactis l. ſi dominus* 8. *D. de præſcrip. verb.* quod belliſſime probat elegantiſſima ſpecies legis ſequentis, ad quam primum obſervandum eſt illa verba, *ſi ex pretio debitæ quantitatis*, non eſſe accipienda de pretio debito ex contractu venditionis quaſi pre-

pretium debeatur ex venditione, nec, ſi verum amamus, verba hunc ſenſum admittunt; ſed ita ſimpliciter ſunt accipienda. Titium debitorem ex contractu mutui debuiſſe Sempronio certam quantitatem frumenti, puta, vel vini, quam cum peteret Sempronius, nec quantitatem debitam haberet præ manibus Titius in ſumma inopia, puta, vini, vel frumenti; petere cœpit beneficii gratia, quod plerumque fit, ut pro debita quantitate vini, vel frumenti daret pretium quantitatis, id eſt, juſtam æſtimationem, ut in ſpecie vexatæ *l. vinum* 22. *D. de reb. cred* is, a quo vinum petitum eſt, non moratur, vel fruſtratur, non negat, ſe debere vinum, ſed offert æſtimationem vini, cum vinum non habeat, ſed quia non poteſt convenire inter partes de juſta æſtimatione vini, judex acceptus eſt, non ad rem judicandam, ſed æſtimandam, ut Cujacius docuit ad edictum Paulli in *l. proinde* 25. §. 2. *D. ad leg. Aquil* ſed in noſtra lege, ſine judice a Sempronio & Titio pretium debitæ quantitatis conſtitutum eſt, & facta novatione per ſtipulationem uſuras licitas a Titio Sempronius ſtipulatus eſt, & inſtrumento conſcriptum eſt, hanc pecuniam debere Titium ex mutuo, quod tamen falſum eſt, debuit enim frumentum, vel vinum, nec ulla pecunia tradita fuit, & tamen ex ſtipulatione poteſt petere pecuniam cum uſuris: aliud eſt ſi nuda conventio tantum interpoſita fuerit, nec poteſt pactum nudum mutare ſubſtantiam contractus, ut habuimus in *l. præcedenti*, & confirmat lex *eo quod* 10 *hoc tit.* ubi particula *nam* novam ſententiam proponit, quæ non pendet ex præcedenti, quæ nempe hoc tantum vult, uno inſtrumento contineri poſſe plures obligationes, quod ſi hoc non poteſt pactum initio contractus, multo minus poterit ex intervallo, & mihi videtur ſimplex & perſpicua enarratio noſtræ legis, ad quam nihil pertinet quæſtio *l ſingularia* 15. *D. de reb. creditis*, quam pugnare cum *l. qui negotia* 34 *D. mandati*, poſt Fulgoſium & Molinæum veriſſime docuit Cujacius *Tractatu 5. ad Africanum.*

Ad Leg. 7. *C.* ſi cert. petat.

IIDEM AA. ET CC. PACTUMEJO.

Non unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, ſed qui contraxit, ſi propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus requiritur.

Elegans eſt ſententia hujus legis retenta lectione vera, quam conſervant libri manu exarati & confirmant interpretatio Accurſii, non eſſe quærendum, unde originem habeat pecunia, id eſt, non eſſe quærendum initium acquiſitionis domini pecuniæ, ut in *l.* 19. *C. de donat.* ſed hoc tantum eſſe quærendum, an propria pecunia numerata ſit, ut intelligatur, recte contractum eſſe mutuum, & competere condictionem, quæ alias non datur, niſi conſumpta

pta pecunia, male igitur admiſſa fuit corrupta lectio *ſi ut propriam:* nam legendum eſt *ſi propriam*, quod & Baſilica confirmant, *hoc loco* (*lib.* XXIII. *tit.* 1. *part. alt.*)

Ad Leg. 8. *C.* ſi cert. petat.

IIDEM AA. ET CC. PROCULO.

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poſcebas, argentum, vel jumenta, vel alias ſpecies, utriusque conſenſu æſtimatas accepiſti, dato auro pignori, licet ultra uſuram centeſimam uſuras ſtipulanti ſpopondiſti, tamen ſors, quæ æſtimatione placito partium definita eſt, & uſurarum titulo legitima ſumma tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodeſſe poteſt, quod minoris eſſe pignus, quod dediſti proponis, quo minus hujusmodi quantitatis ſolutioni pareas.

Si debita quantitas placito partium æſtimata fuerit, & convenerit de præſtandis uſuris tanquam mutuo debitæ pecuniæ, hoc pactum nudum nihil mutavit ex præcedenti obligatione, & debetur non pecunia, ſed quantitas antea credita, ut habuimus ſupra in *l. ſi ex pretio* 6. ſed ſi a creditore petat Titius pecuniam mutuam, quam cum non haberet creditor, dedit ei certa corpora utriusque conſenſu æſtimata; quæritur, an ex convento pretio contrahatur mutuum, & pecuniam debeat, qui res accepit etiam non interpoſita ſtipulatione? Vulgo exiſtimant reſcribere in hac lege Impp. contrahi mutuum, ut in ſpecie *l. rogaſti* 11 *pr. D. de reb. cred.* quod tamen in eodem caſu nunquam admiſit Africanus *l. qui negotia* 34. *pr. D. mandati*, at hoc noſtro caſu obtinuiſſe putant; quia res meas do tibi æſtimatas communi conſenſu: in *l. ſi ex pretio 6. hoc tit.* æſtimatur quantitas debita, cujus dominium eſt penes debitorem, & fingitur credita pecunia pro quantitate, in qua jam mutuum conſtitit, quod mutari non poteſt nudo pacto. In hac lege do tibi res meas æſtimatas certo pretio, ut pretium ex mutuo debeatur, quæ conventio fuit admiſſa, & quamvis ultra legitimas uſuras certam ſummam ſtipulatus ſit creditor, debentur tamen cum ſorte conventa uſuræ legitimæ, quamvis minoris pretii pignus datum ſit *l. creditor* 25. *D. de reb. cred.* ſed valde notandum exiſtimo, in hoc caſu ſtipulationem fuiſſe interpoſitam, ex qua, non mirum, ſi detur petitio ſortis & uſurarum; nec enim de uſuris præſtandis tantum, ſed etiam de ſorte placito partium definita ſtipulatio interpoſita videtur, ut in *d. l. ſi ex pretio* 6.

Ad

Ad Leg. 9. & 12. C. ſi cert. petat.

L. 9. IIDEM AA. ET CC. ALEXANDRO.

Cum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus, itemque numeratam pecuniam mutuo dediſſe, ut Romæ ſolveretur, precibus aſſeveras, aditus competens judex, ſi duos reos ſtipulandi, vel re pro ſolido tibi quæſitam actionem, ſive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum, alioqui quod dediſti, ſolum reſtitui tibi jubebit.

L. 12. IIDEM AA. ET CC. THEOPHANIO.

Si in rem communem cum Jone mutuam ſumſiſti pecuniam, nec re, nec ſolennitate verborum vos obligaſtis in ſolidum, & ſi eam poſt integram ſolviſti; de reſtituenda tibi parte contra Jonem experiri, ut debitum poſcens, judice cognoſcente, potes.

Et re, vel verbis duo conſtituuntur rei debendi, vel promittendi *l. 5. ſupra hoc tit.* ſic & duo rei credendi, vel ſtipulandi, ſi id agatur, ut uno numerante pecuniam debitor ſingulis obligetur in ſolidum, vel ſi ſinguli in ſolidum pecuniam dari ſtipulati ſint, quo caſu poteſt unus agere in ſolidum: quod ſi actum non ſit, non ſunt duo rei credendi, & unus pro parte tantum agere poteſt, niſi partim proprio, partim procuratorio nomine agat, id eſt, niſi factus fuerit procurator ab eo, cui pars debetur, nam cum non ſunt duo rei credendi, unus tantum poteſt partem exigere, ut, ſi non ſint duo rei debendi, tenetur unus partem tantum ſolvere; ſed ſi forſitan unus ultro ſolidum ſolvat, ab eo, qui partem debuit, partem repetit, vel actione negotiorum geſtorum, vel alia actione competenti, pro ſocio puta, vel mandati, vel tanquam debitum utili condictione, quæ datur ſolventi, quamvis ei non fuerit ceſſa directa a creditore, quam in rem ſunt elegantiſſima verba legis 12. *ut debitum poſcens judice cognoſcente*, petere poteſt, utili nempe condictione, quaſi ſit tibi debitum, quod pro alio ſolviſti, & idem dicendum, ſi duo fuerint rei promittendi uno ſolidum ſolvente: nam & hoc caſu ſolventi datur utilis condictio pecuniæ *l. 2. C. de duob. reis*, illo loco *Rector Provinciæ juvare te adverſus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepiſti, non cunctabitur*, data nempe utili actione.

Ad Leg. 11. *C.* ſi cert. petat.

IIDEM AA. ET CC. MAXIMIANO.

Incendium aere alieno non exuit debitorem.

Ait, eum, qui mutuum accepit, præſtare caſum fortuitum *l.* 1. §. *& ille* 4. *D. de oblig. & act.* eſt enim debitor generis, quod perire non poteſt *l.* 9. *&* 10. *D. de uſufr. ear. rer., quæ uſu conſum.* id eſt, dominus rei peremtæ, quæ regulariter perit domino, *l. pignus* 9. *C. de pignerat. act.* & hoc a majoribus fuiſſe conſtitutum Seneca ait *de benefic. l.* VII. *c.* 16. his verbis, *quid tu tam imprudentes judicas majores noſtros fuiſſe, ut non intelligerent, iniquiſſimum eſſe, eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam a creditore acceperat, alea, aut libidine conſumpſit, & eum, qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo triſtiore caſu aliena cum ſuis perdidit? nullam excuſationem receperunt, ut homines ſcirent, fidem utique præſtandam; ſatius enim erat, a paucis juſtam excuſationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.* Ineptiſſimum igitur fuit conſilium nebulonum quorumdam, qui ædes, quas circa forum habebant, incendi data opera curarunt, ut æris alieni liberationem impetrarent, auctore Dione *lib.* 55. quam tamen Auguſtus denegavit, ſuſcepta cura incendiorum, & pertinet ille locus ad id, quod JCtus ſcribit *l.* 1, 2. *&* 3. *D. de offic. Præfect. Vigil.*

Ad Leg. 13. *C.* ſi cert. petat.

IIDEM AA. ET CC. FRONTONI.

Eum, qui mutuam ſumſit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fœnori dante, principaliter obligatum, obnoxium remanere oportet.

Quamvis in rem domini credita ſit pecunia procuratori, tamen ſi non eſt credita contemplatione domini, procurator, qui pecuniam accepit, principaliter obligatur, nam & principaliter cum eo, qui pecuniam accepit, negotium geſtum eſt §. *ult. Inſtit. quod cum eo, qui in alien. poteſt. eſt &c.* ſed ſi forſitan ſecutus litteras domini, quibus nempe dominus mandavit creditori, ut pecuniam crederet procuratori, dominus tenetur mandati, procurator principaliter obligatur *l. ſi litteras* 7. *C. Mandati.* & contra ſi contemplatione domini in rem domini pecunia credita ſit procuratori, tenetur dominus directa actione negotiorum geſtorum, mandato nempe non interveniente, procura-

rator vero nulla *l. 6. §. 1. D. de neg. geſt.* ſed ſi liberto, vel amico quis mandaverit pecuniam mutuam accipere, & creditor ſecutus litteras ſcriptas ad amicum, vel libertum, quæ ſimpliciter mandatum continebant de mutua pecunia accipienda, contraxerit cum amico, vel liberto, accepto fidejuſſore, qui ultro ſuſcepit obligationem, quæritur, an detur adverſus dominum negotiorum geſtorum actio, ſi forſitan in rem ejus pecunia verſa non ſit, & hoc caſu non competit diverſa actio negotiorum geſtorum, ſed datur utilis ad inſtar inſtitoriæ actionis tam creditori, quam fidejuſſori. *l. liberto* 31. *pr. D. de neg. geſt.* quaſi præpoſuiſſe libertum, vel amicum mutuæ pecuniæ accipiendæ dominus videatur. *l.* 10. §. *idem Papinianus* 5. *D. mandati.* & hujus negotii explicandi cauſſa pecunia credita ſit, nec ponendum exiſtimo contra verba *d. l. liberto* 31. *pr.* mandaſſe dominum liberto, vel amico, ut pecuniam acciperet ab homine certo, Titio puta, vel Sempronio, ſed mandaſſe ſimpliciter, ut mutuam pecuniam acciperet, nam ſi nominatim mandaverit, ut accipiat mutuam a Titio, dabitur quidem Titio utilis actio ad inſtar inſtitoriæ, ſed non utilis actio negotiorum geſtorum, quia non ignorante, ſed ſciente & volente domino, mutuam pecuniam dedit. Hoc igitur caſu erit utilis condictio mutuæ pecuniæ ad ſimilitudinem inſtitoriæ actionis *l penult. Cod de Inſtitor. & exercitor. act.* & ita hæ ſpecies ſunt diligenter diſtinguendæ, quod ex veteribus, Azo & Odofredus probaſſe videntur.

Ad Leg. 14. *C.* ſi cert petat.

IIDEM AA. ET CC. HADRIANO.

Mutuæ pecuniæ, quam aliis dedit, creditor citra ſolennitatem verborum ſubſcribentem inſtrumento te non habet obligatum.

Quæritur, an ex ſubſcriptione Chirographi alicui quis poſſit obligari, quaſi videatur eandem ſuſcepiſſe obligationem, qui eam ſubſcriptione nominis comprobavit, ut veteri jure ſimul inducuntur nomina argentariorum in ſcriptura menſæ, quæ nominibus fieri dicebatur, ut eſt in *princ. tit. Inſtitut. de litter. obligat.* quæ obligatio opponitur ſtipulationi. *l.* 1. *D. de annuis legat* quia non verbis, ſed nominibus & perſcriptionibus contrahebatur, ut M. Tullius loquitur *epiſt. ult. ad Attic. lib.* 4. & ideo argentarii ſemper ſunt rei debendi & promittendi, de quibus in *l. ſi plures* 9. *pr. l. idem* 25. *pr. l. ſi unus* 27. *pr. D. de pactis l. ſi duo* 34. *pr. D. de recept. qui arb. recep.* an igitur hæc nominis ſubſcriptio, ut perſcriptio nominis in ſcriptura menſæ, ſimul ire cenſetur cum nomine ejus, qui chirographum manu exaravit, quem hodie conſtat poſt biennium omnino teneri? ac perinde erit obligatus, ac ſi nominatim proprio chirographo cautio interpoſita fuiſſet? ut in *l. unica Cod. Theod. ſi certum petetur de Chirographis*; non quærit, utrum ſit obli-

obligatus, qui quaſi teſtis ſubſcripſit, aut quaſi tutor, aut curator, ut male fingunt. Non etiam quærit, an quaſi fidejuſſor, quem ſatis conſtat non obligari ſine ſtipulatione, & qui ſubſcripſit tanquam fidejuſſor, intelligitur acceptus per ſtipulationem *l ſi non ſubſcripſiſti* 15. *C. de adminiſtr. tut.* ſed hoc quærit, utrum is, qui ea mente ſubſcripſit alieno chirographo, ut ſe obligaret & teneretur obligatione eadem, tanquam reus debendi, videatur obligatus? hæc eſt quæſtio hujus legis, quam interpretes non animadvertunt: ad quam reſcribunt Impp hoc genere non conſtitui reos debendi, qui re, vel ſolemnitate verborum paſſim in hoc titulo conſtitui dicuntur *l.* 5. *l.* 9 *l.* 12. & ſubſcribentem omnino non eſſe obligatum, neque in ſolidum, neque pro parte, qui neque re fuit obligatus, pecunia aliis tradita; neque verbis, quia non fuit interpoſita ſtipulatio; neque conſenſu, quia non fuit interpoſita ſtipulatio; neque conſenſu, quia hic contractus ex conſenſu nudo ſubſtantiam non capit. *tit. Inſtit. de conſenſu obligat.* non eſt etiam obligatus litteris, quia ſubſcriptio non eſt chirographum, vel legitima ſcriptura, ſed ſubſcriptio tantum chirographi. Certi & definiti ſunt modi jure civili conſtituendæ obligationis, ſine quibus propriis viribus obligatio non conſiſtit. At nuda nominis ſubſcriptio non eſt legitimus modus conſtituendæ obligationis, ergo non eſt obligatus; ſed, quod notandum ex *Novella Juſtiniani de contractibus argentariorum* 136. jure ſingulari conceſſum fuit argentariis propter neceſſitatem officii publici, ut, qui pecuniam mutuam ab illis accipiunt, hac ſola ſubſcriptione teneatur, quod miror non obſervaſſe Doctores. De lege 15. dicam ad titulum *quando fiſcus, vel privat. debit. ſui debitores exig. poteſt.* De lege ultima ad tit. *de fide inſtrument.*

Ad Tit. 3. *Lib.* IV. *Cod.* de ſuffragio.

L. UN. IMPP. THEOD. ARCAD. ET HONOR. AAA. RUFINO PP.

Si qui, deſideria ſua explicare cupientes, ferri ſibi a quoquam ſuffragium poſtulaverint, & ob referendam vicem ſe ſponſione conſtrinxerint, promiſſa reſtituant, cum ea, quæ optaverint, conſequantur: ſi artibus moras nectant, ad ſolutionem debiti coarctandi ſunt. §. 1. *Et ſi quid eo nomine in auro, vel argento, vel ceteris mobilibus datum fuerit, traditio ſola ſufficiet & contractus habebit perpetuam firmitatem: quoniam collatio rei mobilis inita integra fide ac ratione cumulatur.* §. 2. *Quod ſi prædia ruſtica, vel urbana placitum continebit, ſcriptura, quæ ea in alium transferat, emittatur: ſequatur & traditio corporalis, & rem fuiſſe completam geſta teſtentur: aliter enim ad novum dominum tranſire non poſſunt, neque de vetere jure diſcedere.* §. 3. *Quod ſi quis, dum ſolo commonitorio ſuffragio nititur, bona duxerit occupanda, reus temeritatis ac violentiæ retinebitur, ac in ſtatum priſtinum poſſeſſio reducetur, eo a petitione excluſo, qui non dubitavit, invadere, quod petere debuiſſet.*

Actione ſi certum petetur, agitur quoque de ſuffragio, ut de chirographis, de quibus ſub præcedenti Rubrica dixit in *l. ult.* quamvis in Cod. Theod. proprius & ſeparatus ſit tit. *ſi certum petetur de Chirographis*, unde apparet, eandem eſſe formulam, ſive actionem, qua agitur in perſonam, ſumpta appellatione ex primis edicti verbis *ſi certum petetur l.* 1. *D. de interrog. in jure faciendis l.* 1. *D de condict. tritic.* ſed cum adjectione *de chirographis*, vel *de ſuffragio*, quæ autem datur de ſuffragio, non eſt ex nudo pacto, ut contra veteres erudite Alciatus probavit, nam ita tandem hic contractus fuit formatus, ut cum antea illicita eſſet & legibus Romanis incognita omnis conventio de pecunia, vel alia re ſolvenda pro præſtito ſuffragio, primum conſtitutione Juliani Imperatoris, quæ valde corrupta extat in *lib.* 1. *Cod. Th. ſi certum petetur de ſuffrag.* de qua & Ammian. Marcell. *lib.* XXII. *c.* 6. ſublata fuerit pro ſuffragio ſolutæ pecuniæ repetitio, quæ ante Julianum competebat; quaſi ex naturali obligatione ſolutum ſit ab eo, qui a ſuffragatore beneficium accepit. *l. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit* 11. *D. de petit. hered. l. ſi pignore* 54. §. 1. *D. de furtis.* cœpit igitur primum a naturali obliga-

tione, ex qua nulla datur actio, deinde hac noſtra lege data fuit actio ex ſtipulatione, ſi quis ob referendam vicem ſe ſponſione obſtrinxerit, quæ nempe contineatur placito, vel commonitorio, ſic enim in hac lege dicitur ſcriptura facta de ſolvenda re, vel pecunia pro ſuffragio, placitum, quo placitum ſive conventio continetur, ut in *l.* 7. § *quod fere* 12. *D de pactis.* pactum pro ſcriptis. Commonitorium autem proprie conſtat eſſe epiſtolam ſive mandatum, ut ex Suida, D. Auguſtino *epiſt.* 129. *&* 158. Caſſiodoro & aliis jam notatum eſt: placet igitur hoc loco commonitorium accipere pro epiſtola, qua continetur ſponſio, ut in *l.* 1. *C. de contrah. & committ. ſtipulat.* pro epiſtola, inquam, inter præſentes, ut credendum ſit, præcedentem ſtipulationem vocem ſpondentis ſubſecutam eſſe. Datur igitur hæc actio ex ſtipulatu, peracto & perfecto negotio, ut SCtum illud, de quo Plinius *epiſt. ult lib.* 5. peractis negotiis certam pecuniam advocatis accipere permittebat; unde belliſſime quæri poteſt, ſi forte quis pecuniam dederit in anteceſſum, nec id, quod deſiderat, conſecutus ſit, qua actione adverſus ſuffragatorem agere poſſit, an, quaſi ſit negotium *do*, *ut facias*, quia hæc opera non ſolet locari, danda eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt, vel condictio cauſſa data, cauſſa non ſecuta ad repetendam pecuniam? minime: nam, ut civilis actio præſcriptis verbis, quæ datur ex contractibus innominatis, competat, neceſſe eſt negotium civile geſtum eſſe *l.* 1. *D. de æſtimat. act.* nec ſatis eſt in hoc articulo *do ut facias* eſſe operam, quæ non ſoleat locari, ut quidam male tentant ex *l. naturalis* 5. §. *at cum do*, *ut facias* 2. *D. de præſcrip. verb.* ſed neceſſe eſt, negotium eſſe jure civili comprobatum, ſic in agri menſore, quamvis hæc opera non ſoleat locari, recurrendum fuit ad actionem Prætoriam deficiente civili. *l.* 1. *D. ſi menſ. falſ mod. dixer.* Denique hic contractus non eſt ultro citroque obligatorius, ſed perfecto negotio, competit actio, neque aliter rem, quam dedit, fecit accipientis, poteſt igitur rem extantem hoc caſu vindicare, quod ſi pecunia conſumpta ſit male fide, agere debet actione ad exhibendum, argum. *l. rogaſti* 11. §. *ult. D. de reb. cred.* & §. *nunc admonendi* 2. *Inſtit. quib. alien. licet*, *vel non.* ſi bona fide, condictio non eſt deneganda ad repetendam pecuniam. Re vero perfecta, ſi quid in rebus mobilibus datum ſit, traditionem ſolam vult ſufficere, ut contractus habeat perpetuam firmitatem, traditio eſt ultima perfectio & conſummatio hujus contractus, ut in emptione & venditione. *l. contractus* 17. *C. de fide inſtrum.* & eleganter Papianus Gothicus JCtus *lib. ſing. Reſponſ. Tit.* 34 *venditionem ex hoc maxime jus firmitatis accipere*, *ſi traditione celebrata poſſeſſio fuerit ſubſecuta.* traditio propria fuit olim ſpecies alienationis rerum nec mancipi, quales fere conſtat eſſe res mobiles, ut docet Ulp. *lib. ſing. regul. tit.* XIX *de dominiis & acquiſitionib. rer. Ipſa traditione*, inquit §. 7, *rerum nec mancipi dominia apprehendimus.* at in rebus immobilibus majoribus auſpiciis opus erat, mancipatione, puta, actu legitimo & ſolemni. *l. actus* 77. *D. de reg. jur* & in ea neceſſe erat, ſingulas res mancipatas nominatim nominare & nuncupare, ut in donatione, id eſt, non ſatis erat perfuſorie mancipare, vel donare certam bonorum partem, tertiam, puta, aut quartam, vel dimidiam. *l.* 1. *&* 2. *Cod. Hermog. de donat.*; & hoc eſt, quod abrogatur a Juſtin. in *l. ſi quis argentum*

tum 35. C. de donat. ſed & res mobiles magni pretii, lapillos, puta, margaritas & ſmaragdos aliquando mancipatione alienabant, & hoc eſt, quod Plinius ait *H. N. lib. 9. cap. 35. in fin.* uniones in mancipatum venire, ut prædium aliquod, nec tamen ſequitur, fuiſſe res mancipi, quia & res nec mancipi nihil vetabat mancipatione alienare, quamvis mancipatio propria eſſet ſpecies alienationis rerum mancipi, ut, vice verſa, traditione alienabantur res mancipi, quamvis traditio propria ſit alienatio rerum nec mancipi. Sed differentia erat inter dominium in bonis & dominium ex jure Quiritium, inter dominos bonitarios & Quiritarios, quam Juſtin. ſuſtulit *l. unica Cod. de uſuc. transform.* ex his apparet, elegantiſſimum eſſe, quod hæc lex ait, traditionem in rebus mobilibus ſufficere ad dominii translationem, collationem initam integra fide (*v*) hac ratione cumulari, quia nempe fidem, quam dedit, præſtat re tradita ex juſta cauſſa præcedente, id, quod in traditione, quæ dominium translatura ſit, deſideratur *l nunquam 31. pr. D. de acquir. rer. domin.* ac in rebus immobilibus, in prædiis ruſticis, aut urbanis, quæ, ut Plinius *d. loc.* ait, ſolebant in mancipatum venire, ſcripturam eſſe neceſſariam, quæ & aliquando requiritur ad perficiendam emptionem venditionem *l. 2. §. ult. D. de contrah. empt.* ſi ita conventum ſit inter contrahentes, quam conventionem in emptione prædiorum potiſſimum receptam fuiſſe veriſimile eſt, nec agnoſco Triboniani manum in dicta lege 2. propter *l. contractus 17. Cod. de fide inſtrum.* nec enim Juſtin fuit primus auctor emptionis, quæ ſcriptura perficitur, ſed, ut perfecta cenſeatur, quædam addit, quæ non erant antea neceſſaria, ut manifeſte probat dicta lex *contractus 17.*, ut igitur transferatur dominium rei immobilis ex hoc contractu, neceſſaria eſt ſcriptura, quam in donationibus tempore hujus legis deſiderabat conſtitutio Conſtantini indiſtincte in *l. 1. C. Th. de donat.* ubi iisdem fere verbis utitur, *donatio perſcribatur, & corporalis traditio ſubſequatur*, quas donationes, poſteriore ſæculo frequentatas, reperio, dictas fuiſſe donationes per chartas & factis chartis apud Gregor. Turon. *lib. 4. cap. 12. lib. 9. cap. 42. lib. 10. cap. 19.* quia autem ſolo placito, ſolo commonitorio de ſuffragio nititur, (ſic legendum ex Cod. Theod.) id eſt, ſola ſponſione de ſuffragio ſolvendo, non poteſt occupare bona, quæ placito continentur propria auctoritate, idque exemplo chirographarii creditoris, de quo Paul. *lib. 5. ſent. tit. ad leg. Juliam de vi public. & privat. §. ult. cum notis Cujac.* Ceterum ſuffragium accipere licebat hoc jure ab eo, qui honorem, vel dignitatem a Principe impetraverat, quæ dignitates, ut docui, venales erant, & valde confirmat ſententiam meam *lex ult. C. ad leg. Jul. repetund.* ſi quis hujus noſtræ legis & legis *quisquis 16. tit. præcedent.* ſubſcriptiones conferat cum ſubſcriptione *d. l. ult.* ſed ſublata hac nundinatione a Juſtiniano: tollitur quoque ſuffragium *nov. 8.* erit tamen locus huic actioni in ceteris rebus, quæ a Principe impetrantur: nec prætermittam legem 3. *Cod. ad leg. Jul. repetund.* valde illuſtrare id, quod docui ad *d. l. quisquis 16.* de Præſide

(*v*) In textu eſt *ac.* ſed vide notam J. Gothofredi & Ritteri ad *l. 2. C. Th. ſi cert. pet. de ſuffrag.*

ſide mercatore legum atque provinciæ : nam eadem forma cognitores & judices, qui a partibus pecuniam accipiunt, & ſordide verſantur, dicuntur mercatores litium.

Ad Tit. 4. *Lib.* IV. *Cod.* de prohib. ſequeſt. pecun.

L. UN. IMPP. HONOR. ET THEOD. AA. JOANNI PP.

Quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat. Oportet enim debitorem primo convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari Quam (*) *rem non tantum juris ratio, ſed & ipſa æquitas perſuadet, ut probationes ſecum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.*

(*) Suſpicor excidiſſe præpoſitionem *in*, & hæc verba *quam in rem* pendere ex poſteriore commate, *ut probationes ſecum afferat &c.* Sic, ſi non verior, certe elegantior erit lectio.

Quam apte cohæreat hic titulus tractatui ſuperiori de actione *ſi certum petetur*, nemo non videt. Continet enim breviſſimam conſtitutionem Imperatorum Honorii & Theodoſii, qua prohibetur ſequeſtratio pecuniæ paullo antea prohibita ab iisdem imperatoribus in actione ſi certum petetur de chirographis, uno tantum caſu excepto, ſi debitor forte dicat falſum eſſe chirographum *l.* 1. *C. Th ſi cert. pet. de chirogr.* at in cæteris contractibus ſequeſtratio pecuniæ recepta fuit, hac elegantiſſima ratione, ne quis temere ad inficiationem accederet, protelandæ ſolutionis ergo, quod generaliter hac conſtitutione reprobatur ex quocumque contractu agatur, quamvis non ſit mutua pecunia, ſed contractus, ut loquitur *l. creditores* 10. *D. de verb. ſignif.* id eſt, ex quacumque obligatione pecunia debeatur, vel jure civili, vel honorario, vel extraordinario ; hæc enim ſunt varia jura, quibus quis efficaciter obligatur, quæ intelliguntur in vexata illa definitione obligationis in *tit. Inſtit. de Obligat* : *ſecundum noſtræ civitatis jura*, quæ nempe varia ſunt *d. l. creditores* 10. ſic debita juribus pecunia *l.* 3. §. 1. *D. de conſtit. pec.* obligationes quoquo modo contractæ in *tit. Inſtit. de reb corpor. & incorp* & in *l.* 1. §. 1. *D. de rer. diviſ.* ſed ad rem. Solebant veteres rem, de qua controverſia erat, ne forte, ubi de retinenda poſſeſſione vi imaginaria & feſtucaria, ut Gellius loquitur N. A. *lib.* XX. *c.* 10., contendebant, venirent tandem ad vim ſolidam & veram, occurrenti viro bono committere, quem ſequeſtrum dictum fuiſſe Modeſtinus ait in *l. ſequeſter* 110. *D. de verb. ſignif.* quod ipſe occurrat litigatoribus, & eos ſequatur, ut in Satyrico Petronii *de pallio & tunica*, litigantibus occurrunt nocturni advocati, *qui*, ut ait, *flagitabant, ut apud ſe utraque deponerentur, ac poſtero die judex querelam inſpiceret*, quod

prius

prius receptum fuiſſe videtur in rei vindicatione, & deinde tractum ad perſonales actiones, ut hoc etiam a judice impetrarent *l.* 7. § *ult. D. qui ſatisd. cogunt.* at in hac lege, hæc ſequeſtratio prohibetur in pecunia numerata, vel quantitate, nec enim cum interpretibus latiſſime *pecuniæ* verbum hoc loco accipiendum eſt, & quamvis generalis videatur illa ratio de debitore cujuscumque rei, eum prius eſſe convincendum, ut damnatus tandem rem ſolvere teneatur, ut apud Plautum in *Rud.* poſtquam quidem Prætor recuperatores dedit, damnatus demum vi coactus reddidit, non ideo admittendum eſt, hanc legem & cæteras res comprehendere. Non fuerunt juris auctores admodum ſolliciti in propriis & exactis rationibus reddendis, ſed contenti fuerunt uti communibus, ut, quod dicitur in *l.* 14. *D. de ſervit.* ſervitutes ruſticas ideo non poſſe uſurpari, quia ſunt incorporales, quis non videt idem quoque dici poſſe de ſervitutibus urbanis. Eruditiſſime Cujacius in *poſter. notis Inſtit. ad tit. de fiduciar. tut.* nullas fere eſſe rationes juris auctorum, quæ non ex aliqua parte claudicent, & ideo cautius ſolent duabus rationibus uti, ut idem Cujacius docuit *lib.* 25. *Obſerv. cap.* 21. latet plerumque ratio propria & vera, quæ in hac lege hæc eſſe videtur, quia non poteſt interverti quantitas, & facilis eſt comparatio pecuniæ, quæ debetur, cujus certa eſt ſemper æſtimatio *l.* 3. *D. de in lit. jur.* ſic in emptione venditione, quia ſemper emptor pecuniam debet, tenetur nummos ſummos ſuos dare & facere accipientis, quamvis venditor, id eſt, debitor corporis ſatis habeat, ſi vacuam poſſeſſionem tradit *l.* 1. *D. de rer. permut.* tentari poteſt hanc legem eſſe accipiendam de re omni, in qua mutuum conſiſtit, ſed in priorem ſententiam ſum proclivior, quia pecuniæ verbum latius acceptum fuiſſe non reperio apud poſteriores iſtos Imperatores, vel Juſtiniano teſte in *l.* 2. §. *& neminem* 1. *C. de conſtit. pecun. Inventum hujusmodi vocabulum & in libris juris auctorum & in alia antiqua prudentia.* Antiquam prudentiam ſeparat a libris juris auctorum, ut in *l.* 1. *pr. C. de comm. ſervo manum.* Sextum Aelium juris antiqui conditorem ab Ulpiano, Paullo, Juliano & Marcello.

Ad Tit. 5. *Lib.* IV. *Cod.* de condict. indeb.

Eſt hæc ſpecies condictionis *l.* 1. *D. de condictione ſine cauſſa*, actio condictitia §. 1. *Inſtitut. quib. mod. re contrah. oblig.* quæ ſimpliciter actio in *l.* 2. *in fin. D. hoc tit. l.* 3. *rem ratam haberi l.* 5. §. 1. *D. de cenſib.* qua tenetur is, qui accepit indebitum, quaſi ex mutui datione *l.* 5. §. *is quoque* 3. *D. de obligat. & act.* ubi qui indebitum accepit, eadem actione teneri dicitur, qua tenentur debitores creditoribus, id eſt, condictione & eadem formula, *ſi paret eum dare oportere d. l.* §. 1. *Inſtitut. de obligat. quæ re contrah.* formula eadem eſt, quod & de omni condictione dicere licet §. *ſic itaque discretis* 14. *Inſtit. de actionib.* ſed cauſſa, vel origo longe diverſa: quæ de mutuo datur, eſt ex contractu, qui re contrahitur, ex obligatione expreſſa, quia res in hoc damus, ut fiant accipientis, poſtea alias recepturi ejusdem generis & qualitatis *l.* 1. §. 1. *D. de oblig. & act.* hæc vero condictio potius eſt ex

distractu, quam ex contractu, ex tacita obligatione, extra id, quod nominatim agitur *l.* 13. §. *ult. D. commod.* uno verbo ex quasicontractu *d. l.* 5. §. *is quoque* 3. *D. de oblig. & act.* condictio, quæ de mutuo datur, competit adversus debitorem, qui se nominatim obstringit, & hoc animo rem accepit, atqui visum est ei, qui per errorem solvit, dari hanc actionem, quasi hoc ipso aliquid gessisse videatur, id est, contraxisse genere quodam. *l. si in arca* 33. *D. hoc tit.* quod JCti introduxerunt ex æquitate naturali, jure enim gentium condicere licet ab his, qui res sine caussa possident. *l. rerum* 25. *in fine D. rerum amot.* & hoc est, quod ait lex *indebiti* 15. *pr. D. hoc tit* quia pecuniam meam, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi, æquum & bonum est, ut eleganter Celsus ait in *l. si me & Titium* 32. *D. de reb. credit.* quæ ratio naturalis sæpe conciliat mutuum, quod jure ipso, id est, ratione civili non valet; hæc igitur actio, quamvis competat ex datione rei, in qua mutuum consistit, tamen semper datur ex æquo & bono, ratione naturali, ut quæ dari dicitur de bene depensis *l. non omnis* 19. §. 1. *D. de reb. cred.* quæ non alia ratione dari dicitur, quam quod pupilli facto ad eum, qui pecuniam accepit, pervenisse pecunia intelligitur, ex qua nempe, qui accepit, factus est locupletior, sic enim verbum *pervenisse* accipiendum est *l. utrum* 23. *pr. D. de petit. hered. l.* 2. §. *pervenisse* 3. *D. de hered., vel act. vend.* Datur igitur hæc actio ex æquitate naturali ad repetendam pecuniam, ex qua accipiens factus est locupletior *l. cum is* 32. *pr. l. in summa* 65. § *pen. D. hoc tit l.* 8. §. *si quis de alimentis* 22. *D. de transact.* fateor indebitum proprie dici quasimutuum, vel promutuum, de rebus, quæ quantitate valent, quod in cæteris condictionibus, quæ ex æquitate naturali descendunt, locum non habet, puta, in condictione ob rem dati, in condictione sine caussa, & in condictione de bene depensis, qualiter dicendum esse docuit Cujacius in *principio tractatus ad African.* sed & hoc casu ex æquo & bono dari hanc actionem definiendum est, vel dicam explicatius, in mutuo datur, quamvis accipiens non sit factus locupletior ratione civili, de qua dixi supra ad *l. Incendium* 11. *si certum petetur.* hæc vero, quia pendet ex naturali æquitate, non datur, nisi accipiens factus sit locupletior.

Ad Leg. 1. *C.* de condict. indeb.

IMP. ANTON. A. MUTIANO.

Pecuniæ indebitæ per errorem, non ex cauſſa judicati ſolutæ, eſſe repetitionem jure condictionis, non ambigitur, ſi quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres exſtitiſti, amplius debito creditori tuo perſolviſſe, repetere potes. Uſuras autem ejus ſummæ præſtari tibi fruſtra deſideras: actione enim condictionis ea ſola quantitas repetitur, quæ indebite ſoluta eſt.

Ait *per errorem*, ut in reſcripto, quod extat in *l. penult. §. ſi quis 5. D. de jur. & fact. ignorant.* per errorem igitur facti non juris *l. cum quis 10. C. eod. tit.* & falſum eſt, quod veteres tentant, errorem juris dare condictionem indebiti, allatis quibusdam ineptis diſtinctionibus, objectiones, quibus utuntur nullius momenti ſunt, adhibitis recitationibus Cujacii ad *l. 7. & 8. ejusd. tit. in quæſtionibus & definitionibus Papiniani* & *ad d. tit.* debet unusquisque ſibi comparare cognitionem juris finiti & certi; nemini licet ignorare leges, SCta, conſtitutiones Principum *l. pen. C. eod. tit.* non deſideramus ſummam illam peritiam juris, quam præſtare tenetur juris ſtudioſus, id eſt, JCtus, de quo eleganter Manilius lib. 4. Aſtronomicωv. *vſ.* 209.

Hic etiam legum tabulas, & condita jura
Noverit aque notis levibus pendentia verba;
Et licitum ſciet, & vetitum quæ pœna ſequatur,
Perpetuus populi privato in limine Prætor.

Imperitia hæc imputatur aſſeſſori, id eſt, JCto in *l. 2. D. quod quisq. juris in alio ſtatuer.* Ait *non ex cauſſa judicati*, addit hanc exceptionem, quia preces continebant, judicium acceptum fuiſſe & Mutiani patrem ſolviſſe poſt litem conteſtatam, ut in *l. Julianus 60. pr. D. hoc tit.* & in *l. error 7. C. de jur. & facti ignor.* quo caſu, qui, manente judicio, ſolvit errore facti, repetere poteſt, nam cauſſa deciſa velamento tali non reſtauratur, & ita eleganter fingi poteſt ſpecies in *d. l. error. 7.* quod gloſſæ non obſervant, an quia judicatum ex inficiatione creſcit in duplum, ut docet Paullus *lib. 1. ſent. tit. 19.* ſic olim forſitan viſum fuit, ſed quia rigor hujus juris paulatim abiit in deſuetudinem, datur nova ratio ab Ulpiano in *l. ſi fidejuſſor 29. §. in omnibus 5. D. mandati*, propter auctoritatem rei judicatæ; & obſervandum eſt, dictam legem ſumptam eſſe ex libris diſputationum Ulpiani, ut & cæteri, qui libros diſputationum ſcripſerunt, adnotarunt ea, quæ jam uſu fori & diſputatione recepta erant, ſæpe veteri jure abrogato ut *l. 78. §. pen. D. de jure dot. l. 30.*

D. de pactis dotal. Non obstat vulgaris objectio ex *l. ult. Cod. si ex fals. instrum. judicatum sit*, quia nec habetur pro judicato, quod sine appellatione, vel in integrum restitutione retractari potest. *l.* 2. *Cod. eod. tit.* Quod est in *l.* 2. *D. de condict. sine caussa*, fullonem conventum pretium vestimentorum solvisse, inde non sequitur, fuisse condemnatum; potuit, judicio manente, solvere; sed & hoc dato ex condemnatione solvisse, sane hoc casu, quia bona fides non patitur dominum vestimentorum rem & pretium habere *arg. l.* 11. §. 18. *D. de act. empt.* datur actio ex condicto fulloni, vel condictio indebiti, quæ concurrere potest cum actione bonæ fidei *l. ult. D. de condict. ob turp. causs.* ut in *l. in commodato* 17. §. *ult. D. commod.* datum contrarium judicium: nam & in his bonæ fidei judiciis, quamvis dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat *l. in depositi* 12. *D. de re judicata*, quibus nempe agat adversus possessores rei, cujus æstimationem dedit. Quod si in potestatem domini pervenerit, consequens est, agi posse adversus eum actione condictionis, ut in *l.* 2. *tit. seq.* qua agitur in personam, *si paret, eum dare oportere.* Hac autem condictione repetere licet, quod datum est cum accessionibus omnibus, quas naturali æquitate præstari æquum est. *l. indebiti* 15. *pr. l. in summa* 65. §. *ei, qui indebitum* 5. *D. hoc tit.* usura contra naturam esse creditur, cum pro usu pecuniæ, cujus dominium a dante abcessit, præstetur *l. aeducta* 58. §. *cum autem* 6. *D. ad Trebell.* Petronius arbiter Satyrico.

Fœnoris ingluvies, ususque exederat æris.

Usuræ præstatio civilis est, vel ex stipulatione in judiciis stricti juris *l. quamvis* 3. *C. de usuris l. Titius* 24. *D. de præscr. verb.*, vel officio judicis in bonæ fidei actionibus, in quibus tantum potest officium arbitri, quantum stipulatio *l. Lucius* 24. *D. de postum.* & observa, quod ait, hoc fuisse constitutum a prudentibus, nempe juris civilis conditoribus, ut in multis juris locis constitutum dicitur a prudentibus, non ab Imperatoribus, & his verbis significatur regula juris.

Ad Leg. 2. *C.* de condict. indeb.

IMP. ANTONIN. A. SECUNDINÆ.

Si citra ullam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es, adversus eam, quæ te delegavit, condictionem habere potes.

Si citra ullam transactionem, id est, si non ex caussa transactionis, ut in *l.* 6. *Cod de jur. & facti ignor.*, vel, ut loquitur *l.* 1. §. *quod si patronus* 18. *D. quar. rerum actio non datur.* si non transigendæ controversiæ caus-

ſa id egerit, (quia jam deciſa quæſtio fuit de pecunia debita & repeti non poteſt, quod ob transactionem ſolutum eſt, quamvis res nulla media ſit, id eſt, quamvis revera nihil debeatur *l. in ſumma* 65. §. 1. *D. hoc tit.*) alieno creditori quis ſe delegari paſſus eſt, adverſus hunc verum creditorem delegantis, nullo remedio juris delegatus uti poteſt, neque exceptione doli mali, quia creditor ſuum recepit *d. l.* 1. §. *ſive autem* 8. *D. quar. rer. actio non dat. l.* 12. *D. de novat.* nec enim poteſt uti delegatus exceptione, quam potuit deleganti opponere *l.* 19. *D. eod. tit.* quamvis creditor intelligat, male eum delegatum fuiſſe. Id enim, ut eleganter ait *d. l.* 19. diſſimulare debet, ne curioſus videatur, nemo enim curioſus, quin ſit malevolus, ut Comicus dixit in *Sticho Act.* 1. *ſc.* 3. *vſ.* 54. hoc igitur caſu habet condictionem adverſus delegantem: ſi autem verus debitor falſo creditori delegantis delegatus ſit, is qui delegavit, repetit, non qui promittit, vel ſolvit *l. quamvis* 8. §. 1. *D. ad Vellejan. d. l.* 1. §. *ſi libertatis* 7. *D. quar. rer. actio non datur.*

Ad Tit. 17. *Lib.* IV. *Cod.* ex delict. defunctor. in quantum heredes conven.

L. UN. IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. MACEDONI.

Poſt litis conteſtationem, eo, qui vim fecit, vel concuſſionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto, ſucceſſores ejus in ſolidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri juris abſolutiſſimi eſt: ne alieno ſcelere ditentur.

Docet ſuperior Titulus *de hereditariis actionibus*, hereditarias eſſe actiones perſonales, quæ ex contractibus, vel ex quaſicontractibus naſcuntur, & tranſire in heredes, etiam lite non conteſtata, *ab utraque parte*, ut loquitur lex *ult. in fin. D. de fidejuſſ. tutor.* id eſt, tam ex parte actoris, quam ex parte rei: poteſt enim agere heres actoris actione, qua defunctus agere potuit & vice verſa, agitur adverſus heredem defuncti rei actione, qua defunctus conveniri, non quidem nomine proprio, ut fit in realibus actionibus *l.* 12. §. *ult. D. ad exhib.* ſed hereditario nomine ex perſona defuncti, verum enim vero non ſolum agitur in perſonam ex contractibus, vel quaſi ex contractibus, ſed etiam ex delictis, vel quaſi ex delictis, hæ enim quatuor ſunt ſpecies obligationum perſonalium §. *ult. Inſtit. de obligat.* & hoc eſt, quod ait §. 1. *Inſtit. de actionib. agit unusquisque cum eo, qui obligatus eſt ex contractu, vel ex maleficio, quo caſu*, inquit, (id eſt, in caſu utriusque obligationis, ex contractu, vel ex maleficio,) *proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit adverſarium ei dare oportere, aut aliis quibusdam modis*, quæ poſtrema verba, *aut aliis quibusdam modis*, varie vexata ab interpretibus, animadverto omnino referenda eſſe ad actiones, quæ dantur ex delictis, vel quaſi ex delictis, id eſt, ad alterum

membrum propoſitæ diviſionis. Ex contractibus, vel quaſi ex contractibus agitur hac notiſſima formula, *dare facere oportere*, in qua *faciendi* verbum, *reddendi*, *præſtandi*, *reſtituendi* cauſſam continet. *l. faciendi* 175. *D. de verb. ſignif.* quam conſtat ad hanc formulam pertinere, juncta lege *pen. D. de condict. cauſſa data.* quæ eſt ex eodem auctore & libro, & quod dicitur in *l. ſæpe* 53. *pr. de verb. ſignific. cum dicimus dare facere, ſufficit quodvis eorum probare*, ſi enim agatur ex contractibus, quibus non dare, id eſt, dominium transferre reus tenetur, ſed reddere, vel reſtituere, ut ex commodato & depoſito: ita conjunctim concepta formula omnis obligationis ex contractu, vel quaſi ex contractu cauſſam continet. Aliquando dicimus *dare oportere*, nec neceſſe eſt, ſubjicere verbum *facere* ex contractibus, ex quibus non rem noſtram petimus, ſed alienam nobis debitam §. *ſic itaque diſcretis* 14. *Inſtit. de actionib.* cum ſcilicet regulariter rei debitæ debitor dominus eſt *l.* 1. *D. de liber. legat.* denique ex hac formula intelligitur, aliquod negotium geſtum fuiſſe inter contrahentes, ut loquitur lex *ſi in area* 33. *D. de condict. indeb. juncta l. Senatus* 35. §. *ergo* 3. *D. de mortis cauſſ. donat.* Ex his verbis apparet, ex contractu, vel quaſi ex contractu reum ad dandum, vel faciendum obligatum eſſe: at ex maleficio, vel quaſi ex maleficio; id eſt, ex altera parte diviſionis propoſitæ; cum perſona non eſt obligata ex contractu, agitur *aliis quibusdam modis*, aliis, inquam, & diverſis modis, quos non potuit in ſumma brevitate enumerare Juſtinianus, nec enim utimur verbis, quæ contractum demonſtrant, non dicimus, teneri adverſarium *dare facere*, ſed jam feciſſe, aut admiſiſſe aliquid, & ex hoc facto, ſive peccato, ex delicto obligatum eſſe. Sunt enim actiones perſonales, quæ in *l. actionem* 25. §. 1. & in *l. obligamur* 52. §. *ex peccato* 8. *D. de oblig. & act.* dicuntur eſſe *ex facto*, *vel peccato*, quoniam ex eo quis teneri incipit, quod ipſe admiſit, veluti furtum, aut injuriam commiſit, rapinam fecit, aut damnum dedit. Eſt igitur intentio longe diverſa a ſuperiori, in qua intendit actor *dare facere*, in hac vero jam aliquid factum fuiſſe, ut in noto epigrammate Martialis *lib.* 6. quod pertinet ad formulam actionis furti.

Sed lis eſt mihi de tribus capellis:
Vicini queror has abeſſe furto.

Id eſt, ajo, vicinum furtum feciſſe, & hoc eſt, quod apertius ait *d.* §. *ex peccato obligamur* 8.; *ex peccato*, *cum in facto ſumma quæſtionis conſiſtit*, id eſt, cum quæritur, an aliquid factum ſit, cum intendo, aliquid factum fuiſſe, quod adverſarius negat, quæſtio enim eſt, id eſt, naſcitur quæſtio ex intentione & negatione, ut docet auctor ad Herennium *lib.* 1. *c.* 17. & M. Tullius *lib.* 1. *de inventione c.* 8. ubi recte Marius Victorinus, vetus interpres Tullii, quæſtionem eſſe, ait, vocem utriusque partis, *feciſti? non feci.* & hi ſunt modi, quibus agitur ex delicto directo in perſonam, id eſt, nominatim notata perſona, quæ ex delicto obligata eſt, quos in *d.* §. 1. Juſtinianus intelligit & opponit modis, quibus ex contractu agitur, quod miror, non fuiſſe obſervatum. Cum igitur agatur in perſonam non ſolum ex contractu, & quaſi ex contractu, ſed etiam ex delicto & quaſidelicto, (ſunt enim actiones perſonales,

les, quæ, ut Theophilus notat, dantur in perſonam, quæ contraxit, vel deliquit,) recte ſubjicitur præſenti titulo de hereditariis actionibus hæc quæſtio, an quemadmodum actiones perſonales, quæ ex contractu dantur, ſunt hereditariæ & tranſeunt a perſona defuncti in perſonam heredis, ita quoque actiones perſonales, quæ naſcuntur ex delictis, hereditariæ dici poſſint? an heres agere poſſit his actionibus hereditario nomine ex delicto, quod quis admiſit adverſus defunctum, & an heres ejus, qui delictum admiſit, tencatur, has actiones ſuſcipere, vel in quantum teneatur? quæ eſt proprio hujus tituli quæſtio.

Et ex parte quidem actoris hereditariæ ſunt, quippe dantur heredibus, paucis tamen exceptis, quod non ob imminutum patrimonium, ſed ob ſolam vindictam dantur, hujusmodi eſt actio injuriarum, quæ cauſſam doloris agere dicitur in Novella quadam Valentiniani, & nominatim excipitur in §. 1. *Inſtit. de perpet. & tempor. actionib.* ſimilis videtur eſſe vetus actio, de moribus inter maritum & uxorem *l. rei* 15. §. 1. *D. ſolut. matrim.* actio, qua quis donata revocat ob ingratitudinem *l.* 7. *C. de revoc. donat.* actio in factum, quæ datur adverſus eum, qui parentem, vel patronum ſine venia prætoris in jus vocavit *l. pen. D. de in jus voc.* hæ enim actiones, quæ vindictæ habent perſecutionem, diſſimulatione defuncti omnino ſublatæ videntur, quaſi remiſſa ſit injuria & condonata ab eo, qui nullam querelam, vel actionem inſtituit, nec permittitur heredi, qui nullam injuriam paſſus eſt, hujus vindictæ perſecutio. Sed quæ pecuniæ perſecutionem habent, ex parte actoris tranſeunt: aliud obtinet ex parte rei, nec enim tenetur heres defuncti ex obligationibus, quæ naſcuntur ex delictis, vel quaſi ex delictis, lite non conteſtata cum defuncto, niſi, in quantum ad eum pervenerit, quo caſu, quod notandum, *calculi potius, quam delicti ratione teneri* dicitur *l. in heredem* 26. *l. Sabinus* 29. *D. de dolo malo*, idem dicendum de mixtis actionibus, quæ rem & pœnam ſimul perſequuntur, *l.* 16. §. 2. *D. quod met. cauſſ.* actione autem mere pœnali non tenetur quamvis aliquid pervenerit (*x*) *l.* 1. *D. de privat. delictis*, quod

(*x*) *Quamvis aliquid pervenerit.* Hæc verba rectius multo abeſſent, cum, quia non exſtant in *all. l.* 1. *de privat. delict.* tum, quia ridiculum eſt, dubitare, an mere pœnalis actio unquam competere in heredem poſſit in id, quod ad eum pervenit. Id enim, quod ad heredem pervenit, ſeu quo heres locupletior eſt ex defuncti delicto, ſemper eſt vel totum, vel pars ejus, quod læſo abeſt ex patrimonio, adeoque eſt objectum rei perſecutoriæ, vel etiam mixtæ, non mere pœnalis actionis: de hac nec affirmari, nec negari, imo ne dubitari quidem poteſt, an contra heredes delinquentis detur, quatenus ad eos pervenit. Quamobrem juris auctores limitationem, *quatenus ad heredes pervenit*, applicant perpetuo actionibus ex delicto rei perſecutoriis, ut actioni doli *l.* 26. *D. de dol. mal.* actioni rerum amotarum. *l. ult. C. rer amotar.* actioni in factum contra eum, cujus dolo malo poſſeſſionis cauſſa deterior eſſe cœpit. *l.* 9. §. *ult. l.* 10. *D. de reb. auct. jud. poſſid.* actioni tributoriæ *l.* 7. §. 5. *l.* 8 *pr. D. de trib. act.* item actionibus mixtis, ut actioni quod metus cauſſa *l.* 16. §. *ult. D. quod met. cauſſ.* actioni legis Aquiliæ. *l.* 23. § 8. *D. ad leg. Aquil.* nunquam vero actionibus mere pœnalibus: id, quod nec operæ pretium ducerem monere, niſi viderem, hac parte viros magnos & de jurisprudentia egregie meritos, atque in his auctorem noſtrum, A. Vinnium in *Comm. ad* §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act. n.* 2. *in med.* & U. Huberum in *prælect. ad tit. eund. Inſt.* §. 6. non tam errore labi, quam per incogitantiam aliud, ut opinor, ac ſentiunt, ſcribere.

quod mirum merito videri poteſt, ſi enim ex delictis actiones perſonales competunt, quibus perſona defuncti obligata fuit, quare non tranſit hæc perſonalis actio ex perſona defuncti in heredem, tanquam ſuccedaneam perſonam commodorum & incommodorum defuncti, hæc enim tractatio non ad graviora illa delicta pertinet, quæ publica dicuntur, quia publicam animadverſionem habent, & quæ, paucis exceptis, merito in heredem, qui nihil peccavit, non tranſeunt, etſi in eis lis conteſtata ſit cum defuncto, ſi modo etiam condemnatio ſecuta non fuerit. *l. ex judiciorum* 20. *D. de accuſat.* ſed ad privata delicta, ex quibus civiliter agitur actionibus civilibus, non criminalibus, ut in *tit. C. quando civil. act. crimin. præjud.* has enim ſine atroci & decretorio ſtilo exercemus, ſed eodem ordine agimus in perſonam, quo agimus ex contractibus, licet formula diverſa, vel, ut Juſtinianus loquitur, *aliis quibusdam modis*, ut, ſi agatur actione furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, damni injuria dati, quibus addere licet actiones quaſi ex maleficio, de quibus in *tit. Inſtit. de obligat.*, *quæ quaſi ex delicto naſcuntur*, actionem de dolo, de eo, quod metus cauſſa, actionem in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſſa facta, de edendo, arborum furtim cæſarum & alias ſimiles. De furto plerumque agitur criminaliter & extra ordinem, ut ait JCtus *l. pen. D. de furtis*, quo jure hodie utimur ſublatis civilibus pœnis furti manifeſti, & nec manifeſti in duplum & quadruplum. Et hoc quidem genere ſi agatur, id eſt, criminaliter, agi non poſſe adverſus heredem, recte dicere poſſumus, exemplo judiciorum publicorum, ſed ſi civiliter agatur, quæ juris ratio aut æquitatis benignitas hoc induxit, ut cum heres bona defuncti poſſideat, ex quibus damnum rebus meis illatum ſarcire defunctus tenebatur, id præſtare non teneatur heres, quod defunctus præſtitiſſet, licet ex hac delicti cauſſa nihil ad heredem pervenerit, ad quem ſufficit perveniſſe omnia bona defuncti, ut ex qua perſona lucrum ſentit, ejus quoque factum præſtare teneatur, ut eſt in regula juris *l. ex qua perſona* 149. *D. de regul. jur.* hoc tamen Paullus in *l. ſi pœna* 20. *D. de pœnis.* receptum eſſe, ait, jure commentitio, pœnam ex delictis ad heredes non poſſe tranſire, quod Paullus ſcripſit *lib.* 18. *ad Plautium*, ex quo Paulli libro ſumpta quoque eſt lex *ex contractibus* 49. *D. de oblig. & action.* ubi proponitur contraria regula juris de contractibus. *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque verſetur, veluti cum Tutor in tutela gerenda dolum admiſit, aut is, apud quem depoſitum eſt*, & quidem in ſolidum, ut nominatim ſcriptum eſt in *l. ex depoſiti* 12. *D. eod. tit. l. ad ea* 157. §. *ult. D. de reg. jur.* non pro ea parte tantum, quæ pervenerit ad heredes *l.* 7. §. *datur* 1. *D. depoſiti.* ſed aliud eſſe dicendum de actionibus, quæ ex delictis deſcundunt, eodem tenore Paullus docuit, & ſcripſit id, quod habemus *d. l. ſi pœna* 20. *D. de pœnis.* hanc regulam eſſe receptam jure commentitio: Ulpianus hoc jus eſſe ait ex civili conſtitutione *l.* 1. *D. de privat. delict.* quæ ſæpe detrahit aliquid ex æquitate naturali & jure communi *l.* 6. *D. de juſtitia & jure.* Juſtinianus in §. 1. *Inſtit. de perpet. & temp. act.* ex certiſſima regula juris, & tamen idem Paullus in *l. conſtitutionibus* 33. *D. de obligat. & act.* conſtitutionibus principum hoc tribuere videtur;

tur; *constitutionibus*, inquit, *quibus ostenditur, heredes pœna non teneri.* Dicamus igitur, hoc jus esse inductum interpretatione & auctoritate jura constituentium, id est, prudentum, vel JCtorum & principum, a quibus jus vetus coangustatum fuisse, ait lex *verbis legis* 120. *D. de V. S* quæsitis commentis & coloribus, quibus plerumque jus, quod antea obtinebat, non aperte quidem, sed veluti cuniculis oppugnatur; valent quidem omnino & subsistunt ex veteri jure testamenta parentum, in quibus exheredati sunt filii, & hoc est, quod ait lex *non putavit* 8. *pr. D. de bonor. possess. contra tab. filii exheredati testamenta patrum jure civili non turbant*, sed quæsito colore & commento furoris, quasi furiosus sit, qui testamentum non fecit secundum pietatis regulas, induxit interpretatio prudentum inofficiosi querelam, quæ, (ut Valerius Maximus loquitur,) quietos esse non patitur defuncti cineres *l. hoc colore* 2. *D. de inoffic. testam.* eadem interpretatio, cum in l. XII. tab. scriptum sit *si pater filium ter venundederit, filius a patre liber esto*, (quæ verba de vera, non de fictitia & imaginaria venditione accipienda sunt,) egregio commento trinas illas imaginarias venditiones & mancipationes fabricavit, quibus filius a patris potestate liberari potest, de quibus notissimi sunt Ulpiani & Justiniani loci. Ab eodem fonte fluxit insigne illud commentum, quo Justinianus scribit in constitutione Græca de jure patronatus, quam Cujacius dedit *lib.* 20. *cap.* 34. *Observat.* Fingebant JCti, filiam patroni esse filium, ut tuitione Prætoris, qui liberos tantum virilis sexus in successione liberti agnoscebat, filia capite minuta liberto succederet, ubi & nominatim dicitur παλαιὰ ὑπόκρισις· his addere facile est varias fictiones, ex quibus constare potest, merito hoc jus commentitium vocari, quia plenum imaginibus & commentis. Hoc igitur commentitio jure inducto, scilicet responsis prudentum, quæ plerumque sequuntur rescripta Principum, inductum est hoc jus, ex quo dicimus, heredes pœna non teneri, &, cum in plerisque actionibus pœnalibus ita sæpe responsum & rescriptum fuisset, exemplo graviorum criminum, quæ morte extinguuntur *l. crimen* 26. *D. de pœnis.* inde conflata est illa regula juris, quæ constitutio civilis dicitur in *d. l.* 1. *D. de privat. delict.* addita tamen fuit a prudentibus hæc exceptio, *nisi lis contestata sit cum defuncto.* quam rescripta & constitutiones Principum ita esse ampliandam voluerunt, ut sufficiat sola conventio sine litis contestatione *d. l. constitutionibus* 33. *D. de oblig. & act.* (*y*). Porro hujus regulæ hæc ratio redditur a Paullo in *d. l. si* pœ-

(*y*) *Sola conventio sine litis contestatione.* Atqui idem Paullus, qui auctor est allegatæ legis 33. *D. de obl. & act.* ad actionem in heredes, vel actoris, vel rei transmittendam diserte requirit litis contestationem in *l.* 87. *D. de R. J. l.* 24. *pr. D. de liberal. causs.* idem sentit Ulpianus in *l.* 28. *D. de injur.* & Callistratus in *l.* 58. *D. de obl. & act.* Quod si ex Principum constitutionibus sola conventio sine litis contestatione sufficiat, cur in *l.* 1. *C. quand. libell. princip. dat. lit. cont. fac.* libellus Principi oblatus æquiparatur litis contestationi? cur non potius soli conventioni? denique nostra lex *un. C. ex delict. defunc.* totidem verbis liti contestatæ hunc effectum adsignat. Itaque Paulli verba in *l.* 33. *D. de obl. & act.* plenius intelligo de conventione ita facta, ut lis jam contestata sit, idque significare Paullum velle verbis finalibus *quasi lite contestata cum mortuo*, ubi τὸ *quasi* non inser-

pœna 20. *D. de pœnis.* quod pœna conſtituatur in emendationem hominum, quæ mortuo eo, in quem conſtitui videtur, deſinit & hæc eſt prima pœnarum cauſſa, notata ab A. Gellio *lib.* VI. *Noct. attic. cap.* 14. ex commentariis Tauri Philoſophi in Gorgiam Platonis, & proprie dicitur νουθεσία· id eſt, ut veteres gloſſæ recte habent, admonitio, quia pœna adhibetur caſtigandi atque emendandi gratia, ut is, qui deliquit, attentior fiat correctiorque. Hoc igitur quæſito commento tandem obtinuit actiones, quæ ex delictis, vel quaſi ex delictis deſcendunt, ad heredes non tranſire, & non quodlibet defuncti factum heredes præſtare teneri, ſed contractus tantum, coanguſtata regula veteris juris, quæ non videtur hac in parte privata delicta ſeparaſſe a contractibus, & valde notanda eſt hujus juris viciſſitudo: ad vetuſtum enim jus & æquitatem naturalem ſupra vindicatam, & pontificio jure probatam *cap. ult. extra. de ſepulturis cap. in litteris extra. de raptoribus*, magis accedit jus, quo hodie utimur in Gallia etiam in criminibus gravioribus, quamvis enim crimina morte extinguantur; licet tamen agere civiliter adverſus heredes defuncti rei, *pour l'intereſt civil*, ut loquuntur, quam in rem pragmatici noſtri vulgo notant SCtum Pariſienſe datum in crimine parricidii, die 3. menſis Martii, anno Domini 1563. Sed ut redeam ad jus noſtrum commentitium, plus eſt, quod notat Juſtinianus in §. 1. *vs. aliquando Inſtitut. de perpet. & tempor. act* aliquando etiam ex contractu, contra regulam ſupra propoſitam de contractibus, actionem contra heredem non competere, cum teſtator doloſe verſatus ſit, & ad ejus heredem nihil ex dolo pervenit; ſic enim legendum eſt, ex d. §. ſublata, ex fide veterum librorum, particula *veluti*, quam imperita manus admiſit. Quando vero, & quo caſu id contingat, ut actio ex contractu plane ſimilis ſit actioni ex delicto, anxie quæritur. Cujacius in *notis Inſtitut. & lib.* 13. *Obſervat. cap. pen.* in *Parat. C. Tit. de in lit. jur.* & *lib.* 21. *Obſervat. cap.* 2. hunc locum explicandum eſſe cenſet ex *l.* 1. *C. de hered. tutor.* ut non ex omni dolo defuncti teneatur heres, licet actio ex contractu deſcendat, ſed ex eo tantum, qui rebus actoris damnum attulit, ut hæc ſit perſpicua mens §. *aliquando*, ex eo dolo, qui nullum damnum attulit, & ex quo nihil ad defunctum pervenit, vel ad heredem, aliquando actionem non poſſe competere, quamvis ex quolibet contractu adverſus heredem regulariter competere dicatur ex dolo defuncti in ſolidum, licet nihil pervenerit, hoc enim caſu hæc regula vitium patitur, ſi ex dolo nullum damnum datum ſit, quia nihil nec ad defunctum, nec ad heredem potuit pervenire, & hoc eſt, quod ait *aliquando*, regulariter enim in ſolidum tenetur heres. Quam ſententiam ita ſimpliciter conceptam nunquam potui admittere manifeſta ratione, quia niſi ex

vit comparationi inſtituendæ, ſed, ut ait gloſſa, eſt expreſſivum veritatis. Ulpianus in *l.* 26. *D. de obl. & act.* & Imperatores in *l.* 1. *C. de hered. tutor.* in hac cauſſa meminerunt litis *inchoatæ*, recte: nam lis, antequam conteſtetur, nulla eſt, ſed tantum controverſia *l.* 25. §. 7. *D. de hered. petit.* Eandemque litis conteſtationem Paullus exprimit in *l.* 164. *D. de R. J.* dicens *pœnalia judicia ſemel accepta in heredes transmitti*, & Cajus in *l.* 139. *pr. D. eod.* per actiones *judicio incluſas.* vide ibi abſolutiſſimum J. Gothofredi commentarium.

ex dolo, vel culpa lata, aut levi, damnum latum esse dicatur, frustra quæritur, an quis ex dolo, vel culpa teneatur; & dolus, qui effectum nullum habuit, qui nullum damnum attulit, dolus dici non potest *l.* 1. §. 2. *D. quod quisq. jur. in alium statuer. l. filius* 14. §. *maritus* 2. *D. ad leg Cornel de falsis*, si enim incolume sit patrimonium pupilli, qua fronte desiderari potest in specie *d. l.* 1. condemnatio, vel adversus heredem tutoris, vel adversus tutorem ipsum? Ait dicta lex 1. heredes tutoris ex negligentia, quæ non potest latæ culpæ comparari, non oportet condemnari, cum scilicet abesset aliquid pupillo ex levi culpa, quam ex hac constitutione Severi heredes non præstant, quorum ignorantiæ quibusdam constitutionibus subventum esse dicitur in *d. l. ult.* §. 1. *D. de fidejuss. tutor.* quod verisimile esse ostendit lex 4. *D. de Magistr. conveniendis*, sed addit dicta lex 1. hanc exceptionem, *nisi lis contestata sit cum defuncto*; & tandem subjicit hæc verba, *neque ex damno pupilli lucrum captatum sit, aut gratia præstitum* alteri, ex his verbis Cujacius dolum illum suum conficit, ex quo nullum damnum datum est, cujus nullum rationem haberi posse, plusquam manifestum est: &, ut dicam explicatius, si nullum detrimentum pupillus passus est, nec tutor ipse teneri potest: frustra igitur quæritur, an heres teneatur, tota enim quæstio in hoc versatur, an heres damnum, a defuncto datum, dolo, vel culpa sarcire teneatur? lucrum captare ex damno alieno dolus est, ut nominatim ait *l. pen. in fin. D. de reb eor. qui sub tut., vel cur. sunt. Dicendum est*, inquit, *adhuc doli exceptionem obstare, si pupillus ex damno alieno lucrum captet*, quam in rem recte veteres utuntur *l.* 8. §. *ult. D. mandati*, quæ latam culpam esse ait, si ex re aliena quis lucrum præstet alteri gratiose; lucrum enim & ipse facere videtur, qui acquirit beneficii debitorem *l. si pignore* 54. §. 1. *D. de furtis.* quam Azo primus notavit ad *d. l.* 1. quia ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligavit *l. sed etsi* 25. §. *consuluit* 11. *D. de petitione hereditatis*, quæ est recta & perspicua dictæ posterioris clausulæ explicatio, *neque ex damno pupilli &c.* sed ex his verbis male infers & colligis, ergo sine damno pupilli dolose versari potest tutor, & ex hoc dolo non tenetur heres, cum contra dolus esse dicatur, cum ex alieno damno lucrum captatum est, *d. l. pen. D. de reb. eorum, qui sub &c.* his rationibus fretus, quia non possum a traditionibus doctoris mei, nisi invitus, discedere, quemadmodum Cassius Sabini Magistri sui sententiam bene excusare dicitur in *l. qualem* 19. §. *unde* 2. *D. de receptis arbitris*, ita quoque excusandam Cujacii sententiam existimavi, ratus tamen, ad dictum versic. *aliquando* pertinere eam legem 1. si ita dicamus, damnum quidem datum fuisse pupillo, (quod necessario desideramus, ut quæstio procedat) sed neque lucrum captatum fuisse ex hoc damno, neque præstitum alteri, veluti si neque sordide, neque gratiose versatus sit tutor in comparatione prædiorum, & damnum patiatur pupillus, prædiis evictis, quia non elegit venditorem, qui esset solvendo, quæ est species *l.* 7. §. *competit.* 2. *D. de administr. tut.* quæ nominatim ait, hoc casu latam culpam tantum præstare teneri tutorem, quam latam culpam dolum esse constat *l. quod Nerva* 32. *D. depositi.* ex hac igitur lata culpa, quæ pro dolo habetur, si neque lucrum captatum sit, neque gratia præstitum alteri a tutore, heredi subveniendum

esse censebam adnotato simili exemplo ex *l.* 2. *Cod. arbitr. tutel.* ubi latam culpam præstare tantum tenetur tutor, ut in superiore casu; quamvis regulariter omnem culpam præstare teneatur. Sed animadverti, pravam quoque esse hanc illationem: „ lex 1. *Cod. de hered. tutor.* ait, heredem tutoris teneri, „ si ex damno pupilli lucrum captatum sit aut gratia præstitum alteri, ergo „ lucro non captato, vel præstito alteri, non tenetur", quia, ut in eadem quæstione Cujacius recte docet ad *d. tit. C. de in lit. jurando* argumentum a contrario sensu non est necessario verum: eadem enim argumentatione quis potest efficere ex *l. ult. C. de heredibus tutor.* actionem non dari adversus heredes tutoris, qui res pupilli non possidet, quia dicta lex ait, agi posse contra heredes, qui possident, quod falsum est & ridiculum; & rursus potest esse dolus gravissimus, ex quo neque sibi, neque alteri quærit lucrum tutor, sed malitiose grassatur & versatur in rebus pupillaribus, nihil laturus, nisi ut officiat, ut eleganter loquitur lex *in fundo* 38. *D. de rei vindicat.* ex quo genere doli multo magis teneri heredes dicendum est. *Boni nullo emolumento impelluntur in fraudem, improbi sæpe parvo*, ait Cicero pro Milone *c.* 12. imo aliquando & nullo, & hoc est, pravissimum genus doli, quod notatur in *l.* 3. §. *nunc videamus* 5. *D. de suspect. tutor.* & nominatim comparatur dolo, ex quo quis lucrum captat, illo loco, *sciendum est ob dolum in tutela admissum suspectum postulare licere, si forte grassatus est in tutela, aut sordide egit, vel perniciose, vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus:* quæ verba fideliter Accursius exposuit & recte distinxit varia genera doli. Vera igitur & perspicua sententia dictæ legis hæc esse videtur, heredes tutoris, si lis contestata non sit cum defuncto, non posse teneri ex negligentia, quæ non potest latæ culpæ comparari, id est, non teneri ex levi culpa, quam sententiam posterior clausula latius exponit, & docet, ex ea tamen culpa levi heredes non posse teneri, in qua nulla potest cadere suspicio cujuscumque doli, vel latæ culpæ, nam si apparet tutorem ita versatum fuisse in negotiis pupillaribus, ut genere quodam sibi captasse lucrum videatur, vel præstitisse alteri ex damno pupilli, quia dolus, vel lata culpa est, ut jam docui, tenentur heredes, ut nominatim proditum est *d. l.* 4. *D. de Magistr. conven.* & in casibus igitur propositis in *d. l.* 7. §. 2. *D. de adm. tut.* & *l.* 2. *C. arbitrium tutel.* si lata culpa tutoris arguatur, heredes quoque tenentur. Summa denique legis 1. sic efficienda est, ex levi culpa tutoris non tenentur heredes, ex quocumque dolo, vel lata culpa tenentur. His fideliter expositis, quis non videt *d.* §. *aliquando Inst. de perp. & temp. act.* nihil commune habere cum dicta lege 1. quod & manifesto hac ratione probatur, ut heredes teneantur in specie *d. l.* 1. hoc sufficit, pervenisse aliquid ad defunctum, vel pervenisse videri, nam ait, *si captatum sit lucrum, vel præstitum alteri*, qui præstat alteri gratiose nullum lucrum revera facit, & qui captat, non semper capit, ut apud Plautum in *Amphitryone act.* II. *scen.* 2. *vs.* 189.

Tu si me impudicitiæ captas, non potes capere.

Et

Et apud Martial. *lib.* 9. *epigr.* 89.

Dum me captares, mittebas munera nobis:
Poſtquam cepiſti, das mihi, Rufe, nihil.

Et hoc eſt, quod Talelæus Græcus interpres hujus tituli ad *d. l.* 1. (Baſilicων XXXVIII tit 7.) adnotavit: *non ait, ſi ad heredes pervenerit, ſed hoc tantum ſi ad defunctum pervenerit.* at, ut heredes teneantur in *d.* §. *aliquando*, diſertis verbis requirit, ut pervenerit ad heredes, ergo magna eſt differentia inter *d. l.* 1. & *d.* §. *aliquando*; aliud eſt enim pervenire ad defunctum, aliud ad heredes pervenire, quamvis enim hoc verbum *pervenire* in jure varias interpretationes recipiat *l. utrum* 23 *pr. D. de petit. hered. l. cum prætor* 127. *D. de regul. jur.* tamen, cum lex deſiderat, perveniſſe aliquid ad heredes, neceſſe eſt, ut, vel momento quodam revera pervenerit, ut dicta lex *cum Prætor* 127. loquitur: nec ſufficit perveniſſe videri ad defunctum, niſi in ſpecie legis *videamus* 17. *D. quod met. cauſſa*, ut ſecundus heres teneatur ratione propria, quia actio cœpit eſſe hereditaria, ut pote quæ jam conſiſtit in perſona primi heredis. Quod autem ſcriptum eſt in *d.* §. *aliquando* 1. proprie pertinere videtur ad depoſitum, ut veteres Latini interpretes recte obſervant, & ex Græcis Theophilus; reſpicitque procul dubio ad depoſitum tumultus, incendii, ruinæ & naufragii cauſſa, in hoc ſi quid dolo faciat depoſitarius, perfidiæ crimen & grave delictum eſſe videtur *l.* 1. §. *hæc autem ſeparatio* 4. & *l.* 7. §. 1 *D. depoſiti*, ideoque ex dolo ipſe tenetur in duplum, heres vero in ſimplum, ex dolo ſcilicet defuncti, nam ex proprio tenetur quoque in duplum, ut conſtat ex verbis edicti propoſitis in *d. l.* 1. §. 1. ſed ſciendum eſt, quod non docent ii, quibus hoc exemplum placuit, hanc actionem in ſimplum, quæ datur adverſus heredem eſſe annalem, quaſi pœnalis ſit, quia ex majori delicto & perfidia defuncti deſcendit, quod perſpicue docet lex *de eo, quod* 18. *D. depoſit.* (z) quam

(z) Cum in hac lege 18. ex depoſito tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſſa contracto heres ob defuncti dolum dicatur in ſimplum teneri, cumque ſimplum illud ſit ſolidum, ſeu omne id, quod deponenti ex patrimonio abeſt, non eſt exemplum, quod ex dicta lege 18 affertur ſatis accommodatum ad id, quod ſcriptum eſt in vexatiſſimo loco § 1. *Inſt. de perpet. & tempor. act.* id, quod pluribus evicit Antonius Faber *de Error. Pragmat. dec* LXXVI. *err.* 4. ſimplum illud eſſe ſolidum, olfecit ipſe Janus a Coſta. Ne tamen hoc ſibi obſtaret, verba dictæ legis 18 & *intra annum* ſic accepit, quaſi poſt annum heres ex depoſito miſerabili ob dolum defuncti in nihilum teneatur, ne in ſimplum quidem, niſi forte aliquid ad heredem pervenerit, & quatenus pervenerit. Enimvero idem A. Faber *dict. loco* jam vidit eorum verborum ſenſum hunc eſſe, heredem intra annum quoque non ultra ſimplum, proinde non in duplum teneri: minime vero ea ſic eſſe accipienda, quaſi poſt annum heres teneatur in nihilum, niſi aliquid ad eum pervenerit. Fabrum merito ſecutus eſt Clar. Antonius Schulting *Theſ. controv. decad.* LVIII. §. 7. nam 1 prætor in edicto, quod eſt in *l.* 1. §. 1. *D. depoſ.* heredis ratione minime anni ſpatio circumſcripſit hanc actionem 2. cujusvis depoſiti, etiam depoſiti neceſſarii, quod vulgo miſerabile dicitur, actio in duplum eſt civilis, quippe retenta tantum ex XII. tabulis, quæ in quovis depoſito admiſſum dolum duplo vindicabant. Itaque natura

quam recte Accurſius expoſuit; poſt annum vero dari non poteſt, niſi in id, quod pervenerit ad heredem ex hoc defuncti dolo, ſemper enim turpia lucra extorquenda ſunt, ut nominatim ait lex unica hujus tituli, & hic caſus igitur eſt valde ſingularis, quo ex contractu defuncti, aliquando, id eſt, poſt annum non competit actio adverſus heredem, ſi nihil ad eum pervenerit; nam, ſi agatur intra annum, tenetur in ſolidum, & in ſimplum. Contingere igitur poteſt, ut aliquando in ſolidum teneatur, aliquando omnino non teneatur, & non dubito, actionem ex his quatuor cauſſis eſſe Prætoriam, & primum fuiſſe in edicto a Prætore propoſitam, quem & nominatim de rapto, & de damno dato ex his cauſſis edicere voluiſſe, Ulpianus ait in *l.* 1. *D. de incendio, ruina & naufragio*; hoc Juſtinianus inſinuare videtur in §. 17. *vſ. plane Inſtit. de actionib.* hanc actionem, inquit, in duplum reddit Prætor, quo caſu mixta actio eſt. At, cum ex dolo defuncti datur adverſus heredem in ſimplum, pœnalis

ſua hæc actio eſt perpetua *pr. Inſt. de perp. & temp. act.* unde ſequitur, ut & contra heredem perpetuo competere ſimplo tenus debeat: nam obligationum conditio non mutatur ex perſona heredum. *l.* 2. §. 2. *D. de V. O.* Denique cum actio ſimplicis depoſiti citra controverſiam, etiam heredis reſpectu ſit perpetua, nulla profecto, nec juris, nec æquitatis ratio excogitari poteſt, cur citius heres ab actione tutus ſit, adeoque melioris conditionis evadat in neceſſario, quam in ſimplici depoſito. Quamobrem miſſa facta actione depoſiti miſerabilis, malim verſiculo *aliquando* exemplum precarii apponere ex *l* 8. §. *ult. D. de precar.* ubi docetur, heredem ejus, qui precario accepit, ex dolo defuncti tantum teneri, quatenus ad eum pervenit. Nec me movet, quod Janus a Coſta paullo poſt objicit, id in precario fieri ob formulam edicti, *quod precario habes.* Nam cur in precario ita obtineat parum refert, ſi modo exemplum ipſum verbis Juſtiniani ſatis congruat: qua tamen de re, eſt quod dubites. Imperator enim loquitur de actione ex *contractu.* Atqui precarium, conſtat contractum non eſſe. Enim vero ſimile eſt commodato *l.* 1. §. 3. *D. de precar.* nec tantum in eo, quod perinde uſum rei transferat in accipientem, ſed in eo etiam, quod ſine conſenſu fieri nequeat. *l.* 6. *pr. D. eod.* quodque præſtationem doli, & culpæ dolo proximæ, uti fit in veris contractibus, recipiat *l* 8. §. 6. *D. de precar.* Itaque videri poteſt Imperator, appellatione contractus paullo latius accepta, precarium comprehendiſſe. Neque temere admiſerim, quod Cujacius in *Paratitl. Cod. ad tit. de in lit. jur.* innuit, ex precario quoque teneri heredem ultra id, quod pervenit, hoc eſt, in ſolidum, aſſimilatis hactenus inter ſe lege 8. *in fin. D. de precar.* & lege 4. *C. de hered. tutor.* quaſi ex illo non magis, quam ex hoc textu argumentum a contrario duci queat. Etenim diverſa eſt illorum textuum cauſſa; e verbis dictæ legis 4. *ſi quid ad heredes tutoris pervenerit*, non poteſt conſequens duci, eos non teneri de eo, quod non pervenerit, cum quia in parte poſteriore reſcripti diſerte de eo quoque, quod non adminiſtravit tutor, teneri dicuntur, jam vero ex non geſtis a defuncto non potuit quicquam pervenire ad heredes: tum etiam, quia hæc eſt perpetua reſcriptorum & reſponſorum natura, ut qui conſultus, v. gr. an heredes de eo, quod ad ipſos pervenerit, teneantur, hoc affirmat, non utique neget, eos ultra teneri. Sed in *l.* 8. *fin. D. de precar.* Ulpianus propria ſponte inquirens, quid in herede ejus, qui precario accepit, juris ſit, dum ait, ex dolo defuncti heredem, quatenus ad eum pervenit, teneri, hoc ipſo negat, illum in ſolidum teneri, eoque magis, quia dolum defuncti opponit dolo heredis proprio, ex quo illum teneri ait, quemadmodum defunctus ex ſuo tenetur, hoc eſt, in ſolidum. Hanc autem Ulpiani mentem eſſe agnoſcit ipſe vir ſummus *Obſ.* XXIII. *c.* 21.

nalis quoque est, nec post annum datur, pœnalis, inquam, ex parte rei, qui simplum præstat, id est, id, quod interest, ut actio, de qua in *l.* 1. §. *si plures* 4 *D. de eo, per quem fact. erit.* ubi pœna dicitur id, quod interest, non ex parte actoris, sed ex parte rei; idem quoque dicendum videbatur, de actione Prætoria de constituta pecunia, quæ quibusdam casibus annalis fuit, eam dari non posse, quasi pœnalem adversus heredem, ut latius videbimus in titulo sequenti. Valde igitur notanda est natura hujus actionis, quæ ex contractu nascitur, ad quam Justinianum respexisse in *d.* §. *aliquande* non dubito, cætera exempla de tributoria actione, de actione, quæ datur adversus mensorem, vel ideo non placent, quia non sunt ex contractu, non placet quoque quod de precario quidam notant, ex *l. quæsitum* 8. §. *ult. D. de precario*, quia id fit propter ipsam formulam, *quod precario habes*, ut bene Cujacius docuit *lib.* 23. *Observ. cap.* 21. cum autem hoc receptum sit in hac actione speciali depositi, quia magis ex delicto, quam ex contractu esse videtur, merito quæritur, quid sit dicendum de condictione furtiva, quam dari ex delicto nominatim ait *l.* 10. §. *quoties* 2. *D. de compens* dari tamen adversus heredem etiam in solidum constat ex multis locis ex §. *pen. Institut. de obligat. quæ ex delict.* ex *l. si duo* 13 §. *idem Julianus* 2. *D. de jurejur. l.* 5. 7. §. *ult. l.* 9. *D. de condict. furt. l.* 1. *D. de priv. delict.* & *l.* 2. §. *ult. D. vi bonor. rapt.* & tamen non esse dandam primum tentari posse docet Cujac. *lib.* 7. *cap.* 37. *Observ.* quod verissimum esse, deinde affirmat hoc nostro titulo & in tit. *de condict. furtiva* & *lib.* 3. *Observ. c.* 37. supra his argumentis fretus. Primo, quia cum odio furum introducta sit, ad pœnam pertinere videtur. Secundo, quia ex hac caussa pater non tenetur de peculio, si locupletius peculium factum non sit *l.* 3. §. *pen. D. de pecul.* Tertio, quia pignore subrepto a debitore, quod ex caussa furtiva creditor consecutus est, non restituit, sed integram debiti petitionem habet, ut fit in pœnalibus actionibus *l. si pignor.* 22. *pr. D. de pignorat. actior.* Quarto, quia actio rerum amotarum, quam condictionem esse constat ex caussa furtiva, datur in heredem in id tantum, quod pervenit *l. ult. Cod rer. amot.* Quinto, quia in *l.* 9. §. *ult.* juncta *l.* 10. *D. de tutel. & rat. distrah.* nominatim scriptum est, hanc condictionem morte furis interire. His observationibus aut objectionibus ut respondeamus: primo, observandum est, ita receptam fuisse formulam condictionis *dare oportere*, ut ex his verbis intelligamus hanc formulam proprie pertinere ad eas caussas, in quibus rem suam debitor ex contractibus nobis dare, id est, dominium in nos transferre tenetur, ut initio hujus tractatus præmunivi: secundo, observandum est, quare contra naturam & contra verba formulæ hæc actio accommodata sit adversus furem, qui hac actione omnino teneri non potuit. Ratio hæc est, ut præter pœnam, quæ petitur actione furti, & rei vindicationem, qua fur tenetur, non tanquam fur, sed tanquam possessor quilibet, obligatus quoque censeatur, veluti debitor ex contractu ad dandum, licet nihil possideat *d.* §. *ult. Institut. de oblig. quæ ex del. nascuntur d.* §. *sic itaq. discretis* 14. *Instit. de action.* si igitur formulam ipsam inspicias, vel caussam, ex qua data fuit, constabit actionem esse, quæ in solidum transit in heredem, quamvis enim dari videatur ex delicto; caussa tamen,

pro-

propter quam datur, est mera rei persecutio *d. l.* 10. §. *quoties* 2. *D. de compens.* mitius tamen agitur cum patre ex furto, quod filiusfam. admisit, quia pater regulariter & civiliter pro filio non tenetur, sed jure prætorio receptum fuit, eum teneri de peculio ex contractibus, non ex delictis, quibus non potest facere deteriorem conditionem patris *l.* 1. §. *si filiusfam.* 7. & §. *cum servus* 8. *D. de iis, qui dejecer., vel effud.* quod autem tertio, loco arguit idem Cujacius ex *d. l. si pignore* 22. *pr. D. de pign. act.* falsum esse apparet, quia, ut contra Azonem Irnerius recte docuit, Papinianus tantum id admittit in actione furti mere pœnali, non in condictione, quod verissimum esse convincunt *l. id, quod* 74. *D. de solut.* & *l. si debitor* 79. *D. de furtis.* Non obstat quoque quarto loco comparatio actionis rerum amotarum, quæ est quasi pœnalis & quasi famosa, quia succedit in locum actionis furti, quæ reverentia matrimonii non datur, *in veritate furtum sit*, ait lex *pen. D. rer. amot.* sed lenitate verborum rei tristitiam mitigamus, & res furtivas vocamus amotas; hæc vero condictio, de qua agimus, quamvis sit ex furto, non succedit tamen in locum actionis furti, sed præter actionem furti, quæ datur pœnæ nomine, datur ad rei persecutionem. Non obstat ultimo loco *l.* 9. §. *ult.* juncta *l.* 10. *D. de tutel. & rat. distrah.* hæc enim verba legis 10. *quamvis morte tutoris intereant*, rectissime Accursius observat, esse referenda ad actiones furti & damni injuria dati ex lege Aquilia, non ad condictionem furtivam, eademque ratione, quod dicitur in *l. in omnibus rebus* 55. *D. de oblig. & act. in omnibus, quæ dominium transferunt concurrat, oportet utriusque affectus; nam sive venditio, sive donatio, sive locatio conductio &c.* nemo potest transferre ad conductionem, ex qua non solet dominium transire. Concludamus ergo, ad hunc titulum condictionem furtivam non pertinere, sed ad actiones supra enumeratas cum similibus, quæ, cum ex delictis nascantur, non solum rem, sed etiam pœnam persequuntur, ut hæc sit summa hujus tituli, ex actione mere pœnali omnino non teneri heredem, ex actione mixta teneri, quatenus ad eum pervenerit, nec excepta actione vi bonorum raptorum, quamvis enim Ulpianus dicat in *l.* 2. §. *ult. D. vi bonor. raptor.* eam non fuisse nominatim in edicto a Prætore propositam, non tamen ideo negat, dari posse utiliter, ut observat *Cujac. lib.* 21. *Observ. cap.* 2. *in fine.* sed, si lis contestata sit cum defuncto, heres tenetur in solidum, quia jam non ex delicto, sed quasi ex contractu teneri cœpit defunctus, in judicio enim quasi contrahitur *l.* 3. §. *idem scribit* 11. *D. de pecul.* imo ex constitutionibus sufficit sola conventio, vel in jus vocatio, quæ hoc casu pro litis contestatione habetur (*a*), & utrumque recte habet vetus interpretatio Francica hujus nostræ legis, quæ extat in Summa Rurali, *s'il est ainsi que le prédecesseur fust en son vivant pousse & trait en cour, ou que litiscontestation en fust faite*, & hæc sufficiant de hoc jure commentitio, quo diu Galliam nostram usam fuisse reperio, unde & vulgo ita concepta fuit regula veteris juris Francici, *de l'homme mort le plaid est mort*, ut eruditus JCtus ætate Cujacii & Petri Pithœi celeberrimus Antonius Loyselus docuit in libello *de reg. juris Francici*, *sed hoc*, inquit, *emendatum fuit* va-

(*a*) Vide quæ notavi ad pag. 209. *not.* (*y*).

variis SCtis & ordinatione Regia anno domini 1539. *Loyſel, es regles titre des jugemens pag.* 60. & ita immutata fuit omnis forma judiciorum, ut vix remaneat veſtigium pœnalium actionum, quod in ipſo Romano jure quadam ex parte jam antea contigiſſe Cujacius notat *lib.* 8. *Obſerv. cap.* 33. & hoc eſt, quod idem vir doctus in eodem libello de regulis juris adnotavit, ex veteri jure Francico actiones quoque pœnales non fuiſſe frequentatas *lib.* 6. *tit* 2. *num.* 12. *pag.* 75. *mais on fait rendre les choſes ſans plus avec l'amende au Seigneur, à qui appartient la juſtice, qui eſt ce, qu'on dit, à tout méfait n'eſchet qu'amende.* Idem quoque contingit in judiciis publicis, quorum ordo omnino immutatus fuit, in his enim exercendis publica perſona, id eſt, advocatus, vel procurator fiſci a Principe præficitur, quod in Gallia noſtra feciſſe Maximum Imperatorem ex *hiſtoria ſacra* Severi Sulpitii Cujacius notat in *Parat. Cod. tit. de advocatis fiſci*, & in Hiſpania *Barcinonenſes*, quos vaſſallos & feudatarios fuiſſe Regum Franciæ usque ad tempora Ludovici IX idem quoque jus uſurpaſſe, lego, anno domini 1201. in veteribus actis cujusdam cauſſæ criminalis, adverſus quemdam homicidii accuſatum, quæ extant in hiſtoria Comitum Barcinonenſium, in his enim hoc ita nominatim ſcriptum eſt: *aſſiſtente quodam Guilielmo procere & agente per imperium Comitis vocem querelantium, qui una cum ipſis juſtitiam petiit*, quod plane eſt, quod vulgo dicimus in foro, *le procureur du Roy ou le procureur d'office joint à eux.* Ex hac varietate factum eſt, judicia publica apud nos partim eſſe privata, partim publica, publicam animadverſionem ſolus Principis officialis perſequitur, privatam vero quilibet, cujus intereſt, & hoc eſt, quod vocamus *l'intereſt civil*, quod etiam originem repetit a legibus Francicis veteribus; in his enim omnibus criminibus taxatæ & præſtitutæ fuerant certæ pœnæ pecuniariæ, accuſatoribus a convictis reis præſtandæ, ex quo jure, verbi gratia, in crimine homicidii proximiores hodie certam ſummam ſibi vindicant quaſi pro pretio, qua de re vide *Gloſſarium Cod. legum antiquarum* in voce *Leudum*, vocabant enim *Leudum* homicidii compoſitionem, ut ajunt, voce Germanica, quæ luctum ſignificat, quaſi ſit pecunia data pro luctu: atque pecunia data reus homicidii abſolutus dicebatur a parentibus. In Concilio Aurelianenſi 4°. *ſous le Roy Clovis* 1. *cap.* 28. *ſi quis homicidii a parentibus quacumque re data ſe reddiderit abſolutum.* Hoc autem fuiſſe juri Romano omnino contrarium nominatim profitetur vetus JCtus Burgundio Papianus, cujus reſponſa extant in fine *C. Theod. tit.* 2. *de pretio*, inquit, *occiſorum, nihil lex Romana conſtituit.* & auctoritate Romanæ legis Fulbertus Epiſcopus Carnotenſis, Roberti, filii Hugonis Capeti, præceptor in *Epiſt.* 29 *ad Leuthericum Senonenſem Archiepiſcopum*, contendit pecuniam, quam pro pretio occiſi Clerici Sylvanectenſes (de Senlis) offerebant, ut a crimine abſolverentur, non eſſe accipiendam, cum enim ait, hoc juſtum non eſſe, *leges ſcriptas* demonſtrare, Romanas leges procul dubio intelligit. Extat quidem in collatione legis Moſaïcæ cum Romana lege *tit.* 1. §. 11. ſingularis locus, qui pertinet ad *l.* 4. § 1. *D. ad leg. Cornel. de ſicar.* ex quo conſtat, Marium Euariſtum, qui per laſciviam mortis cauſſam præbuerat, ſententia Proconſulis Bæticæ fuiſſe in quinquennium relegatum, & damnatum certam ſummam patri præſtare impendii cauſſa, *cum manifeſta*, inquit, *eſſet*

patris paupertas, quæ verba rem novam & inusitatam ostendunt, ideoque necessaria fuit Adriani Imperatoris confirmatio. Sed antequam descendam ab hac visione, lubenter agnosco contra id, quod initio hujus quæstionis dixi, vexata illa verba § 1. *Insist. de actionibus: & aliis quibusdam modis.* non solum pertinere ad delicta, sed etiam ad contractus, & superiora *dare facere*, non solum ad contractus, sed etiam ad delicta pertinent: nam ex delictis quis recte intendit *dare*, ut ex lege Aquilia, qua reus tenetur dare æstimationem damni dati *l.* 2. *D. ad leg. Aquil.* idemque dicere licet de ipsa actione furti, quæ duplum, aut quadruplum persequitur, de actione vi bonorum raptorum, de actione injuriarum, in quibus omnibus hæc vulgaris formula *dare*, aut *facere oportere* locum habere potest, quod & de noxalibus actionibus nominatim proditum & in *l. si ad libertatem* 42. §. 1. *D. de noxal. act.* & generaliter accipiendum est de omnibus actionibus in personam, quod ait lex 25. §. 1. *D. de oblig. & act.* in personam actionem esse, qua cum eo agimus, qui nobis obligatus est ad dandum, vel faciendum, quæ verba scripsisse Ulpianum nemo dubitat de actionibus mere personalibus. Idem est, quod dicitur in *d.* § 1. Concludamus igitur, hanc esse vulgarem & communem omnium actionem personalium intentionem *dare*, aut *facere*, quam tamen concipere licet *aliis quibusdam modis*, & aliis verbis, quæ sunt ejusdem potestatis & effectus, ut, si quis intendat ex hac, vel illa causa adversarium solvere, præstare, reddere, restituere, repromittere oportere, secundum naturam actionis propositæ. Idemque dicendum est de delictis, in quibus non semper agitur hac vulgari formula, *dare* aut *facere*, sed *damnum* aut *noxam sarcire* ut in *l.* 1. §. *cum arietes* 11. *D. si quadr. paup.* quam formulam sumptam esse apparet ex l. XII. tabul. in quibus Festus ait ex Servio Sulpitio JCto *sarcire* significare *solvere*, *præstare*. &, ut dicam explicatius, actionibus personalibus intendit actor, adversarium ei *dare* aut *facere*, oportere, id est, in concipienda intentione sua utitur hac vulgari formula, vel, ut Gallice in foro dicimus, *ce sont les fins & conclusions*, sed hoc ipsum intendere potest aliis verbis, ut in actione ex empto, si emptor intendit, teneri venditorem rei venditæ possessionem vacuam tradere, cavere de evictione, purgari dolo malo, recte intendit *l.* 1. *D. de rer. permut.* & tamen ita breviter intendere potuit, *quod te mihi ex caussa emptionis dare facere oportet.* Ita conductor intendit actione ex conducto, ut ei uti liceat *l. ex conducto* 15. §. 1. *D. locati conducti*, is, qui de dote agit, intendit dotem reddi *l. si cum dotem* 22 §. *item pater* 9. *D. solut. matrim.* & sic de similibus, in quibus variare hanc formulam licet pro qualitate actionum. His generalibus verbis designari, fateor, quod ex quacumque obligatione deberi potest, ut constat ex locis notissimis; sed nihil vetat uti verbis specialibus, quibus obligationis cujusque natura designatur, & intendere alio modo ad eundem finem & effectum. Hanc varietatem designare videntur hæc verba, quæ olim subjecta fuisse actionibus a JCtis, ex M. Tullii notissimis locis jam observatum fuit, nec tamen explicatum: *de eadem re alio modo.* sic enim Tullius *lib.* 5. *de finib. c.* 29 *quæ cum Zeno didicisset a nostris, de eadem re, ut in actionibus præscribi solet, fecit alio modo* & ad Servium Sulpitium JCtum *lib.* XIII. *ad fam. ep.* 27. *ut vos in vestris formulis, sic ego in epistolis, de eadem re alio modo,*

do, ut enim formulam rite conciperent, de eadem re varios modos, varias intentionis conceptiones proponebant, & forſitan ad ipſam formulam *& alio modo* alludere voluit Cajus illo loco *& aliis quibusdam modis.* hæc enim verba ex inſtitutionibus Caji deſumpta, recte Cujacius conjicit.

Ad Tit. 18. *Lib.* IV. *Cod.* de conſtitut. pecun.

Dubitatum fuit apud veteres, an actio de conſtituta pecunia pœnalis ſit *l.* 18. §. *e re* 2. *D. eod.* & an danda ſit adverſus heredes, ut nominatim ait Juſtinianus *l.* 2. *hoc tit* recte igitur hic tit. ſuperioribus ſubjicitur de hereditariis actionibus, quia dubitari poſſet, an hæc actio hereditaria ſit, ut Cujacius docuit. Dicitur autem conſtituta pecunia, a ſe, vel ab alio debita, quam certo die quis ſolvendam conſtituit & inde *conſtituti* nomen, conſtituit autem quibuscumque verbis nuda conventione, vel pacto nudo ſine ſtipulatione, quæ conſtat ex interrogatione & congrua reſponſione *l omnes* 10. *C de contrab. & committ. ſtipulat.* & ex hac nuda conventione, Prætor actionem dedit, qui alias nuda pacta tueri ſolet, exceptionibus tantum datis, non actionibus. Videamus, quare data ſit: huic actioni ſimilem fuiſſe civilem actionem, quam receptitiam vocabant, ait Juſtinianus in §. *in perſonam* 8 *Inſtitut. de actionib.* fuit autem receptitia civilis actio, ſolemnibus verbis compoſita, ut loquitur lex 2. *hoc tit.* quæ locum tantum habuit, obligationes ſuſcipientibus & recipientibus argentariis, quos argenti diſtractores vocat dicta lex 2. & Hiſtoria Miſcella in Juſtino 2. *argenti venditores*, illo loco, *accerſitis*, *Sophia piiſſima Auguſta pecuniarum venditoribus & notariis juſſit deferri cautiones debitorum & præbuit eas debitoribus.* ſolebant enim ad menſam argentarii contrahere, & per argentarios omnia fere negotia expedire, ut conſtat tit. *de edendo*, & ex his, quæ Cujacius notat ad *Nov.* 136. *de argentariorum contractibus*, in quibus multa ſingularia recepta fuerunt, quæ non ſunt hujus loci. Sed quod ad rem propoſitam pertinet, receptum argentariorum valde ſimile fuit conſtituto, imo exemplo recepti, civilis negotii, inductum fuiſſe a Prætore conſtitutum, non dubito, qui tamen non ea omnia dedit conſtituto, quæ jus civile dederat recepto, ſed in hac parte ſecutus eſt quodammodo exemplum juris civilis Prætor, & induxit, poſſe quemlibet conſtituere, ſe ſoluturum pecuniam a ſe, vel ab alio debitam, & ex conſtituto dandam eſſe actionem ſimilem actioni, quam jus civile dederat ex recepto argentariorum, & ita Servianam actionem primum Prætor propoſuit de invectis & illatis a colono in prædium ruſticum, ad exemplum civilis contractus de pignore, quod hoc caſu pignus quodammodo traditum videatur, quod, ut loquitur *l. certi* 5. *C locati.* voluntate & ſcientia Domini in prædium inductum eſt. Hoc deinde tractum fuit ad cæteros creditores pignora, vel hypothecas perſequentes, & compoſita fuit actio quaſi Serviana, vel utilis Serviana, & hoc eſt, quod JCtus ait in *l. ſi tibi* 17. § *de pignore* 2. *D de pactis*, de pignore jure honorario actio ex pacto naſcitur, eodem jure ex hoc conſtituto actio ex pacto

naſcitur, ex hac ſimplici & nuda conventione, qua quis conſtituit, ſe ſoluturum, quod ipſe, vel alius debet, ut eſt in exemplo jam notato ex epiſtola D. Paulli ad Philemonem & ex Moſtellaria Plauti *Act.* III. *ſc.* 1. *vſ.* 124. *ſeq.* ubi Theuropides conſtituit, ſoluturum ſe pecuniam a filio debitam, his verbis.

Theur. *Adoleſcens, mecum rem habe.* Daniſta. *nempe abs te petam.* Th. *petito oras.* Dan. *abeo: ſat habeo, ſi cras fero.*

Dimiſſo & pacato hac conventione creditore, grave eſſe exiſtimavit Prætor fidem fallere, & actionem edicto ſuo propoſuit, quæ vocatur de conſtituta pecunia, quam ſcilicet quis conſtituit ſe ſoluturum.

Ad Leg. 1. *C.* de conſtit. pecun.

IMP. GORDIANUS A. FELICI.

Si pro alieno debito te ſoluturum conſtituiſti, pecuniæ conſtitutæ actio non ſolum adverſus te, ſed etiam adverſus heredes tuos perpetuo competit.

An heredes eorum, qui alienas obligationes ſuſcipiunt, ex defunctorum contractibus remaneant obligati, apud veteres dubitatum fuiſſe reperio, nam, quamvis regulariter heredes ex contractibus teneantur, ut latius docui in *tit. ſuperiore*, hoc tamen admittendum tantum videbatur in propriis defunctorum contractibus, non in alienis, qui ex aliena cauſſa veniunt, obtinuit tamen, heredem fidejuſſoris obligari *l.* 4. *D. de fidejuſſ. quia*, inquit, *rei locum obtinet fidejuſſor.* quod tamen non obtinuit in herede mandatoris, qui non videtur obtinere locum rei, ut ex Paullo Cujacius docet *l.* 23. *Obſerv. cap.* 25. ideoque cuſtodite in *l.* 6. §. *ſi tibi* 4. *D. mandati, ſi tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut Titio credas, ego ſum tibi obligatus.* iniquum enim viſum eſt, hoc caſu heredem mandatoris obligari ex contractu, qui non reſpicit utilitatem defuncti. Aliquando igitur, (quod notandum,) quamvis ex contractu ſit & nullum delictum arguatur, non datur in heredem, auctor ad Herennium *lib.* 2. *c.* 13. *Marcus Druſus, Prætor Urbanus, quod cum herede mandati ageretur, judicium reddidit; Sextus Julius non reddidit*, quia forſitan de hoc genere mandati agebatur: eadem ratione, opinor, dubitatum fuit, an heres ejus, qui conſtituit, ſe ſoluturum, quod alius debet, teneatur; imo an hoc caſu actio perpetua ſit adverſus ipſum conſtituentem: quosdam enim exiſtimaſſe, ex hoc conſtituto actionem eſſe annalem, inſinuare videntur hæc Juſtiniani verba in *d. l.* 2. *hoc tit. neque ſit in quocumque caſu annalis, ſed, ſive pro ſe quis conſtituat, ſive pro alio*, obſerva, quod ait, *pro alio* ut oſtendat, difficiliorem caſum, in quo maxime dubitatum fuit, utrum perpetua eſſe poſſit,

ſit, quam, cum quis pro ſe conſtituebat; obſtabat nempe illa ratio, quia pœnalis eſſe videtur, cum pro alio conſtituit, & illa prima ratione videbatur dicendum, hanc actionem eſſe annalem, & hac poſteriori validiſſima, quia mitius agendum videtur cum eo, qui alienam obligationem ſuſcipit; nec enim temere receptum fuit, alieno nomine obligari nos poſſe, quia obligationes ideo ſunt inventæ, ut quis ſua negotia, non aliena gerat *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri* 17. *D. de verb. obligat.* reſcribit tamen Imperator Gordianus in hac lege, hoc etiam caſu hanc actionem perpetuam eſſe, & adverſus heredem dari, quia conſtituens proxime accedit ad fidejuſſorem, a quo ſeparandum eſſe mandatorem Cujacius docet. *d. cap.* 25.

Ad Leg. 2. *C.* de conſtit. pecun.

JUSTINIANUS A. JOANNI PP.

Receptitia actione ceſſante &c.

Receptitiam, cujus certa & ſolemnis fuit formula, civilibus verbis compoſita, minus fuiſſe frequentatam, temporibus Juſtiniani docet hæc lex 2. in principio. Formulæ enim jam erant ſublatæ a Conſtantino *l.* 1. *ſupra Cod. de formulis & impetr. ſublat.* & quamvis in uſu eſſet receptum argentariorum, in quo quædam obſervabantur, quæ in conſtituto locum non habebant, *conſtituere* tamen potius quam *recipere* argentarii dicebantur *l.* 6. §. 3. *D. de edendo*, ſed remanebant differentiæ inter conſtitutum, vel receptum argentariorum, & conſtitutum cæterorum hominum, qui hoc munere non fungebantur. Conſtitutum exigebat res, quæ pondere, numero & menſura conſtant, res, quæ in ſuo genere functionem, id eſt, ſolutionem recipiunt, & in quibus mutuum conſiſtit *l.* 2. *D. de reb. cred.* receptum vero non ſolum admittebat quantitates, ſed etiam corpora; ex conſtituto certis caſibus annalis actio fuit, ex recepto perpetua; nondum conſtabat apud omnes, utrum liceret conſtituere id, quod in diem, vel ſub conditione debetur, quamvis quidam JCti hoc admiſiſſent, qua de re in recepto nulla unquam dubitatio fuit: & rurſum dubitabatur, utrum pure conſtituere liceret, cum conſtituti natura diem certum efflagitare videatur; quæ omnia cum in recepto ſine controverſia obtinerent, id, quod plenius erat in recepto, Juſtinianus transfudit in conſtitutum, veluti in *l. unica C. de rei uxor. act.* omne jus, quod rei uxoriæ actio habuit, transfert in actionem ex ſtipulatu, ut SCtum Pegaſianum in SCtum Trebellianum §. *ſed quia* 7. *Inſtitut. de fideicom. hereditatib.* ut actio de conſtituta pecunia ea omnia habeat, quæ olim habuit receptitia vetuſta actio, & *non abſimilem ſtipulationi*, ut loquitur, *habeat dignitatem*; quæ verba ita forte accipienda ſunt, ut hac conſtitutione Juſtinianus actionis civilis dignitatem huic Prætoriæ actioni deferre videatur, nobilior enim & utilior actio civilis fuit *l. ſi creditori* 28. *pr. D. de legat.* 1. vel hoc ideo ait,

quia, ut subjicit, vult, constitutum omnes casus complecti, qui per stipulationem explicari possunt: hoc tamen semper constituto inesse debere, Justinianus constituit, ut pro jam debito fiat, non pro indebito; ut autem id constituat, movetur duabus rationibus, prima est, quia, ut inquit, secundum antiquam receptitiam actionem, res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum. *res* (inquit *exigebatur*, id est, futura caussa, ut in *l. in summa* 65. § 4. *D de condict indeb* recipiebat enim, se soluturum argentarius pretium pro Sempronio emptore Titio venditori, emptione nondum perfecta, ut colligitur ex *edicto* IX. *in præf* Justiniani. & ita pretium erat indebitum ante perfectam emptionem; res tamen erat, id est, futura caussa emptionis. Secunda ratio hæc est: si licet indebitum constituere, & efficax est hoc casu ex constituto obligatio, novaque formatur actio, qua indebitum constitutum petere liceat; pugnat hæc inductio cum veteri providentia juris, quæ multas introduxit condictiones, condictionem indebiti, condictionem sine caussa, condictionem caussa data, caussa non secuta, quibus licet, vel jam solutum indebitum condicere, vel ante solutionem obligationes ipsas. Subjicit deinde novum non esse, pecuniæ nomine omnia generaliter corpora significari, quod ex libris nostris D. Augustinus scripsit *de Civit Dei lib.* 7 *cap.* 12. hoc autem Justinianus ait, esse scriptum tam in libris juris auctorum, quam in antiqua prudentia: antiquam prudentiam nominat vetutissimorum JCtorum & ita in *l.* 1 *C. de comm. servo manum* separat. Sextum Ælium, veteris juris conditorem, ab Ulpiano, Paullo, Juliano & Martiano, quos juris auctores hoc loco vocat. Cæterum verum sentum §. *ult.* ex veteribus interpretibus solus Raphaël Fulgosius intellexit: est enim accipiendus non de decretis, vel, ut loquuntur, statutis, argentariorum, sed de eo, quod argentarii, vel alii negotiatores constituunt indefense se soluturos, id est, sine ulla exceptione, ut, quod pure ab argentariis constitutum est, secundum morem receptorum firmum maneat, &, non obstante hac constitutione, pretium, quod emptione perfecta debiturus est emptor, recte constituere possint; *indefense* igitur constituere sine ulla defensione, vel exceptione ut apud Paullum *lib.* 1. *sent. tit.* 4 §. 7. *pater, si emancipati filii res sine ulla exceptione a se donatas administraverit* Res *sine ulla exceptione donatas*, id est, pure ac præcise donatas, vel, ut Justinianus hoc loco loquitur, *indefense*, ut ad Paullum recte Cujacius docet.

Ad

Ad Leg. ultim. C. de conſtit. pecun.

IDEM A. JOANNI PP.

Divi Hadriani epiſtolam, quæ de periculo dividendo inter mandatores & fidejuſſores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis ſimul conſtituunt, neceſſarium eſt. Æquitatis enim ratio diverſas ſpecies actionis excludere nullo modo debet.

Facilis eſt ſententia legis ultimæ. Notiſſimum beneficium epiſtola D. Adriani datum mandatoribus & fidejuſſoribus pluribus, de quo in §. *ſi plures* 4. *Inſtit de fidejuſſ.* auctoritate hujus conſtitutionis trahendum eſſe ad reos conſtitutæ pecuniæ, ut ſi ſint plures, qui pro aliis conſtituant ſe ſoluturos, dividatur inter eos actio, ſi omnes ſolvendo ſunt litis conteſtatæ tempore, licet ipſo jure in ſolidum ſint obligati, ideoque hæc exceptio, quæ dicta epiſtola data eſt, omnino ante condemnationem opponenda eſt *l.* 10. *C. de fidejuſſ.* nec obſtat lex *ſi fidejuſſores* 41. §. 1 *D. eod. tit.* quæ hoc ſimpliciter vult, poſt condemnationem dari beneficium ceſſionis actionum, non beneficium diviſionis Non obſtat quoque lex *inter eos* 51. §. *ult. D. eod. tit.* quia non loquitur de fidejuſſore condemnato actione ex ſtipulatu, ſed de fidejuſſore ex proprio delicto & crimine condemnato, bonis confiscatis, quo caſu fiſcus ex damnati perſona utitur hoc beneficio cum cæteris fidejuſſoribus. Sciendum tamen eſt, hoc beneficium diviſionis non dari fidejuſſoribus tutoris *l. ult. D. rem pupilli, ſalvam fore.* licet competat pluribus tutoribus *l.* 1. §. *nunc tractemus* 10. *D. de tutel. & rat. diſtrah.* nec in duobus caſibus propoſitis in *l. ſi Titius & Seja* 48 *D. de fidejuſſ.* quos vobis excutiendos relinquo: quod autem æquum viſum eſt contra ſtrictam juris regulam inter mandatores & fidejuſſores, qui in ſolidum tenentur, dividere actionem, idem quoque admittendum eſſe vult Juſtinianus inter plures, qui pecunias pro aliis ſe ſoluturos conſtituunt, in quibus eadem æquitatis ratio valet, ut valeat æquitas quæ in paribus cauſſis paria judicia deſiderat, ut Tullius loquitur in Topicis, licet actiones, quibus obligati ſunt, diverſæ ſint; nec enim debet æquitatis ratio, ut Juſtinianus loquitur, diverſas ſpecies actionis excludere: alludere quidem videtur, fateor, ad illa Papiniani verba, quæ extant in *l. ſi fidejuſſores* 7. *D. de fidejuſſ. tutor. cur ſpecies actionis æquitatem diviſionis excludit*; ſed non ideo mutanda eſt lectio, quia eſt aperta Juſtiniani mens, hanc æquitatis rationem in omnibus, qui alieno nomine obligantur, valere debere, quamvis diverſæ ſint ſpecies actionis, ſed quid eſt, quæſo, quod Paullus ſcribit *lib.* 1. *ſent. tit.* 20. hoc beneficium diviſionis dari ex edicto Prætoris fidejuſſoribus? an verum eſt, quod Cujacius notat, hoc edicto perpetuo, quod a Salvio Juliano

no auctoritate Hadriani compositum fuit, comprehensum quoque fuisse? atqui hæc epistola, non est Hadriani patris, sub quo edictum compositum fuit, sed Antonini Pii, qui & Hadrianus dicitur, quia fuit adoptatus ab Hadriano, ut constat ex *l. si testamento* 49. *D. de fidejuss* Dicamus igitur, novam esse adjectionem Juliani, quem constat pervenisse usque ad tempora DD. fratrum, ex *l. Divi* 17. *D. de jure patronat.* cum enim hoc jus ex epistola D. Pii, qui & Hadrianus dictus est, inductum esset, hoc edicto, jam sub Hadriano patre composito, subjiciendum Julianus existimavit. Fuit igitur edicto comprehensum ex nova adjectione Juliani, quia, quo tempore edictum fuit compositum, non potuit proponere jus post edicti compositionem inductum.

Ad Tit. 19. *Lib.* 4. *Cod.* de Probationibus.

Jam a titulo de actionibus & obligationibus cœpit conditor hujus libri generalia quædam præcepta, & communes omnibus actionibus regulas proponere, & hoc est, quod hoc titulo & tribus sequentibus persequitur, antequam redeat ad species actionum, quæ ex contractu & ex obligatione nascuntur; in his enim omnibus, de quibus tractare pergit in titulo *de commodato* & sequentibus, & in condictionibus, de quibus in superioribus titulis tractavit, & generaliter in omnibus judiciis probationes necessariæ sunt; & de his præmittit hunc titulum generalem, quo secrevit legitimas ab illegitimis, docetque, aliquando onus probationis incumbere actori, aliquando reo, imo aliquando utrumque admitti ad probationem, quod, qua ratione fiat, habita ratione actionis, vel exceptionis propositæ, passim in hoc titulo explicatur, ut intelligamus inutiles esse actiones, nisi liquido probatum sit judici manifestis rebus, ut Lampridius loquitur in *Alexandro Severo*, verum esse id, quod in judicium deductum est. Hoc autem potissimum fit duobus modis, vel testibus, vel instrumentis, de quibus dantur speciales tituli, his addere licet indicia certa & indubitata quæ Demosthenes *Oratione* 1. *adversus Onetorem* vocat μεγάλα τεκμήρια, καὶ πίστεις ἱκανάς· *partim*, inquit, *testes adducam*, *partim magna indicia*, *& argumenta idonea*, ut in Epistola D. Cypriani 4. *ad instruendos isti nos indicia ac testimonia protulerunt.*

Ad

Ad Leg. primam C. de probat.

IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. FAUSTINO.

Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare debet (*b*).

Certissima est regula juris, tradita in *l.* 1. *D. hoc tit.* ei incumbere onus probandi, qui dicit, vel affirmat, non ei, qui negat, quæ regula efficit, ut in prima parte hujus legis prima, si creditor agat ex caussa mutui condictione certi, & reus opponat exceptionem non numeratæ pecuniæ, vel exceptionem doli, quam concurrere certum est cum exceptione non numeratæ pecuniæ *l.* 3. *C. de non numerata pecun.* teneatur actionem implere, id est, probare, ut in *l. negantes* 9. *C. de obligation. & action.* cum similibus, probare, pecuniam fuisse numeratam, & vice versa, si affirmat reus, pecuniam fuisse solutam, is quoque teneatur hanc affirmationem probare ratione eadem, quia primo casu reus negat, actor affirmat. Secundo affirmat reus, actor negat, hujus autem regulæ ratio hæc est, tradita in *l. actor* 23. *hoc titulo.* quia per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, quod latius ad dictam legem probandum & explicandum erit. Nec superiori definitioni obloquitur *l. frustra* 8. *hoc tit.* quæ generaliter ait, a reo convento non esse exigendam probationem, nam de reo loquitur, qui absoluta negatione intentionem actoris excludere tentat, non qui ipse quid affirmat, ut si dicat, pecuniam fuisse solutam, vel pactum de non petendo fuisse interpositum, aut si quid simile affirmative concipiat, nec quoque obstat *l. generaliter* 13. *C. de non numerata pecun.* quæ vulgo non intelligitur, quamvis ejus sententia diserte a Triboniano proposita sit in *l. eum de indebito* 25. §. *ult. D. hoc tit.* quam totum esse a manu Triboniani verissime D. Cujacius docuit. Perspicua dictæ legis sententia hæc est, si scriptura nominatim comprehensa sit antecedens caussa, ex qua pecunia deberi dicitur, puta caussa emptionis, locationis similisve contractus, quæ scilicet caussa præcedit scripturam, (fiunt enim scripturæ, ut id, quod actum est, facilius probari possit *l.* 4. *D. de fide instrumentorum*,) vel si præcedat caussa mutui, quam male glossa excludit, cum generaliter loquatur de quacumque caussa: hoc casu nominatim expressa caussa, ex qua pecunia deberi dicitur, & quam in mutuo dando exprimendam esse, ait Demipho in *Phor-*

(*b*) *Petit numeratam, implere cogitur.* Sic vulgo interpungitur: unde teste Charonda, in libro Aurelianensi legitur; *implere intentionem cogitur.* Merito Claudius Salmasius *de mod. usur. c.* XI. *p.* 472. ita interpungit: *ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur &c.* Quod autem ille pro *petit* mavult *tradidit*, necessarium non arbitror.

Phormione Terentii Act. 4. *scen.* 5 *vs.* 23. *numquam amittam ego a me, quin mihi testes adhibeam, cui dem, & quamobrem dem, commemorabo.* Hoc, inquam, casu instrumentum, quo acta causa expressa est, transferri onus probandi in ipsum reum, ut cancellato chirographo si reus dicat, pecuniam fuisse solutam, actor affirmet, non fuisse solutam, onus probationis incumbit actori, solent enim hæ præsumptiones in adversarium transferre probationem. Est igitur hæc nostra lex accipienda, vel de pecunia sine scriptura credita, vel de instrumento, quod nullam actam causam continet, &, ut Justinianus ait in *d §. ult. l eum de indebito* 25. indiscrete loquitur. Sed quærunt interpretes, utrum reus possit has duas exceptiones cumulare, id est, negare, pecuniam fuisse numeratam, & simul affirmare, fuisse solutam? vel separatim dicere, pecuniam fuisse solutam, postquam opposita exceptione non numeratæ pecuniæ actor probavit intentionem suam, vel, vice versa, prius proposita exceptione solutæ pecuniæ, quam probare non potuit, an ei liceat dicere, pecuniam non fuisse numeratam, hæc enim sive simul, sive separatim proponantur, contraria esse videntur, quæ non licet proponere, *l.* 1. *Cod. de furtis.* Sed respondeo, hæc non esse contraria, quia, ut indebitum solvi potest, ita & quod numeratum non est, imo licet contraria cumulare, quod est, κατασκευάζειν ἢ ἀντιπαρεκτάσειν, ut Baldus docet in *d. l.* 1. *Cod. de furtis*, quem citatim omnes interpretes sequuntur, & quidem si simul hæ duæ exceptiones proponantur, nulla dubitatio est, ut colligere licet ex *l. si quidem* 9. *C. de exceptionib.* ex qua licet negare intentionem, & contestari exceptionem. Secundo casu major est dubitatio, cum generali illa ratione, quia hæc contraria videntur, tum quia inficiator, qui negavit, pecuniam fuisse numeratam, renuntiasse videtur huic exceptioni, ut Cynus & Dinus scribunt in *capit. nullus pluribus. de regulis juris, in sexto.* sed in contrariam Bartoli sententiam proclivior sum, quia, ut jam docui, hæc contraria non sunt: & quamvis negaverit, pecuniam fuisse numeratam, non ideo videtur renuntiasse exceptioni solutionis, ut qui rem vindicat, quamvis ita agens plane profiteatur, se non esse possessorem, quia rei vindicatio non datur possessori, ut est notissimum, non ideo videtur renuntiasse possessioni, si quam forte habuit, & ideo non prohibetur agere interdicto *uti possidetis*, quod possessori competit *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune* 1. *D. de acquir., vel amitt. possess.* qui de ingenuitate egit, non ideo videtur renuntiasse libertinitati. *l. penult. Cod. de ingenuis manumiss.* & si egero familiæ erciscundæ, qua intentione confiteri videor, adversarium esse coheredem, non tamen videor renuntiasse petitioni hereditatis, & rursum possum intendere, eumdem adversarium coheredem meum non esse *l. qui familiæ* 37. *D. famil erciscund.* idem dicendum tertio casu, objecta enim exceptione, non ideo quasi confessus de intentione actoris, videor renuntiasse negationi. *l. non utique* 9. *D. de exceptionibus*, quod & Sulpitius Victor scripsit ex libris juris civilis in *Institutionibus Oratoriis.*

Al

Ad Leg. ſecundam C. de probat.

IMP. ANTONINUS A. AULIZANO.

Poſſeſſiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum perſequere. Non enim poſſeſſori incumbit neceſſitas probandi, eas ad ſe pertinere: cum, te in probatione ceſſante, dominium apud eum remaneat.

Ait, *poſſeſſiones, quas ad te pertinere dicis.* quibus verbis indicat ſatis, tractari hoc loco de rei vindicatione, in qua actor rem ſuam eſſe affirmat §. 1. *Inſtit. de actionib. l.* 6. *vſ. & ſi veſtimenta D. de rei vindicat.* & ita verbum *pertinere* accipiendum eſt in ſua propria ſignificatione *l. verbum illud* 181. *D. de verb. ſign.* nec eſt admittenda ſententia vetus Jacobi Balduini, qui exiſtimabat, hujus legis ſpeciem eſſe ponendam de actione ex ſtipulatu perſonali, quod nugatorium eſſe conſtabit ex vera interpretatione, qui ergo rei vindicatione agebat & ſe dominum aſſerebat, cum contra poſſeſſor, ſe juſte poſſidere contenderet, poſſeſſorem hoc probare debere contendebat, hac ratione fretus, quia, cum contra affirmet, ſe eſſe dominum, & hac affirmatione tentet excludere intentionem actoris, hanc affirmationem probare tenetur, juxta regulam propoſitam in *l.* 2. *D. de probation.* ſed contra reſcribit Imperator Antoninus, debere actorem in hac perſecutione rei, quam ſuam eſſe dicit, uti more judiciorum, id eſt, uti jure, quod in his judiciis rei perſecutoriis receptum eſt & uſitatum, ſecundum quod nulla neceſſitas probationis incumbit poſſeſſori, quem ſola poſſeſſio tuetur ſatis, & quem conſtat non teneri dicere titulum ſuæ poſſeſſionis, id enim incivile eſſe, id eſt, contra regulas juris civilis nominatim ait lex *cogi* 11. *C. de petitione heredit.* cujus auctoritate Comes Flandriæ utitur contra Philippum Auguſtum Regem Franciæ apud auctorem Philippidos *lib.* 2.

Jusque mihi defendit in his poſſeſſio ſola,
Nam poſſeſſorem compelli dicere, quo rem
Poſſideat titulo, nimis incivile videtur.

Et valde notandi ſunt verſus, qui ſequuntur, ex quibus obſervare licet frequentem uſum juris civilis in illis hujus florentiſſimi regni partibus

Sic bona namque fides, titulus ſic juſtus ab omni
Excuſat culpa, noſtri fundamine juris
Nec tibi jus neſcire licet, quo nemo ſibi rem,
Juſte collatam ſine culpa amittere debet.

Sed ad rem. Sufficit, poſſeſſorem dicere, ſe juſte poſſidere, & debet actor intentionem ſuam probare, nec obſtat ſuperior ratio, cùm enim hæc poſterior affirmatio poſſeſſoris contraria ſit priori affirmationi actoris, manifeſtam includit negationem, duo enim non poſſunt ejusdem rei eſſe domini in ſolidum. *l. 5. §. ult. D. commodati.* debet igitur actor, qui primus ait, rem ſuam eſſe, hanc intentionem ſuam probare, nec hæc neceſſitas incumbit poſſeſſori, vel reo, qui tamen, ſi vult, poteſt hoc onus ſubire, ut vulgo interpretes cenſent in *l. circa* 14. *D. hoc tit.* imo ex reſcripto Conſtantini, quod extat in *l.* 1. *Cod. Theod. de fide teſtium* actore non probante contrariam intentionem ſuam, tum demum poſſeſſori neceſſitas probandi imponebatur, quod tamen non obtinuit, quia, ut nominatim ait, hoc eſt contra veteris juris definitionem, & retro Principum reſcripta. Remanet ergo jus vetus, quod magis placuit Juſtiniano, & ideo non extat lex dicta in hoc noſtro codice, hæc autem hujus deciſionis manifeſta ratio eſt, quia, ut eſt in vulgata regula juris, in pari cauſſa melior eſt cauſſa rei, vel poſſeſſoris. *l. in pari* 128. *pr. D. de reg. jur. l. militis* 36. §. *pen. D. de teſtam. milit.*, vel potius ex hoc jure, quod in hoc caſu & cæteris ſimilibus obtinuit, conflata eſt illa regula juris, & alia ſimilis, favorabiliores rei potius, quam actores, habentur. *l. favorabiliores* 125. *D. de reg jur.* ex jure enim, quod eſt, id eſt, quod jam obtinuit in multis caſibus, fit regula juris. *l.* 1. *D. eod.* ceſſante igitur actore in probatione, dominium remanet penes poſſeſſorem, ut nominatim ait hæc lex, dominium, inquam, qualecumque, ut loquitur lex *ſi mulo* 11. §. *eamdem* 4 *D. de except. rei judic* poteſt enim eſſe verus dominus proprietatis, vel ſi forte dominus proprietatis non ſit, remanet penes eum dominium poſſeſſionis, ſic vocatur in *l.* 2. *C. Theod. de bonis maternis*, & in *l.* 1. *Cod. Gregor. ſi res ſub alieno nomine empta ſit* quo ſenſu accipiendum eſſe dominium in *l.* 1. *D. de bonor. poſſeſſ* docuit D Cujacius in *Paratitl. ad d. tit. D.* prætor enim dominum facere non poteſt. §. 1. *Inſtitut. eod. tit.* eſt & dominium uſusfructus *l.* 7. *D. ſi uſusfr. petatur.* ſed de dominio poſſeſſionis hæc lex proprie videtur accipienda, & recte olim hoc loco Johannes annotavit, *dominium*, id eſt, *poſſeſſio.* quæ ſcilicet in rem actioni parere dicitur adverſarium in *l.* 1. *C. de alienat. judic. mutandi cauſſa facta.* ſic enim ex veteribus libris MSS. in dicta lege reſtituenda lectio hoc ſenſu eleganti, poſſeſſio in alium translata in rem actioni novum parit adverſarium, hæc enim actio ex præſenti poſſeſſione eſſe dicitur in *l. non alias* 24. §. *ult. D. de judiciis.* & qui vincit in hoc judicio, retinet poſſeſſionem, de qua reſtituenda agitur vel interdicto, vel rei vindicatione *l.* 1. §. 4. *D. uti poſſidetis. l. ult. C. de actionib. empti.* ubi *actio promiſſa*, vel *permiſſa*, eſt rei vindicatio, & elegans ſenſus dictæ legis hic eſt, de fundo expulſum poſſe agere ex interdicto, vel rem vindicare, ut eſt apud M. Tullium *l.* 1. *de Oratore c.* 10. *qui aut interdicto tecum contenderent, aut ex jure manu conſertum vocarent, quod in alienas poſſeſſiones irruiſſes*, id eſt, vel interdicto agerent, vel rei vindicatione, ad revocandam ſcilicet poſſeſſionem. Porro poſſeſſiones in principio dictæ legis dicuntur agri, vel fundi, cujus appellationis rationem Feſtus *de V. S. in voc. poſſeſſiones.* profert, *quia*, inquit, *olim ita dicti fuerunt agri, qui non mancipatione, ſed uſu tenebantur, nec*

ha-

habebant poſſeſſores dominium proprietatis, ſed poſſeſſionem & detentionem tantum. Sed tandem commune nomen fecit omnium agrorum, ut ex variis auctorum locis manifeſtum eſt, hoc ſenſu dicuntur Eccleſiæ ædificari in poſſeſſionibus privatorum. *l. in Eccleſiis* 11. *C. de Epiſc. & cleric.* Paſchaſius Lilibitanus Epiſcopus in Epiſt. ad Leonem Primum, *quædam viliſſima poſſeſſio Mendinas appellatur, in qua Viti opere conſtructa eſt Eccleſia*, ſic in *Can. quarumdam diſt.* 74. *poſſeſſio quæ Juliana dicitur*, & ita quoque, accipiendum eſt poſſeſſionis verbum in *can.* 1. 70. *diſt.* quo imperiti quidam utuntur, ut ex dicto verbo confirment ordinationem, quæ hodie fieri dicitur ſub titulo patrimonii.

Ad Leg. tertiam C. de probat.

IMP. ALEXANDER A. LEÆNÆ ET LUPO.

Ex perſona collegæ avi veſtri conveniri non debetis, ſi eundem collegam tempore depoſiti officii ſolvendo fuiſſe oſtenderitis.

Hanc legem non vulgo male interpretes accipunt de officio tutelæ, quod ſingulos tutores obligat in ſolidum ex collegarum perſona, qui ſolvendo non ſunt tempore officii depoſiti; etiam diviſa tutela a teſtatore, vel magiſtratu duobus caſibus, ſi tutor ſuſpectum collegam non accuſavit *l.* 2. *C. de divid. tutela*, *l.* 1. *C. ſi tutor, vel curator non geſſerit*, tutela vero non diviſa, vel ſola tutorum conventione diviſa, ſi *unus* tantum geſſit, alter, qui non geſſit, (ſi is, qui geſſit, ſolvendo non eſt,) ex ejus perſona tenetur: quod ſi omnes ſimul adminiſtrarunt, aut ſi nullus geſſerit, quamvis hoc quoque caſu teneantur in ſolidum *l.* 1. §. *nunc tractemus* 5. *D. de tutelæ & ration. diſtrah. l.* 6. *C. arbitrium tutelæ*, tamen in his caſibus non tam ex perſona alterius, quam ex propria perſona, quod non geſſerint, vel neglexerint, teneri videntur. Ideoque proprie ſpecies hujus legis ad priores caſus referenda eſt propter illa verba *ex perſona*. Hoc autem jus locum quoque habet in pluribus curatoribus reipublicæ, & magiſtratibus municipalibus *l. imperator* 11. *l. quod ergo* 13. *D. ad municipalem* & ad eos quoque ſententia hujus legis pertinere poteſt, in qua quæritur, retenta priore ſpecie, adoleſcente agente in ſolidum adverſus heredes tutoris defuncti ex perſona collegæ, quis probare tenetur, collegam fuiſſe ſolvendo tempore officii depoſiti, hoc enim onus incumbere videtur actori, qui ait collegam eſſe inopem, juxta vulgarem regulam, debere actorem intentionem ſuam probare, *l. fruſtra* 8. *l. actor* 23. *C. hoc tit.* ſed tamen contra reſcribit Imperator Alexander, heredes probare debere, collegam defuncti tutoris tempore depoſiti officii fuiſſe ſolvendo, hujus deciſionis propria & vera ratio hæc eſt, ut recte Fulgoſius obſervat, cujus ſententiam ſequitur D. Cujacius, quia ſe defendunt heredes beneficio hujus

exceptionis, quæ datur, ſi is, ex cujus perſona conveniuntur, ſolvendo fuerit tempore depoſiti officii, cui exceptioni locum eſſe probare tenentur juxta regulam propoſitam in *l. in exceptionibus* 19. *pr. D. hoc tit.* ipſo jure civili ſinguli tutores tenentur in ſolidum, ſed adjuvantur beneficio hujus exceptionis, hanc igitur probare debent. Cur autem tutoribus hac exceptione ſubventum ſit, docet *d. lex* 1. *C. e dividenda tutela*, ne alterius negligentia, qui tempore depoſiti officii potuit agere & exigere ab eo, qui tum ſolvendo erat, aliis noceat.

Ad Leg. proprietatis 4. *& Leg. cum res.* 12. *C.* de probat.

L. 4. IDEM A. VITO.

Proprietatis dominium non tantum inſtrumento emtionis, ſed & quibuscumque aliis legitimis probationibus oſtenditur.

L. 12. IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. CHRONIÆ.

Cum res non inſtrumentis gerantur, ſed in hæc rei geſtæ teſtimonium conferatur, factam emptionem, & in vacuam poſſeſſionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes, jure proditis probationibus docere debes.

Qui agebat rei vindicatione, originem petitionis, id eſt, cauſſam dominii proprietatis, quod ſcilicet vindicabat, ut in *l. ſi mater* 11. §. *eamdem* 3. *D. de exceptione rei judicatæ*, a contractu emptionis repetebat, id eſt, dicebat, ſe fundum emiſſe a Sempronio fundi domino. Quæritur, an ad implendam intentionem ſuam inſtrumentum emptionis ita neceſſarium ſit, ut nulla alia probatio admitti poſſit? adhibentur inſtrumenta ad plenam fidem rei geſtæ, & ex conſtitutione Græca, reſtituta ex Baſilicis, quæ debet eſſe lex 1. *C. de teſtibus*, tanta eſt vis inſtrumentorum, quæ etiam teſtium ſubſcriptionem habent, ut adverſus eam aliorum teſtium vox non admittatur, quod & Paullus ſcripſit *lib. 5. ſentent. tit.* 15. §. 4. *teſtes, cum adverſus fidem tabularum nihil dicitur, adverſus ſcripturam interrogari non poſſunt.* Cum igitur tanta ſit auctoritas ſcripturæ, ſola admittenda videbatur ad probationem dominii proprietatis. Sed tamen contra reſcribit Imperator, dominium poſſe probari quibuscumque legitimis probationibus, vel ut loquitur *l. cum res* 12. *C. de probat.* jure proditis, id eſt, teſtibus & judiciis certis & indubitatis. *l indicia* 19. *C. de rei vindic.* contractum emptionis perfici conſenſu ſolo. *l. neceſſario* 8. *D. de pericul. & commodo rei venditæ*, neque neceſſariam eſſe ſcripturam, ut ſub-

ſubſtantiam capiat contractus, niſi id nominatim conventum ſit, ut in *l. contractus* 17. *C. de fide inſtrumentor.* adhiberi plerumque ſcripturam in his obligationibus, quæ ex conſenſu contrahuntur, non tamquam neceſſariam, ſed ut facilius probari poſſit id, quod actum eſt, *l.* 4. *D. de fide inſtrumentor.*, quod & de nuptiis ſcriptum eſt in *l. neque* 13. *Cod. de nuptiis.* quamvis diligenter conficiantur tabulæ matrimoniales nuptiales, quæ, ut eleganter ait dicta lex, ſine nuptiis ad probationem nuptiarum non ſunt idoneæ, diverſum veritate continente, veritas enim rerum erroribus geſtorum, id eſt, inſtrumentorum, non vitiatur, ſic legendum non dubito in *l. illicitas 6. §. veritas* 1. *D. de officio præſidis*, levi mutatione unius litterulæ, non ut vulgo ſcriptum eſt, *veritas rerum erroribus geſtarum &c.* ſine ullo recto ſenſu: An autem ad probationem dominii ſolum inſtrumentum emptionis ſufficiat, ſi quæras; cum gloſſa reſpondeo ſufficere, ſi inſtrumentum contineat, pretium fuiſſe ſolutum, aut fidem habitam de pretio, & rem fuiſſe traditam, hæc enim omnia deſiderantur ad probationem translati dominii §. *venditæ* 41. *Inſtitut. de rerum diviſ l. quod vendidi* 19. *D. de contrahenda emptione.* nec obſtat fieri poſſe, ut dominium translatum non ſit, ſi forte venditor dominus non ſit, *l. traditio* 20. *pr. D. de acquirendo rer. domin.* quia, ut recte Fulgoſius obſervat, in his legibus non revocatur in dubium, venditorem fuiſſe dominum, quia emptor agit rei vindicatione, quæ domino competit; nec objicitur, eum incongrua actione agere, ſi enim venditor non eſſet dominus, ſed bonæ fidei poſſeſſor tantum, directa rei vindicatio emptori non competeret, ſed Publiciana tantum. *l.* 1. 2. *&* 3. *D. de Publiciana in rem actione.* ſi vero malæ fidei poſſeſſor, nulla: hoc igitur dato, eum recte agere rei vindicatione, admittitur, tamquam dominus proprietatis, ut in *l.* 2. *C. de prob.* dominium remanere dicitur penes poſſeſſorem, actore non probante, quamvis forte verus dominus non ſit.

Ad Leg. 5. 6. & 7. C. de probat.

IMP. PHILIPPUS A. ET PHILIPPUS C. SERTORIO.

Inſtrumenta domeſtica, ſeu privata teſtatio, ſeu adnotatio, ſi non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem ſola non ſufficiunt.

L. 6. IIDEM A. ET C. ROMULO.

Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem ſibi debitæ quantitatis ſolas ſufficere non poſſe, ſæpe reſcriptum eſt. Ejusdem juris eſt, & ſi in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas ſibi deberi ſignificaverit.

L. 7. IMP. GALLIENUS A. SABINO.

Exemplo perniciosum eſt, ut ei ſcripturæ credatur, qua unusquisque ſibi adnotatione propria debitorem conſtituit. Unde neque fiſcum, neque alium quemlibet ex ſuis ſubnotationibus debiti probationem præbere oportet.

Inſtrumenta domeſtica vocat lex 5. ſcripturas e domo ejus prolatas, qui ſibi aliquid deberi contendit, id eſt, domeſtice & privatim confectas, eadem forma, qua domeſticum teſtimonium dicitur, quod ſumitur e domo probare volentis *l.* 2. *C. de teſtib.* Teſtationem vero privatam ſcripturam continentem nudam depoſitionem teſtium privatim, abſente eo, adverſus quem affertur, confectam, quam teſtationem per ſe fidem nullam facere nominatim ait *l.* 4. *C. de teſtib.* Idemque dicendum eſt de annotatione, id eſt, de brevi ſcriptura, qua quis aliquid ſibi deberi annotavit: hæ ſcripturæ privatæ & domeſticæ dicuntur, quæ & *propriæ* in *l.* 7. quod enim domeſticum eſt, recte proprium dicitur & privatum: quamvis alias ſcriptura, vel inſtrumentum privatum plenam fidem facere aliquando dicatur, privatum enim hoc genus inſtrumenti diverſa ratione vocamus, ad differentiam inſtrumenti publici, de quo in *l.* 1. *C. de jurejur. propter calumniam dando. l. ſcripturas* 11. *C. qui potiores in pignore hab.* ſic jus privatum diverſa ratione dicitur publicum, ſi opponatur privatorum pactis & conventionibus, quia certas & ſolemnes regulas habet, quas in negotiis contrahendis omnes cives obſervare debent, ut Siculus Flaccus privato-

torum agros vectigales, publicos quoque recte dici ait, quia publico vectigal ſolvunt. Domeſticum igitur privatum recte dicitur, eo quod domeſticum & privatum eſt, ſed non contra: privatum enim quoddam eſſe poteſt, quod non eſt domeſticum, & diverſa ratione dicitur privatum, & ita defendere ſoleo veterum ſententiam adverſus recentiores quosdam, qui in hac lege privatam ſcripturam ſeparandam eſſe cenſent a domeſtica. Lex ſexta eſt de rationibus expenſi, quas diligenter olim veteres conficiebant, ut conſtat ex oratione M. Tullii *pro Cælio c.* 7. & ex titulo pandectarum *de Edendo*, & expenſi quidem ratio olim plenam fidem faciebat, ut docet notiſſimus Gellii locus *lib.* 14. *cap.* 2. hodie, ut ex hac lege conſtat, hanc vim habere non poteſt, quia, ut Plautus loquitur, hominum fides ſubleſta eſſe cœpit, & quamvis diligentiſſime confectæ reperiantur rationes in bonis defuncti, vel ſi defunctus in extremis poſitus ultima voluntate ſignaverit aliquid ſibi deberi, rationes defuncti, profeſſio defuncti ad probationem plenam ſufficere non poſſunt, hoc enim exemplo perniciosum eſſet, eleganter ait *l.* 7. *C. de probat* ut unusquisque ſibi propria qualibet ratione, vel profeſſione debitorem conſtituat, quod nec in fiſco, cujus innumera privilegia notiſſima ſunt, locum habere poteſt. *l. ult. C. de conveniendis fiſci debitorib.*

Ad Leg. fruſtra 8. *C.* de probat.

IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. PUBLICIO ET OPTATO.

Fruſtra veremini, ne ab eo, qui lite pulſatur, probatio exigatur.

Negantes debitores legitimis modis, id eſt, in jure proditis probationibus, puta ſcriptura, vel teſtibus, eſſe convincendos ait *l. negante* 9. *C. de Obligat. & action.* quod & Paullus ſcripſit *lib.* 5. *ſententiar. tit.* 5. §. 3. de his accipiendam eſſe hanc legem, recte veteres cenſent. Solent enim rei conventi, vel debitum confiteri & admittere intentionem actoris, vel non abſolute admittere, ſed dubitare de intentione actoris, & adverſus eam exceptionem conteſtari, vel confiteri & tamen adverſus intentionem exceptionem proponere, vel abſolute negare. Primo caſu pro judicatis habentur. *l* 1. *D. de confeſſis l.* 1. *Cod. eod.* nec videtur neceſſaria condemnatio, quod etiam quosdam e veteribus exiſtimaſſe Accurſius notat in *l.* 6. §. *ult. D. eod. tit.* & confirmat Paullus *lib.* 2. *ſent. tit.* 1. §. *ult.* ait enim, non dari actionem in confeſſum, ſed ſtatim eſſe compellendum. Livius lib. 1. *nunc a nobis & confeſſio culpæ, & ut a confeſſis res extemplo repetuntur.* Nec obſtant *l.* 3. 5. *& ult. D. eod. tit. de confeſſis.* ſi adhibeamus hanc diſtinctionem, nam, vel quis in jure confitetur apud prætorem, vel apud judicem a prætore datum, primo caſu, prætor, vel dat judicem ad reſtituendum quaſi ex re judicata, ut in *l. pen. D. eodem*, & jure ordinario confeſſum ſolvere cogit, vel extra ordinem pignora capi jubet & diſtrahi, ut in *l. ſi pignora* 50. *D. de*

Evictionib. ſecundo caſu neceſſaria omnino eſt condemnatio judicis dati, quia confeſſus in jure, non in judicio, pro judicato habetur. *d. l.* 1. *Cod. eod. titulo.* nec ipſe judex datus a prætore poteſt cogere confeſſum id, quod confitetur, ſolvere, quia nec rem a ſe judicatam ex ſequitur, & neceſſaria eſt auctoritas Magiſtratus *l. a Divo Pio* 15. *D de re judicata.* ſi vero conventi rei non confiteantur, ſed dubitent de intentione actoris, conteſtata exceptione tenetur actor prius intentionem ſuam probare, quam ſi probarit, tum demum exceptioni propoſitæ & conteſtatæ locum eſſe, reus probare tenetur. *l. ſi quidem* 9. *C. de exception.* quod ſi confiteantur adverſus intentionem exceptione propoſita, exceptionem probare tenentur. *l. in exceptionibus* 19 *D. hoc tit. & d. l. ſi quidem* 9. ultimo vero caſui, de quo hanc legem accipiendam eſſe conſtat, ſæpe locum eſſe ait Seneca *l.* 3. *de ira*, *inficiationibus*, inquit, *tria vix ſufficiant fora*, & rejicit inficiatio & abſoluta negatio onus omne probationis in actorem, vel petitorem, qui regulariter prior agere tenetur. *l. is, qui deſtinavit* 24. *D. de rei vindic* quod & Donatus in Eunucho Terentii ſcripſit, abhorrere a conſuetudine juris & litium, ut poſſeſſor prius agat, quam petitor.

Ad Leg. cum te minorem 9. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. MARTIANÆ.

Cum te minorem quinque & viginti annis eſſe proponas, adire præſidem provinciæ debes, & de ea ætate probare.

Diligenter & cauſſa cognita tractandam eſſe cauſſam ætatis, ait lex *cum de ætate* 13. *D. hoc tit.* juncta *l. de ætate* 43. *D. de minorib.* eſt enim quæſtio præjudicialis, quæ cauſſis ex ea pendentibus præjudicium facit. In hac quæſtione quæritur, quis ætatem probare debet, ut in ſpecie hujus legis, quæ concipienda eſt de muliere quadam, quæ beneficio ætatis reſtitutionem in integrum petit etiam ante impletum annum vigeſimum quintum, ut in *l. 5. C. de in integrum reſtitutione*, cum enim minorem ſe diceret, adverſarius vero majorem, quæritur quis ætatem probare debeat, & reſcribunt Imperatores mulierem, quæ ſe eſſe minorem contendit, de ea ætate probare debere, quia intentionis ſuæ fundamentum & auctoritatem repetit ab ea ætate, cujus beneficio in integrum reſtitutionem petit, eam igitur probare tenetur *l.* 4. *C. de in integ reſtit.* quemadmodum is, qui ſe majorem eſſe ait viginti quinque annis, hanc ætatem probare quoque tenetur *l. minor* 32. *D. de minorib.* Probatur autem ætas teſtibus, vel inſtrumentis. *l.* 2. *C. de his, qui veniam ætatis impetraverunt*, veluti tabulis profeſſionum *l.* 2. *D. de excuſation l.* 1. *C. ſi minor ſe majorem dixerit*, quæ ſcilicet conficiuntur a patre natis filiis, vel a matre, aut avo *l. etiam* 16. *D. hoc tit* Probatur quoque aſpectu corporis, ut in *d. l. minor* 32. & olim quidem hæc ſententia Sabinianorum. Veteres ex ha-

habitu corporis pubertatem æſtimabant, id eſt, ut viri docti cenſent, ex inſpectione nudi corporis, ut ſcilicet id ex pube & lanugine prima conſtaret D. Auguſtinus *lib. 2. Confeſſ. ubi me pater in balneis vidit pubeſcentem, & inquieta indutum adoleſcentia, quaſi jam ex hoc in nepotes geſtiret, gaudens matri indicavit.* recte D. Auguſtinus, *indutum*, nam & ideo pubes a veteribus dictus fuit veſticeps, & contra impubes inveſtis: ſed contraria ſchola Proculejanorum annis tantum pubertatem exiſtimabat, nulla habita habitus ratione, & ita Quintilianus *Inſt. Orat. lib. 4. cap. 2. ex jure non conſtare, annis, an habitu æſtimanda pubertas ſit.* Controverſiam hanc ſedare voluit miſta utraque ſententia Priſcus Javolenus, puberem eum eſſe conſtituens, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum, ut Ulpianus ſcribit *lib. ſing. regul. tit. de tutel. §. ult.* quod certius videtur Iſidoro *lib* XI. *Etymolog.* his verbis, quibus ſine dubio refert Javoleni ſententiam, *certiſſimum autem eſſe, qui & ex habitu corporis pubertatem oſtendat, & generare jam poſſit.* Compilatores canonum & decretorum dempta hac particula & ex Iſidori verbis videntur probare Sabinianorum ſententiam in *capit. 3. X. de deſponſat. impuber.* nec tamen intelligunt inſpectionem nudi corporis, ſed, ut Gregorius ſeptimus loquitur in *cap. 3. eod. tit in 1. collect.* geſticulationem corporis, ſive geſtamen, quod a veteribus gloſſis dicitur σχῆμα, & ita accipienda eſt *d. l. minor. 32.* in qua prætor dicitur æſtimare ætatem minoris ex aſpectu. Sed Proculejanorum ſententia, quam expreſſa conſtitutione Juſtinianus confirmat *l. ult. C. quando tutores, vel curatores eſſe deſinat.* & ante Juſtinianum videtur prævaluiſſe non ſolum ex poſterioribus Juriſconſultorum reſponſis, ut in *l. qua ætate 5. D. qui teſtam. facere poſſunt*, & apud Paullum *lib. 3. ſent. tit. 4.* ſed etiam Imperatorum reſcriptis *l. 4. C. qui teſtam. facere poſſ.* & hoc eſt, meo judicio, quod Macrobius in *ſomnium Scipionis* ſcribit, fœminas maturius biennio legibus tutela liberari, id eſt, reſponſis Juriſconſultorum, & reſcriptis Principum, non, ut vult Cujacius *in not. poſt. ad pr. Inſt. quib. mod. tut. fin.* legibus Julia & Papia, ſi enim his veteribus legibus ætas conſtituta & definita fuiſſet, qua ratione potuit etiam ætate Juſtiniani veteris controverſiæ remanere veſtigium? leges autem vocari reſponſa JCtorum Scævolæ, Papiniani, Ulpiani & cæterorum, probatur locupletiſſimo teſtimonio Modeſtini in *l. 1. D. de excuſat. tut.* adhibita interpretatione Cujacii & Antonii Auguſtini: idem quoque Tertullianus ſcripſit, pubertatem ſcilicet annis æſtimari, in libro *de Virginibus velandis*, & in libro *de anima.* ſed Juſtinianus conſtitutione ſua omnem veteris controverſiæ memoriam, quæ remanebat in libris veterum, delere voluit, & conſtitutionibus novis pleraque ex profeſſo abrogat, quæ antea non obſervabantur, quod pluribus exemplis poteſt probari.

Ad Leg. neque natales 10. C. de probat.

IIDEM AA. ET CC. ISIDORO.

Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum commemoras, idoneam probationem pro filiæ tuæ ingenuitate continent: cum nihil prohibeat, & te ingenuum & eam ancillam esse.

Præjudicialibus actionibus notissimum est agi de statu hominis §. *præjudiciales* 13. *Instit. de actionib.* sunt autem tres: prima, an quis liber, aut servus sit; secunda, an ingenuus, aut libertus: ut apud Plautum *in milite glorioso act.* IV. *sc.* 1. *vs.* 15. *quid? ean' ingenua, an festuca facta e serva libera est.* tertia est in agnoscendis liberis editis post divortium, vel post mortem patris, vel constante matrimonio, ut scilicet alantur a patre. In specie hujus legis, in qua Isidorus pater filiam in servitute constitutam, non solum liberam, sed etiam ingenuam esse ait, & in ingenuitatem asserit, commiscentur duæ quæstiones, quia adversarius contra ait, eam esse ancillam, pater ingenuam & liberam; quæritur autem in hac præjudiciali actione quis actoris partes sustineat, quis probare teneatur, quod definitum esse in *l. generaliter* 12. *D. de exceptionib.* erudite Cujacius docuit, generaliter in præjudiciis, id est, in præjudicialibus actionibus eum actoris partes sustinere, qui habet intentionem secundum hoc, quod intendit, id est, eum, secundum cujus intentionem data & concepta est actio, ut in hac specie *si paret, Titiam filiam Isidori esse ingenuam* ita igitur concepta actione apparet, eum, qui talem actionem impetravit, debere implere id, quod intendit, quod Isidorus probare contendit, probans se esse ingenuum, tum ex natalibus, quia se ingenuum natum esse ostendit, prolata parentum natali professione, ut in *l. 6. D. de fide instrum.* tum ex eo, quod in civitate, vel municipio honores gesserit, ad quos admittuntur ingenui, ab his vero repelluntur servi, vel libertini *l. 3. D. de offic. prætor.* & *l. 2. C. si servus, vel libert. ad decurionat. aspir. l. unic. C. ad leg. Visellian.* & quia se ingenuum probat, concludit filiam esse ingenuam. Quæritur an necessaria sit illatio & conclusio? Rescribunt Impp. nullius momenti esse hanc probationem, cujus decisionis notissima hæc ratio est, quia in hac caussa liberali non habetur ratio status patris, sed matris: potuit pater esse ingenuus, mater vero serva, cujus statum filia sequitur. *l. avi* 28. *& l. ult. C. de liberali caussa*, quia partus ventrem sequitur *l. partum* 7. *C. de rei vindic* quod quidam objiciunt huic decisioni ex lege *cum legitimæ* 19. *D. de statu hom.* levissimum est, quod enim d. lex ait ex legitimis nuptiis natos filios patrem sequi, non est exaudiendum de statu libertatis, vel ingenuitatis, si enim nuptiæ legitimæ sunt, certum est, utrumque parentem esse liberum, sed de cæteris caussis,

ſis, ut ſcilicet ſint in familia patris, & a patre dignitatem accipiant. *l.* 196. §. *familiæ* 1. *D. de verb. ſign. l. filiam* 9. *& l. ſeq. D. de Senatorib.* Sed valde obſtare videtur *l. pen. C. ne de ſtatu deff. poſt quinquennium quæratur.* in qua confirmato ſtatu patris, qui ſervus fiſci dicebatur, confirmari dicitur ſtatus filii: hujus objectionis hanc arbitror veram ſolutionem, de ſervis fiſci idem eſſe dicendum, quod de ſervis publicis dicitur in *l. ult. C. de fugitivis* natum ex ſervo publico & matre libera ſequi conditionem patris, hoc igitur caſu confirmato ſtatu patris, confirmatur ſtatus filii, nec dici poteſt filius fiſci ſervus, ſi adverſus fiſcum ſtatus patris præſcriptione quinquennii confirmatus ſit.

Ad Leg. ſi ſcriptum 11. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. ANTONIÆ.

Si ſcriptum heredem ab amita ſua, vel teſtamenti vitio, vel quacumque alia ratione non poſſe obtinere hereditatem, probari a te poſſe confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciæ agere potes.

Pertinet hæc lex ad judicium centumvirale petitionis hereditatis, quod non fuiſſe in urbe Roma privatum judicium, id eſt, privatorum judicum, quos in privatis judiciis prætor dare ſolet; ſed centumvirorum & prætoris ipſius, qui centumviralibus judiciis ex more præſidebat Cujac. probat *lib.* 10. *Obſ. cap.* 20. in provinciis vero de hereditatibus videntur Rectores provinciæ, ut in cæteris cauſſis & judiciis, judices dediſſe, & ita intelligendum eſt, quod ait *lex* 1. *C. de ord. judicior. adite judicem provinciæ*, & judicem, qui de hereditate cognoſcat, ab eo accipite, quod omnino ſubintelligendum eſt, ut in *l.* 2. *eod. tit. adito præſide provinciæ, & accepto familiæ erciſcundæ judice*, & ita accipiendum eſt quod ſequitur in dicta lege, *& ruptum eſſe teſtamentum Fabii præſentis agnatione filii docete:* de judice ſcilicet a præſide dato, apud quem cauſſa diſceptatur, lis conteſtatur, & probationes examinantur, quamvis enim judex, datus de ingenuitate & liberali cauſſa non poſſit principaliter cognoſcere, *l. non diſtinguimus* 32 §. *de liberali* 6. *D de recept. & qui arbitr. receper. l placet* 2. *C. de pedan. judicib.* poteſt tamen incidenter de ingenuitate quæſtionem cognoſcere, ut colligere licet ex *l* 6. *C. de reb. credit. & jurejur.* & ita hæc lex ait de hereditate apud Rectorem provinciæ agendum eſſe, a quo, ut in ſpecie dictæ legis 1. judex accipiendus eſt, qui de juſtis petitionis cauſſis cognoſcere debet. Agit enim in hoc judicio Antonia de ſucceſſione amitæ ab inteſtato, & hereditatem vindicat contra heredem ſcriptum, quem ſucceſſionem ex teſtamento obtinere non poſſe contendit: & contra heres ſcriptus deceſſiſſe amitam teſtamento facto, nec locum eſſe ſucceſſioni ab

inteſtato, ſi vel ſpes ſit ſucceſſionis ex teſtamento *l.* 39. *D. de acq. her. l. quamdiu* 89. *D. de R. J.* in hoc conflictu quæritur, quis prior agere debeat, quis ſuam intentionem implere teneatur, nam prima fronte dicendum videtur, hoc onus incumbere heredi ſcripto, qui fundamentum intentionis ſuæ repetit e teſtamento, & exceptione teſtamenti excludit petitionem ab inteſtato, juxta id, quod regulariter traditur in *l. in exceptionibus* 19. *D. hoc tit.* nec ſufficit dicere, factum fuiſſe teſtamentum, nam docere quoque debet rite factum fuiſſe, *arg. l.* 13. §. *ult. D. de Public in rem act.* qua gloſſa utitur, qui vult agere Publiciana, quia rem emit a pupillo, non ſolum probare debet, ſe emiſſe, ſed etiam emptionem factam rite fuiſſe, eademque ratione dicendum videtur, eum, qui ex teſtamento ſucceſſionem defendit, non ſolum probare debere, teſtamentum factum fuiſſe, ſed etiam rite factum fuiſſe; ſed tamen reſcribunt Impp., Antoniam, quæ ab inteſtato hereditatem petit, docere debere de teſtamenti vitio, (quod vel pendet ex perſona teſtantis, quia teſtamentum facere non potuit, vel ex ipſo teſtamento, quia falſum eſt, injuſtum, vel nullum, ruptum, vel irritum, ut in *principio tit. Inſtitut. de hereditatib. quæ ab inteſtato deferunt.*) vel alia ratione oſtendere debet, non poſſe heredem ſcriptum hereditatem obtinere etiam ex teſtamento perfecto, & omnibus numeris abſoluto, quia cum eo non fuit teſtamenti factio, quia incapax eſt hereditatis, quem diligenter ſeparandum ab indigno adverſus veteres interpretes Cujac. docet *in Paratit. Cod. de his, quæ ab indignis aufer.* Cur ita autem reſcribant Imperatores, ſatis eſt in proclivi, quia exceptionem ſuam, vel prolato teſtamento ſatis ſuperque confirmat heres ſcriptus, quam cum replicatione vitioſi teſtamenti, aut alia ſimili, qua ex teſtamento ſcriptum heredem ſuccedere non poſſe contendit Antonia, cum, inquam, exceptionem heredis ſcripti replicatione eludere tentet, hanc probare tenetur, qui enim dicit, adverſarium quodam jure prohibitum eſſe, id probare debet *l. ab ea parte* 5. *D. hoc tit.* nec obſtat *d. l.* 13. §. *ult. D. de Public. in rem act.* qui enim agit Publiciana, ex juſta cauſſa poſſidere debet, neque res a pupillo empta, qui regulariter vendere non poteſt, dici poteſt ex juſta cauſſa poſſideri, niſi doceat emptionem rite factam fuiſſe.

Ad Leg. 13. & 14. *C.* de probat.

L. 13. IIDEM AA. ET CC. JUSTINO.

Non epiſtolis neceſſitudo conſanguinitatis, ſed natalibus, vel adoptionis ſolennitate conjungitur: nec adverſus abſentem hereditatis dividendæ gratia, velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, ſubſtantiam perimit veritatis. Sive itaque quaſi ad ſororem, quam ancillam te poſſe probare confidis, epiſtolam emiſiſti, ſive familiæ erciſcundæ quaſi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quæſtio per hæc tolli non potuit.

L. 14. IIDEM AA. ET CC. MUNICIANO.

Non nudis adſeverationibus, nec ementita profeſſione, (licet utrique conſentiant) ſed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione ſolenni filii civili jure patri conſtituuntur. Si itaque hunc, contra quem ſupplicas, alienum eſſe probare confidis, per te, vel per procuratorem affirmationem ejus falſam detege.

Eadem eſt deciſio leg. 13. & 14. certos eſſe modos, jure civili definitos, quibus fratres & filii conſtituuntur, naturam ſcilicet & adoptionem, *l. 6 D. de adoptionibus.* ideo ſi quis epiſtolis eam ſæpe ſororem vocaverit, quæ ſoror non erat, ſed ancilla, & ipſa tamquam ſoror & coheres, petito arbitro familiæ erciſcundæ, de diviſione paternæ hereditatis agere cœperit, quamvis ſoror vulgo habeatur, intacta tamen & illibata remanet ſubſtantia veritatis, quam tamen oſtendere debet is, qui eam tamquam ſororem agnovit, quæ eſt ſententia legis 13 ad quam notanda eſt vetus controverſia, quæ fuit inter Jacobum, qui exiſtimabat, epiſtolam probare adverſus eum, qui ſcripſit & Johannem, & Azonem, qui de epiſtola idem eſſe dicendum cenſebant, quod de inſtrumentis domeſticis dicitur in *l. inſtrumenta 5. C. hoc tit.* epiſtolam ſine adminiculis non probare: ſed vera eſt ſententia Jacobi, quæ confirmatur hac lege, & *l imperatores 29. in principio D. hoc tit. l. Publia 26. §. ult. D depoſiti* neque obſtat *l. jubemus 41. C de liberali cauſſa* ait enim, epiſtolas eſſe inanes, ſi contrarium legitimis probationibus probatum ſit, quod & hæc lex admittit, non obſtat quoque *l. epiſtola 52. D. de pactis.* quæ hoc ſimpliciter vult, non probare epiſtolam adverſus extraneos: probat enim tantum adverſus eum,

eum, qui ſcripſit. Porro in ſpecie *d. l.* 13. merito potuit dubitari, utrum mulier affirmationem ſuam probare teneatur, quia, ut ſæpe dictum eſt in hoc tractatu, is probat, qui affirmat, non qui negat. Eadem eſt ratio dubitandi *l.* 14. in qua prima fronte dicendum videtur, debere filium probare affirmationem ſuam, nam regulariter, qui ſe dicit ex aliquo natum, qui genus, vel gentem ſibi adſerit, id probare tenetur. *l.* 1. *D. hoc tit.* ſed contra reſcribunt Imperatores, hoc onus incumbere ei, qui negat, quia ſibi priore affirmatione præjudicavit, & hæc præſumptio onus probandi in eum omnino transfert: non poteſt quis facere ſibi fratrem vel filium epiſtolis, vel quibuscumque aſſeverationibus, aut falſis profeſſionibus natalibus, vel cenſualibus, natura enim, vel adoptione fiunt, & frater quidem fit per adoptionem, ſi Titium puta, pater meus tamquam filium adoptat: minime vero, ſi ego adopto tamquam fratrem *l. nec apud peregrinos* 7. *C. de heredibus inſtituendis*, ſed qui nunc negat, aliquem eſſe fratrem, vel filium, quem antea tanquam filium, vel fratrem agnovit, in hoc ſibi præjudicavit, ut novam hanc negationem probare teneatur. *l. quidam* 15. *D. hoc tit.* probatur autem negatio per probationem contrariæ affirmationis, qua de re tractandum erit enucleatius, ad *l. actor* 23. *C. hoc tit.*

Ad Leg. 15. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. ANTONIO.

Vis ejus, qui ſe dominum contendit, ad imponendum onus probationis ſervo minime prodeſt. Cum igitur aufugiſſe te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo juſto initio ſed per violentiam adſeveras te eſſe detentum, inquiſito prius, an in poſſeſſione libertatis ſine dolo malo conſtitutus ſis, tunc etiam onus probandi quis debeat ſubire, per hujusmodi eventum declarabitur.

Fruſtra ſunt interpretes, qui anxie quærunt, utrum hæc lex ad judicium petitorium, vel poſſeſſorium, ſit referenda, an hæc quæſtio ſit propoſita, inſtituto hoc, vel illo judicio, pertinet enim ſpecies hujus legis ad ordinationem & præparationem liberalis cauſſæ, quæ ordinari & præparari dicitur, cum dubitatur, utrum quis ex ſervitute in libertatem ſeſe aſſerat, an vero ex libertate in ſervitutem petatur, nam ſi hoc incertum eſt, tum is, qui de libertate cogniturus eſt, dignoſcere debet, utrum ex libertate in ſervitutem, aut contra agatur. *l.* 7. §. *ult. D. de liberali cauſſa.* Ideoque hæc diſceptatio cognitio dicitur in *l. cognitio* 8. *D. eod. tit.* quamvis ſciam, aliquan-

quando judices & recuperatores datos fuiſſe. Sueton. in *Veſpaſiano c.* 3. *Flavia Domicilla ingenua & civis Romana recuperatorio judicio pronuntiata eſt*, & in *Domitiano c.* 8. *Recuperatores, ne ſe profuſoriis aſſertionibus accommodarent, monuit.* & ita de judice, vel recuperatore, dato a prætore intelligenda videtur *l.* 7. §. *pen. & ult. D. de petit. hereditat.* cum ait, *jubere prætorem judicem libertatis partibus ſuis fungi.* judicem ſc. in liberali cauſſa a prætore datum. Id quoque liquido confirmat, quod ſcriptum eſt in *d. l. cognitio* 8. §. *ult.* plures dominos, dominium ſervi vindicantes, ad eumdem judicem eſſe mittendos, & *lex duobus* 30. *D. eod. tit.* ſi quis uno judicio liber, altero ſervus judicatus ſit, commodiſſimum eſſe eo usque cogi judices, donec conſentiant. Cogi ſc. judices, a prætore, vel a magiſtratu, qui provinciam regit, ex conſilio datos, quod in urbe quinque Senatoribus conſtabat, totidemque equitibus, in provinciis equitibus viginti, ut Ulpianus docet *lib. ſing. reg. tit.* 10. & Theophilus in *tit. Inſtitut. qui & ex quibus cauſſis manumitt. non poſſ.* ſed ſive prætor ipſe de tota cauſſa liberali cognoſcat, ſive recuperatores det, neceſſario prius ordinandum eſt judicium, & conſtituendum in primis, quem actoris, quemve rei partibus in eo judicio fungi oporteat, & hoc eſt, quod quæritur in hac lege, num videlicet Antonius, cujus Severus ſe eſſe dominum contendit, an vero Severus actoris partes ſuſtinere debeat; *nam in hoc* præjudiciali judicio is commodum poſſeſſionis habet, qui tempore præjudicii, quo de ſtatu quæritur, ſine dolo malo eſt in poſſeſſione. *d. l.* 7. §. *ult. l. ſi filius* 8. *D. hoc tit.* an autem Severus Antonium, qui ſe pro libero gerit, dolo malo eſſe in poſſeſſione libertatis, quia fugerat, nec talis poſſeſſio fugitivo prodeſſe poteſt. *l.* 1. *C. ubi cauſſa ſtatus tractari debeat.* Quia ſimilis eſt conſtituto in ſervitute. *l. eam, quæ* 21. *C. de liberali cauſſa.* contra vero Antonius vim Severo objiciebat, cum enim liber eſſet, a Severo vi raptus fuerat in ſervitutem, ideoque, ut eleganter Julianus ait in *l. ſi quis* 20. *D. hoc tit.* indigniſſime Severus commodum poſſeſſionis conſequeretur. Super hac dubitatione conſulti Imperatores reſcribunt, neque fugam prodeſſe debere Antonio, neque vim Severo, ſed recurrendum eſſe ad juſtum initium poſſeſſionis, id eſt, diligenter quærendum eſſe, an Antonius fuerit in poſſeſſione libertatis ſine dolo malo, ante fugam & vim illatam, hoc enim cognito, & ordinato liberali judicio, ſi reperiatur Antonius in poſſeſſione libertatis, conſtabit, eum commodum poſſeſſoris retinere, vel contra probare debere intentionem ſuam, id eſt, ſe eſſe liberum. Lubens omitto cætera, quæ in hac lege ab interpretibus tractantur, quæ non ſunt hujus loci.

Ad Leg. 16. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. PHILIPPO ET SEBASTIANO.

Sive poſſidetis prædia, quæ a patre communi ſibi fratres emancipati a patre donata contendentes vindicant, ipſis incumbit facti probationis neceſſitas, ſive ipſis ea prædia, quaſi a patre veſtro ſibi donata tenentibus vos coheredes conſtituti patris petitis, ut intentionem veſtram non conſtitiſſe detegant, unde domini facti ſunt, emergente quæſtione, docere compelluntur.

Species legis hæc eſt. Titius, cum quatuor filios haberet, duos emancipavit, duos vero retinuit in poteſtate, defuncto Titio filii in poteſtate retenti heredes extiterunt, vel ab inteſtato, vel ex teſtamento, & hoc eſt, quod ait lex, *vos coheredes conſtituti*, vos inquam, filii in poteſtate retenti, coheredes inter vos, non coheredes emancipatorum, emancipati enim heredes non fuerant, vel quia intra annum utilem noluerant petere bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, quam eis dat prætor a jure civili deſtitutis. *l.* 1. §. *largius* 6. *D. de ſucceſſorio edicto*, vel quia juſtis ex cauſſis exheredati ſunt. Orta autem controverſia inter emancipatos & filios in poteſtate retentos eosdemque heredes patris, de prædiis quibusdam, quæ emancipati ſibi a patre donata fuiſſe contendebant, filii vero heredes, horum prædiorum ſe dominos eſſe, aſſerebant jure ſucceſſionis: quæritur utrum emancipati dominium ex cauſſa donationis probare debeant? & indiſtincte reſcribunt Imperatores, emancipatos, ſive poſſideant, ſive non poſſideant, factum probare teneri, id eſt, prædia fuiſſe a patre donata, & quidem, ſi filii in poteſtate retenti poſſideant, nulla eſt dubitatio, quia in rei vindicatione regulariter actor ſe debet dominum probare, ut habuimus ſupra in lege 2. ſed, ſi poſſideant emancipati, quare probare teneantur, cum ſola poſſeſſio poſſeſſorem defendat? Reſpondet Accurſius, hoc ita in ſpecie propoſita conſtituendum eſſe, quia, etſi poſſideant, tamen contra eos præſumptio facit, temere enim donatio non præſumitur. *l. cum de indebito* 25. *pr. D. de probation.* quæ ratio, ut erudite Cujacius obſervat, recta non eſt, nec enim poteſt quælibet præſumptio auferre commodum poſſeſſionis. Dicendum igitur eſt, coheredes liquido probare ſuam intentionem, quia conſtat rem fuiſſe defuncti, perveniſſe igitur ad coheredes jure ſucceſſionis, & probata intentione coheredum, debent emancipati exceptionem donationis neceſſario probare, non cogitur poſſeſſor dicere titulum ſuæ poſſeſſionis, neque probare. *l. cogi* 11. *C. de petit. heredit.* ſed, ſi nullam proponat exceptionem adverſus intentionem actoris, eamve probare non poſſit, in judicio vincitur. *l. officium* 9. *D. de rei vindicat.* debet igitur exceptionem & contrariam intentionem probare. *l.* 9. *C. de præſcription. longi temp. l.* 9. *C. de exception.* & hæc eſt præcipua ſententia hujus legis.

Ad

Ad Leg. 17. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. PAULINÆ.

Matrem tuam consecutam libertatem, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quæstio ad defensionem tuam nihil prodesse potest.

Vera species hujus legis, quæ varia interpretum commenta profligabit, hæc est. Titius Paulinæ se dominum esse, contendit, quia ait, eam natam esse ex ancilla sua, Paulina contra ait, se esse ingenuam, quia edita fuit post manumissionem matris, & repellit intentionem Titii exceptione ingenuitatis, in cujus possessione constituta est; probavit Titius intentionem suam, matrem Paulinæ fuisse ancillam suam; debet, ut in lege præcedenti, Paulina probare suam exceptionem, quam probare nititur hoc argumento, nulla movetur status quæstio fratribus meis ex eadem matre natis, imo ab omnibus habentur ingenui. Hanc probationem nullius esse momenti, rescribunt Imperatores ratione manifesta, quia possunt esse ingenui fratres, illa vero ancilla, ut pote nata ante manumissionem, & quamvis nulla moveatur quæstio fratribus, non ideo sequitur, eos esse ingenuos: sententia igitur hujus legis hæc sit, superiori similis, probata intentione actoris, debere reum probare exceptionem suam, & cave, ne dicas cum Accursio, Paulinam fuisse in possessione servitutis, quia ex verbis legis apparet, Paulinam ream esse, quia dicitur proposuisse defensionem; non debes quoque recurrere ad hariolationes cæterorum interpretum, qui vel fingunt Paulinam in possessione libertatis constitutam ultro suscepisse probationis onus, ut in *l. circa* 14. *D. hoc tit.* vel desideravisse expressam nominatim judicis super ingenuitate sua pronuntiationem, id est, non solum debere judicem eam absolvere ab intentione Titii, sed etiam pronuntiare eam ingenuam, quia hoc non colligitur ex verbis legis.

Ad Leg. cum precibus 18. *& leg. jubemus* 24. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. VIOLANTILLÆ.

Cum precibus tuis ſignifices, ignorante te prædium eum, cujus meminiſti, ſibi velut a te donatum inſtrumentis inſeri feciſſe, ſi vera ſunt, quæ precibus indidiſti, nec ad nomen factæ donationis fundus iſte pervenit. Unde adito judice competenti probare te oportet, contra voluntatem tuam hunc fundum inſtrumento adverſarium tuum ſibi adſcribi laboraſſe: ut ſecundum tenorem reſcripti noſtri poſſis conſequi ſententiam.

L. 24. IMPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AD ANTONIUM PP. POST ALIA.

Jubemus omnes, qui ſcripturas ſuſpectas comminiſcuntur, cum quid in judicio promſerint, niſi ipſi adſtruxerint veritatem, ut nefariæ ſcripturæ reos, & quaſi falſarios eſſe detinendos.

Vindicat Violantilla prædium quoddam a Sempronio, quod ſibi Sempronius a Violentilla donatum eſſe ait, & hoc ſtatim probat inſtrumento donationis prolato: exceptionem Sempronii hac replicatione elidit Violantilla, inſtrumento falſo inſeri feciſſe Sempronium, hoc prædium ſibi ab ea donatum fuiſſe, de quo tamen donando numquam cogitaverat, & videtur quidem quid negotii geſtum fuiſſe inter Sempronium & Violantillam, id eſt, ut ex verbis hujus legis colligi poteſt, contraxiſſe quidem eam cum Sempronio, ſed non donaſſe, puta locaſſe prædium, ut in *l. ult. C. plus valere quod agitur*; vel forſitan donaſſe aliud prædium, non hoc, de quo quæritur, ut in *l. nec ignorans* 10. *C. de donationib.* aliud igitur ſcriptum fuit, quam actum, quod ſuadent illa verba, *inſtrumentis inſeri feciſſe*, vel forſitan nihil omnino geſtum fuerat inter Violantillam & Sempronium, ſed Sempronius falſum inſtrumentum donationis confecerat, ut generaliter hæc lex intelligatur, & his omnibus caſibus locum habeat. Quæritur, an Violantilla, falſo conſcriptam fuiſſe ſcripturam, probare debeat, uno verbo, an replicationem ſuam probare teneatur? Prima enim fronte dicendum videtur, debere Sempronium ſcripturam, quam Violantilla falſam eſſe ait, oſtendere veram eſſe, qui enim profert ſuſpectam ſcripturam, niſi ipſe ſuſpectæ ſcripturæ adſtruxerit veritatem, tamquam nefariæ ſcri-

ſcripturæ reus & falſarius detinendus eſt, ut nominatim ſcriptum eſt in *d. l. jubemus* 24. & apertius in *l. ult. C. ad leg. Cornel. de falſis*, hoc onus incumbere primitus ei, qui ſcripturam ſuſpectam obtulerit, deinde ei, qui falſam arguere velit, & tamen contrarium reſcribunt Impp. in hac lege his verbis, *ſi vera ſunt, quæ precibus indidiſti*, (quod verbum obiter reſtituendum eſt in *l.* 19. *C. ex quibus cauſſ. infam. irrogat.* ex fide veteris libri MS. *interlocutio, quæ indita eſt*, male vulgo *interlocutio quæ indicta eſt*, male Haloander *dicta*,) *nec ad nomen factæ donationis fundum iſtum perveniſſe*, id eſt, neque nomine tenus cenſeri donatum, quod ait ad differentiam ſimulatæ & imaginariæ donationis, quæ quamvis re ipſa donatio non ſit, eſt tamen nomine tenus donatio, ſed debere Violantillam adito competenti judice probare, contra voluntatem ſuam, hunc fundum adverſarium ſuum contra rei veritatem adſcribi ſibi laboraſſe. Nam fides habetur inſtrumento, ſive publico, ſive privato, legitime confecto, donec contrarium probetur. §. *ſi ſcriptum* 17. *Inſtit. de inutilib. ſtipulat.* §. *ult. de fidejuſſorib. l. ſciendum* 30. *D. de verb. oblig. l.* 4. *C. de juris & facti ignorantia.* & in hanc ipſam rem elegantiſſima ſunt verba *l.* 6. *C. Th. de fide teſtium & inſtrumentor, cum res*, inquit, *agitur ex ſcripto, aut infirmari ſcripturam convenit, aut probari.* Infirmari, *autem quæ poteſt niſi falſa doceatur? falſa porro a quibus aliis demonſtranda eſt, quam ab illis, qui negaverunt ei credendum?*

Quod attinet ad legem *jubemus* 24. non utor vulgari diſtinctione eorum, qui dicunt, legem *cum precibus* 18. eſſe intelligendam de inſtrumento non ſuſpecto, legem *jubemus* 24. de inſtrumento ſuſpecto, quod probare tenetur is, qui profert, nam ſcriptura, quæ falſa dicitur, plane ſuſpecta eſt, & ita *d. l. jubemus* 24. concepta eſt, *jubemus omnes, qui nefarias ſcripturas comminiſcuntur*, ubi Tribonianus maluit, *ſuſpectas:* & in fine legis, ut *ſuſpectæ ſcripturæ & falſæ* reos eſſe detinendos, ut nulla differentia conſtituatur inter falſam, vel nefariam ſcripturam, & ſuſpectam. Sed reſpondeo ex *l.* 4. *Cod. Th. eod. tit.* ſcriptura aliqua prolata, quæ ab eo, adverſus quem ptofertur, ſuſpecta dicitur, non ſolum eum, qui de ea dubitat, falſo conſcriptam eſſe, cogi oſtendere, ſed etiam illum, qui eadem utitur, veritate ſubnixam probare cogendum, & hoc eſt, quod ait *d. l. jubemus* 24. *eos, qui nefariis & ſuſpectis ſcripturis utuntur, niſi & ipſi adſtruxerint veritatem*, id eſt, verum eſſe docuerint, quod ſcriptura continetur, *eſſe detinendos, tamquam reos ſuſpectæ ſcripturæ, & falſarios*, non ait, condemnandos eſſe, ut male vulgus interpretum, ſed detinendos eſſe, ut ſcilicet adverſus eos etiam poſt terminatam quæſtionem civilem, ut loquitur lex *pen. C. ad l. Cornel. de falſis*, criminaliter agi poſſit, ut in *l. unica C. quando civilis actio criminali præjudicet*, nominatim ſcriptum eſt, falſi crimen, de quo civiliter jam actum eſt, criminaliter eſſe repetendum, eſt autem dicta lex *jubemus* 24. paragraphus dictæ legis unicæ, ut ex inſcriptione apparet.

Quod autem ſcriptum in *d. l. ult. C. ad l. Cornel. de falſis*, non ita exaudiendum eſt, ut probatio rei geſtæ & veritatis exigatur ab eo, qui profert ſcripturam, ſed, ut ait, ei primitus incumbat probatio fidei inſtrumenti, id eſt, ut primitus debeat oſtendere, inſtrumentum eſſe authenticum & rite

confectum, ita ut plenam probationem faciat, & ut vulgo dici solet, *qu'il soit en forme probante*, hoc sensu scriptum est in *l. pen. C. de fide instrumentorum*, *cum quidam instrumentum protulerit, aliamve chartulam, eique fidem imposuerit*, id est, docuerit, instrumentum esse authenticum, hoc enim probato, si adversarius falsum esse dicat, quod instrumento continetur, id probare tenetur, & contra is, qui instrumentum profert, debet docere verum esse. In specie legis *cum precibus* 18. constabat de fide & auctoritate instrumenti, sed dicebat Violantilla instrumentum falsum continere, & ex multis & variis solutionibus hæc mihi videtur verissima, quam primus Fulgosius indicavit. Leves sunt cæteræ objectiones, ut ex *l. antiquæ* 23. *C. ad SCtum Vellejan*, vel ex *l. ult. C. arbitrium tutelæ*, vel ex *l. si alii* 19. *D. de usu & usufr. leg.* in quibus non admittitur probatio adversus instrumentum, in *d. l. antiquæ* 23. denegat Justinianus exceptionem Senatusconsulti Vellejani, si instrumento scriptum sit, mulierem accepisse pecuniam, ut intercederet, nec admittitur contraria probatio, hoc receptum est odio mulieris, quæ consulto consilio, accepta pecunia, intercessionem vendit, & proprium negotium gerere videtur, & de his fidejussionibus, pro quibus solvitur certa pecunia, intelligendum est vexatum capitulum *l. extra. de fidejuss. cleric. fidejussionibus inserviens abjiciatur & deponatur*, inserviens sc., & vendens intercessiones, nec enim gratuita & liberali homine digna fidejussio prohibetur. D. August. *serm.* 19. *de verbis domini secundum Matthæum*, *Clericus*, *qui exercet mercimonia*, *intercessiones vendit*, *viduarum munera libenter accipit*, *hic negotiator est magis*, *quam clericus*, quod est in *d. l. ult. C. arbitrium tutelæ*, nemo non videt inductum esse favore pupillorum, ne inventario legitime confecto, quo tutor res pupillares agnovit, variis litibus distrahantur, in *d. l. si alii* 19. *D. de usu & usufr. leg.* Modestinus ait, interdum plus valere scripturam, quam id, quod actum est, id est, prævalere scripturam, quamvis contraria voluntas defuncti manifesta sit, quam non licet temere conjicere contra manifestum verborum sensum, nam quæ ex verbis testamenti pendent, secundum scripti juris rationem definienda sunt. *l.* 16. *D. de condit. & demonstrat.* Respondeo cum Cujacio in hoc tractatu *actum* significare *rem gestam*, in *d. l si alii* 19. *voluntatem*, id, quod animo agitatum est, in hoc tractatu scripturam dici simulatam, vel falsam, in *d. l. si alii* 19. veram, nec ementitam.

Ad Leg. Exceptionem 19. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. MENANDRO.

Exceptionem quidem dilatoriam opponi initio, probari vero, poſtquam actor monſtraverit, quod adſeverat, oportet.

Exceptio vel eſt perpetua, & peremptoria, vel dilatoria, & temporalis, perpetua dicitur, quia perpetuo agenti obſtat, peremptoria, quia rem, de qua agitur, perimit, & ut eſt in *l.* 3. *C. Th. de diverſis reſcriptis*, totius negotii cognitionem tollit, *dilatoria*, quia dilationem temporis tribuit, *temporalis*, quia nocet ad tempus, non ſemper, §. *appellantur* 7. *Inſtitut. de except. l.* 3. *D. eod. tit.* Sumantur exempla ex *d.* §. *appellantur* 7. Peremptoria proponi poteſt initio, in ipſa litis conteſtatione, vel poſt litis conteſtationem, ante ſententiam, imo & poſt ſententiam, ſi a ſententia appellatum ſit. *l.* 2. *C. ſententiam reſcindi non poſſe. l.* 4. *l.* 8. *C. de exception l.* 16. *de fidejuſſorib. l. eleganter* 23. §. *ſi quis poſt* 1. *D. de condict. indebiti*, non eſt neceſſe, eam proponere initio, quia hæc exceptio non pertinet ad judicium conſtituendum, hoc conſtituto, ſufficit eam proponere, antequam judex pronuntiat ſententiam, qua condemnatur, vel abſolvitur reus, ut ſcilicet intelligat, an condemnare, vel abſolvere debeat. Aliud obtinere in dilatoria docet hæc lex, quæ nominatim ait, eam initio eſſe proponendam, cum enim dilationem tribuat, & judicium, vel litem remorari ſoleat, ideoque moratoria dicitur in *d. l.* 3. qui eam non proponit initio, ſatis videtur in judicium conſentire, & huic dilatoriæ exceptioni renuntiare, cujus quoque relaxationem reſcripto poſſe impetrari, non autem peremptoriæ docet *d. l.* 3. *C. Th.* quam Adrianus non intellexit, quamvis autem hac in re maxime differre videantur peremptoria & dilatoria, hoc tamen commune habent, utramque probandam eſſe, poſtquam actor implevit intentionem ſuam. *l. emptor* 9. *C. de præſcript. longi temp. l.* 9. *C. de exception.* cum reus ſcilicet palam non confitetur intentionem actoris, ſi enim confitetur, tum exceptionis probatio deſideratur, ut & vice verſa, ſi ſimpliciter negat intentionem actoris reus, ſolius intentionis probatio exigitur. At peremptoriam initio quoque litis eſſe eſſe proponendam diſertis verbis inſinuare videtur dicta lex *emptor* 9. reſpondeo, dictam legem hoc tantum velle, & ſi initio litis propoſita ſit, (nihil enim vetat, eam tunc proponi,) non ideo tamen ſtatim eſſe probandam, quod liquido docet *d. l.* 8. *C. de except.*, quæ nominatim ait, omiſſam etiam poſt litem conteſtatam proponi poſſe. Notandum tamen eſt, quasdam eſſe exceptiones peremptorias, quæ poſt condemnationem ipſam proponuntur, ut Vellejani, & Macedoniani SCti, ut exceptio, quæ datur donatori, ne teneatur ultra quam facere poteſt. *l. tamen* 11. *D. ad SC. Macedonianum l. Neſennius* 41. §. *ult. D. de re judicata*, quia his Senatusconſultis, & conſtitutione D. Pii, quæ dedit hoc beneficium donatori,

ita

ita certis perſonis ſubventum eſt, ut contra id, quod conſtitutum eſt, nullo modo obligationes conſiſtere poſſint. Idemque dicendum eſt de exceptionibus, quæ privilegio armatæ militiæ militibus competunt ex conſtitutione Antonini *l.* 1. *C. de juris & facti ignorantia.* Cæterum regulariter poſt ſententiam *præpoſtera defenſio*, ut loquitur *l. pen. C. de exception.* non admittitur, ne lites ex litibus oriantur, niſi, ut dixi, appellatum ſit, vel niſi forte minor ſit, qui ob omiſſam exceptionem reſtitui poſſit in integrum. *d. l.* 2. *C. ſententiam reſcindi non poſſe.* Porro quod ex *cap.* 4. *novell.* 90. poſt hanc legem Irnerius appinxit in authentica *at qui ſemel.* id ita ad dictam legem pertinere poſſe erudite D. Cujacius *ad novell.* 90. docuit: probata intentione, vel exceptione, actor, vel reus, qui ſemel, vel iterum, vel tertio, teſtes produxit, non admittitur ad aliam teſtium productionem, ſi priorum teſtium teſtimonia, vel adverſarii exceptiones cognoverit, & productionibus renuntiaverit. Loquitur enim novella de eo, qui teſtes produxit, & eorum dicta cognovit, non de adverſario, ut male Accurſius.

Ad Leg. ſi de poſſeſſione 20. & *Leg. ad probationem* 22. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. PHROMINÆ.

Si de poſſeſſione ſervitutis, emtionis inſtrumentis ſubtractis, in libertatem proclamat Eutychia; cum petitori probationis onus incumbit, intentione ſua defecta ſubjuvari minime poteſt. Nam ſi in ſervitutem petatur, ad emtionis probationem non eſt indiciis aliis opus, ſed inſtrumentorum furtum monſtrare ſufficit.

L. 22. IIDEM AA. ET CC. AGATHOCLEÆ.

Ad probationem ſervitutis Glyconis, matrem ejus ac fratrem ſervilia feciſſe miniſteria, non ſufficit, cum neque ingenuorum conniventia conjunctis neceſſitudine præjudicet, neque de ſervis, ex eadem matre natis, libertatem unus adipiſci prohibeatur.

Utraque pertinet ad cauſſam liberalem, de qua jam diximus. *l.* 10, 15. & 18. Sententia *l.* 20. hæc eſt, ſubtraxerat Euthychia inſtrumenta emptionis, ex quibus conſtabat, eam emptam fuiſſe a Phromina, tamquam ancillam, ut ſcilicet habens penes ſe inſtrumenta emptionis oſtenderet, ſe liberam, quaſi

quasi Phromina, redditis instrumentis, jus omne, quod in ea habere potuit, remisisse videatur, & agnovisse bona fide, nullam esse emptionem Euthychiæ liberæ, eadem ratione, qua instrumentum redditum debitori a creditore solet liberare debitorem, *l.* 2. *D. de pactis. l. si chirographum* 24. *D. hoc tit.* & hunc fuisse olim unum ex modis, quibus Latina libertas servo dari potuit, docet *l. unica* §. *ille autem novissimus* 11. *C. de lat. libertate tollenda.* Si quis instrumenta, ex quibus servus ostendebatur, vel dederit servo, vel corruperit, sed nihil prodesse Euthychiæ subtracta instrumenta, rescribunt Impp. nam, vel de possessione servitutis proclamat in libertatem, & intentionem suam probare debet, quam si non probat, frustra utitur his instrumentis, quæ tantum abest, ut pro libertate faciant, ut contra doceant, eam esse ancillam, & eorum lectio, ut in *l. sequenti*, non recitantem, sed eum, quem tenor scripturæ designat, adjuvat: vel in possessione libertatis constituta Eutychia a Phromina petitur in servitutem, & hoc casu sufficit probare furtum instrumentorum, nec aliis indiciis Phromina uti debet ad emptionis probationem, an huic fini, ut judex in liberali caussa datus, furto probato, pronuntiet Phrominam esse dominam Euthychiæ, quod Azo mirabile esse ait? minime. Sed ut, furto probato, appareat, eam esse dolo malo in possessione libertatis, nec posse consequi commodum possessoris, ut diximus ad *l.* 15. *hoc tit.* ut, ita ordinato liberali judicio, cogatur Euthychia actoris partes sustinere. Pertinet igitur hæc lex ad ordinationem libertatis judicii, ad possessorium, non ad petitorium, ut male veteres interpretes censent.

Facilis est sententia *l.* 22. eum, qui servum esse ait, non implere intentionem suam, etsi probaverit, matrem ejus ac fratres servilia fecisse ministeria, quod tamen prima fronte dicendum videbatur, quia, ut est in veteri regula, partus sequitur ventrem & matrem. *l. partum* 7. *C. de rei vindicatione. l. avi* 28. *C. de liberali caussa*, hujus autem decisionis ratio duplex redditur. Prima hæc est, quia liberi homines possunt facere servilia ministeria. *l. cæterum* 4. §. *Proculus* 1. *D. de usu & habit.* nec potest conniventia, seu dissimulatio ingenuorum præjudicare conjunctis personis. Accursius hoc loco conniventiam accipit pro consensu, quo sensu passim usurpari hoc verbum, reperio apud auctores sequioris & posterioris sæculi, ut in *can. sine* 12. *q.* 1. *absque omnium conniventia & subscriptione clericorum*, sed & in *can. obcuntibus dist.* 64. *quod absque consensu eorum & conniventia eorum factum fuerit.* hinc Hincmarus Remensis Archiepiscopus in libello adversus Hincmarum Laudunensem Episcopum, *cum conniventia clericorum subscribere.* D. Bernardus *epist.* 163. *viri illi, in quorum conniventia res posita*, Arnulphus Lexoviensis Episcopus, *Epist.* 21. *donec possit, quod mente concepit, assensus vestri conniventia confirmare.* Guillelmus Tyrius de bello sacro. *lib.* 10. *cap.* 7. *quem eadem Ecclesia de communi omnium conniventia sibi præfecerat.* & passim in Epistolis Ivonis Carnotensis. *Epist.* 120, 138, 165, 193, 220, 263. Secunda ratio hæc est, quia quamvis ex ancilla natus sit, potuit ad libertatem multis modis pervenire. *l. multis* 17. *C. de liberali caussa.*

Ad L. ad probationem 21. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. CRISPO.

Ad probationem dominii, aliena ſubtrahentes inſtrumenta, his minime uti poſſunt: quippe cum horum lectio non recitantem, ſea quem tenor ſcripturæ deſignat, adjuvet. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur; jure competenti prædiorum, quæ in quæſtionem veniunt, dominium ad te oſtende pertinere. Nam res vindicantem ab emptore, ſuos numeratos nummos adſeverantem, erga probationem laborare non convenit. Si quidem, hujusmodi licet probetur factum, tamen intentioni nullum præbet adminiculum.

Variis modis probari dominium docuit *l.* 4. *C.* juncta *l. cum res* 12. *hoc tit.* probatur plerumque inſtrumento emptionis, quod ea omnia continet, quæ ad translationem dominii deſiderantur, ſed male quis utitur inſtrumento emptionis, quod nomen alterius emptoris continet, quamvis ſuis nummis rem fuiſſe emptam contendat; nam quod attinet ad inſtrumentum, ex eo apparet, non eum, qui profert inſtrumentum, ſed adverſarium eſſe emptorem, ergo nihil probat pro producente, ut in ſpecie *leg.* 20. *ſupra.* fruſtra quoque ait ad dominii probationem, ſuis nummis rem fuiſſe comparatam, quia non ideo poteſt eſſe dominus rei emptæ. *l.* 1. *C. ſi quis alteri, vel ſibi. l.* 6. *C. de rei vindic.* qui hoc igitur aſſeverat, non admittitur ad probationem, quia fruſtra id probaret, ut in *l.* 1. *C. nè uxor pro marito*, non admittitur hæc quæſtio inutilis, utrum contractus mariti valeat, ex quo mulier non potuit obligari, ſuperflua & inutilia ſunt in judicio rejicienda, & ut vulgo dici ſolet in foro, *tous faits impertinents doivent eſtre rejettés*, cap. *ex litteris extra. de exceſſib. prælatorum.* Notandum tamen eſt, certos eſſe caſus ſingulares, quibus utilis vindicatio domino pecuniæ datur. *l.* 8. *C. de rei vindic.* in *l.* 3. *C. arbitrium tutelæ l.* 1. *D. quando ex facto tutoris*, in *l. uxor marito* 55. *D. de donation. inter vir. & uxor.* quos vobis excutiendos relinquo.

Ad Leg. actor 23. *C.* de probat.

IIDEM AA. ET CC. MENELAO.

Actor, quod adſeverat, probare ſe non poſſe, profitendo reum neceſſitate probandi contrarium non adſtringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit.

Regulam eſſe juris veteris, ut actore non probante, vel profitente, ſe non poſſe probare, quod reus negat, nulla probationis neceſſitas incumbat reo, nominatim ait *l.* 1. *C. Th. de fide teſtium & inſtrument.* quam eſſe accipiendam de mera negatione, cui ſcilicet vi ipſa affirmatio non ineſt, recte vulgo notatur ex hac lege, quæ cuſtodite loquitur de negatione facti, *cujus*, inquit, *nulla probatio eſt per rerum naturam*, id eſt, naturali ratione, *l. aſſeveratio* 10. *C. de non numerata pecunia*, ob id ipſum, quod non eſſe intelligitur, ideoque recte Pontifex in cap. *ad noſtram hoc tit. extra. de probationib.* recte improbat conſuetudinem Daniæ, quæ probationem meræ negationis admittebat: ſed, ut Theophilus in §. *æque* 2. *Inſtit. de actionibus.* ait, quasdam negatorias actiones vi ipſa eſſe confeſſorias; ita quoque ſunt quædam negationes, quæ vi ipſa ſunt affirmationes, ut in *l. ne codicillos* 5. *C. de codicillis.* qui negat, defunctum fuiſſe ſanæ mentis, aſſeverat, eum non potuiſſe facere codicillos, & hanc negationem probare tenetur, in *l.* 5. §. 1. *D. hoc tit.* qui negat, emancipationem recte factam fuiſſe, aſſeverat filium eſſe in poteſtate, & hoc probare tenetur, in *l. optimam* 14. *C. de contrah. & committ. ſtipulat.* qui negat, ſe affuiſſe tempore contractus, affirmat abſentiam, quam probare tenetur. Obſerva autem, quod ait negationem facti, ad differentiam negationis juris, quod, qui negat, regulariter probare tenetur. *l. ab ea parte* 5. *D. hoc tit.*

Ad Leg. ult. C. de probat.

IMPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. FLORO PP.

Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita.

Hanc legem pertinere ad judicia publica, apparet ex verbo *accusatores*, in quibus requiri ait firmissimas & apertissimas probationes, hæc enim recte Justinianus in *principio tituli de publicis judiciis*. nihil commune habere ait cum judiciis privatis, quæ de re privata, privatim, apud privatos judices, in ædibus privatis magistratuum exercentur, ut Vitruvius docet *lib. 7. cap. 8.* publica vero in loco publico, apud magistratus & selectos judices, decuriis pro more censuris Principum examinatis, & inquisitione diligente facta in singulos senatores judicii publici caussa selectos & edecumatos, ut apud Plinium *Hist. Nat. lib. 29. cap. 1.* ubi vulgo scriptum est, *inquisitio per parietes fit*, sed legendum videtur, *per partes*, quam lectionem quidam libri manuscripti retinent, *per partes*, id est, per singulos senatores, ut apud D. Hieronymum in *Ecclesiastem*, *cap. 3. intellexi non per partes Deum & singula, & per singulos judicare.*, nisi quis ita tueri velit receptam lectionem, ut breviter intelligatur diligens inquisitio & scrutinium morum, sæpe enim, ut M. Tullius ait in Oratione *pro Sextio c. 9. animus vultu, flagitia parietibus teguntur*, ut igitur in judiciis privatis liquidæ quidem & apertæ probationes desiderantur, ita in publicis, in quibus de existimatione & vita hominis quæritur, apertissimæ & luce clariores.

Ad Tit. 20. lib. 4. Cod. de testibus ad Leg. 1.

Quæ non extat in quibusdam codicibus, sed D. Cujacius Obs. XIII. C. 38. *ita restituit:* ADVERSUS SCRIPTUM TESTIMONIUM NON SCRIPTUM NON FERTUR.

Dixi in genere de probationibus. Probationum autem species summæ, testes sunt & instrumenta, de quibus dantur speciales tituli. Ac primum agit de testibus, in exercendis enim litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. *l. 15. C. tit. seq.* sed quæsitum fuit,

fuit, utrum adverſus fidem ſcripturæ teſtibus communitæ admittantur alii teſtes? Cenſus & monumenta publica potiora quidem eſſe teſtibus, ait lex *cenſus* 10. *D. de probationibus*, & publicas tabulas, quibus conditiones & diviſiones agrorum continentur, qui refixerit, lege Julia peculatus teneri dicitur in *l.* 8. *D. ad leg Juliam peculatus*, an idem de qualibet ſcriptura teſtibus confirmata dicendum ſit, merito dubitari potuit, & hac de re reſtituit nobis conſtitutionem Græcam D. Cujacius ex Synopſi Bonſilicωv & Breviario Harmenopuli. *lib.* 13. *Obſ. cap.* 38. quæ his verbis concipitur, *adverſus ſcriptum teſtimonium, teſtimonium non ſcriptum non admittitur.* Hoc intelligendum eſſe de inſtrumentis, quæ etiam teſtium ſubſcriptionem habent nominatim docuit interpres Græcus Attaliates *lib.* 16. *Synopſeos ſuæ*, quem dedit Johannes Leunclavius *Tom.* 1. *Juris Orientalis*, ne teſtes recipiantur adverſus inſtrumentum teſtibus communitum, potiora eſſe teſtibus inſtrumenta, quæ fidem teſtium habent, ſi modo, ut Paullus nominatim *lib.* 5. *ſent. tit.* 15. *de fide inſtrument.* ait, nihil dicatur de fide inſtrumentorum, ad hanc enim conſtitutionem pertinere hanc ſententiam Paulli, rectiſſime Dominus Cujac. *dict. loc.* adnotavit, & ſi inſtrumentum eſſe falſum dicatur, adverſus inſtrumentum teſtes interrogari poſſe, conſtat *l. pen. C. de contrah. & committ. ſtipulat.* ſi non dubitatur de fide inſtrumenti, non poteſt ejus auctoritas infirmari ſola voce aliorum teſtium, qui forte affirmant, ſolutam eſſe pecuniam, vel pœnitentia revocatum eſſe contractum; ad hanc enim rationem infirmandæ ſcripturæ proprie pertinet hæc conſtitutio, & ita ſcriptura, in qua nominatim ſcripta eſt cauſſa obligationis, alia ſcriptura, non teſtibus refellitur. *l. eum de indebito* 25. *§. ult. D. de probat. l. generaliter* 13. *C. de non numerata pec.* Obſervandum tamen eſt, ex *l. teſtium* 18 *C. hoc tit.* & *nov.* 90. *cap.* 2. quinque teſtes nominatim rogatos, ut in teſtamentis fieri ſolet, probare poſſe ſolutionem adverſus inſtrumentum obligationis, teſtibus confirmatum, quo novo jure, inducto a Juſtiniano, hac in parte derogatum eſt huic conſtitutioni, quæ teſtium ſolam depoſitionem excludit. Cæterum idem in teſtamentis dicendum eſt, quorum revocatio teſtibus probari non poteſt, nec obſtat *l.* 27. *C. de teſtamentis*, ubi ad revocationem teſtamenti tres teſtes ſufficere videntur; nam ut liquido ſententia *dictæ legis* intelligatur, ſciendum eſt, ab Honorio & Theodoſio conſtitutum fuiſſe in *l.* 6. *Cod. Th. de teſtam.* teſtamentum non valere poſt decennium, quaſi non videatur teſtator in eadem voluntate tamdiu perſeveraſſe, nec antiquæ deliberationis ordinatio voluntas poſtrema dici poſſit, ut loquitur *d. l.* 6. & in hanc rem elegans eſt hic Plinii locus *lib.* 5. *epiſt.* 5. *deceſſit veteri teſtamento: omiſit, quos maxime diligebat, proſequutus eſt, quibus offenſior erat.* & poſt dictam conſtitutionem, quæ lapſu temporis corruere voluit auctoritatem teſtamentorum, tenebantur teſtatores addere diem & conſulem, hoc eſt, quod voluit D. Chryſoſtomus *homil* 3. de verbis Eſaiæ *vidi dominum &c.* adverſus quem male aſſurgit D. Cujacius in *l. qui teſtamento* 20. *§. ult. D. qui teſtamenta fac. poſſ.* quamvis enim ex regula juris veteris valeat teſtamentum ſine die & conſule, ut docet fragmentum Modeſtini editum a P. Pithœo, poſt dictam tamen conſtitutionem neceſſaria hæc adjectio fuit, floruiſſe autem D. Chryſoſtomum eadem ætate nemo eſt, qui neſciat, & reſpicere igitur ad dictam conſtitutionem, cujus au-

ctoritatem ita esse amoliendam censet Justinianus in *d. l.* 27. ut non solo lapsu decennii, sed revocatione nominatim facta coram testibus tribus infirmari possit auctoritas testamenti, hoc igitur casu adversus auctoritatem testamenti non habetur ratio testium dumtaxat, sed etiam temporis *d. l.* 6. præstituti.

Ad Leg. si tibi controversia 2. C. de testib.

IMP. ALEXANDER A. CARPO.

Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis & argumentis, quibus potes, soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.

Laudo diligentiam glossæ, quæ recte observat, in hac lege fingi posse, Carpum, ad quem rescribit Alexander, actorem esse, non reum, quamvis prima fronte ex verbis colligendum videatur, reum esse non actorem, quia non movere, sed pati controversiam, non agere, sed defendere nominatim dicitur; sed si quis rem omnem penitus inspiciat, reperiet eum, qui negat, vel excipit, recte dici facere controversiam actori, & actorem pati controversiam ex parte rei, quod de hac præjudiciali actione scriptum est in *l. non solum 29. §. si status 5. D. de procuratoribus*, qua glossa recte utitur. Sic heres, qui detrectat solvere legata, legatariis agentibus ex testamento controversiam facere dicitur *l. 9. C. de legatis*, & apud M. Tullium in Orat. *pro Cluentio c. 59. Florio legatum ex testamento inficiatum esse, primo debere negavit, post sine controversia solvit.* & defendere quoque causam suam instrumentis & argumentis actor eleganter dicitur, qui intentionem suam implet, & legitimis probationibus confirmat, adversus inficiationem rei, quamvis alias defensio sit proprie exceptio rei. Sed hoc loco *defendere*, id est, tueri & confirmare, ut in *l. 5. D. de inofficioso testamento*, *res illo colore defenditur*, quo sensu hoc verbum multis in locis juris civilis accipitur, notatis a lexicographis, ut apud M. Tullium de Oratore *l. 1. c. 38. Ceteris armis prudentiæ causas tueri atque defendere.* Defendit igitur causam suam actor, cui incumbit onus probandi, probationibus, quibus potest, & in hac lege videtur Carpus proclamare in libertatem, quia probat, vel si dicas, fuisse in possessione ingenuitatis, fingere quoque debes, ultro suscepisse onus probationis, ut in *l. circa* 14. *D. de probationib.* vel probata intentione actoris, teneri probare suam exceptionem, ut docuimus in *l.* 17. *C. de probat.* sed quod ad decisionem attinet, nihil refert, hoc, vel illo modo speciem ponas.

Quæritur autem, utrum soli testes sufficiant ad probationem ingenuitatis? & breviter rescribit Alexander non sufficere, sed debere Carpum alia quoque auxilia advocare, & defendere causam suam instrumentis, & argumentis, & indiciis, quibus potest, hæc enim est perspicua sententia hujus legis, ut contra

tra auctoritatem omnium interpretum primus vidit Gratianus qui in *decreto* 4. *q.* 2. *&* 3. *can. ult.* §. *ſoli teſtes.* dictæ legis eruditam proponit interpretationem, ſoli teſtes ad probationem ingenuitatis non ſufficiunt, niſi inſtrumentis & argumentis adjuventur, hujus autem conſtitutionis ratio hæc eſt, ſummæ curæ fuit veteribus ſincerum, atque ab omni colluvione peregrini & ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum Rom. ut Suetonius loquitur in *Octavio c.* 40. ideoque viſum eſt, non poſſe ſufficere ſolam teſtium depoſitionem ad confirmandum ſtatum Romani civis, periculoſum eſſe hoc committere facilitati teſtium, qui pecunia corrumpi poſſunt, eademque ratione receptum fuit, quod Harmenopulus ſcribit *lib.* 1. *Epitomes tit.* 6. ex quodam jure nobis incognito, in cauſſis, quas humiliores adverſus potentiores habent, quibus pares eſſe non poſſe, eleganter Jurisconſultus ait in *l.* 3. *D. de alienat. judic. mut. cauſſa facta*, potentiores agere non poſſe teſtibus, ſed inſtrumentis tantum. Non in omnibus igitur cauſſis ſoli teſtes admittuntur, ut in ſpecie *h. l.* 2. nec in hac cauſſa liberali, in qua de ingenuitate quæritur. Quod nobis uſui eſſe poteſt, ſi quæratur, an quis nobilis ſit, neque enim hodie ſoli teſtes ad probationem nobilitatis admittuntur, ſed aliæ probationes neceſſariæ ſunt, & quia hæc lex loquitur de ingenuitate, dubitari poteſt, an idem dicendum ſit de libertinitate, cujus tantus favor non videtur eſſe arg. *l. pen. C. ubi cauſſa ſtatus agi debeat.* ſed cenſeo hac in parte nullam differentiam conſtituendam eſſe inter ingenuitatem & libertinitatem, ex qua quis civitatem Romanam habere poteſt, quam ex ſola depoſitione teſtium neminem ſibi vindicare poſſe, eadem ratione receptum fuiſſe, non dubito; nec obſtat *l. unica* §. *ſed etiam ſi quis* 9. *C. de latina libert. toll.* ex qua colligi poteſt, manumiſſionem probari poſſe teſtibus; quia, ut apparet ex verbis dictæ legis, hoc ita eſt exaudiendum, ſi ſcriptura ad perficiendam manumiſſionem adhibeatur, ſubſcripta a teſtibus, quæ ſcriptura & in ea manumiſſione deſideratur, quam Conſtantinus introduxit *toto tit. C. de his, qui in Eccleſia manumitt.* ad quem pertinet inſignis Sozomeni locus *lib.* 1. *Eccleſ. Hiſtor. cap.* 9. & qui hoc genere manumiſſionis apud veteres Francos manumittebatur, in legibus & Capitularibus Regum noſtrorum ideo dicitur homo chartularius, quia fuit per chartam manumiſſus ſecundum legem Romanam, ut nominatim ſcriptum eſt in legibus Francorum Ripuariorum *tit.* 60. ad differentiam hominis denarialis, qui ex lege Salica jactato denario coram Rege manumittebatur, ut legimus in formulis Marculphi: non obſtat quoque *l. nec omiſſa* 15. *C. de liberali cauſſa.* nam, cum ait, in cauſſa liberali omnem jure proditam probationem admitti, non ideo admittit ſolam probationem teſtium, quæ hoc caſu jure prodita non eſt, ut in caſu *d. leg.* 1. Ex iis apparet falſos eſſe intellectus gloſſæ & interpretum, quod enim primum tentant, hanc legem ita eſſe intelligendam, ut non ſolum teſtibus, ſed etiam aliis legitimis probationibus ingenuitas probari poſſit, pugnat cum verbis & ratione legis, ait enim, ſolos teſtes non ſufficere, & Carpum uti debere aliis probationibus, quas fruſtra Imperator deſiderat, ſi ſoli teſtes ſufficiant. Inutilis quoque eſt ſecundus conatus eorum, qui exiſtimant, non ſufficere ſolos teſtes, niſi rationem ſui dicti adferant, quia ſimpliciter Imperator ait, non ſufficere ſolos teſtes, qui ſemper ſoli ſunt, quamvis ſui dicti ra-

rationem afferant, & hoc ait Imperator ad differentiam aliarum probationum, quarum ſubſidium neceſſario in hac cauſſa advocandum eſſe, cœcus omnino eſt, qui non videt.

Ad Leg. 3. *C.* de teſtib.

IMPP. VALERIANUS ET GALLIENUS AA. ROSÆ.

Etiam jure civili domeſtici teſtimonii fides improbatur.

Sunt quidam, quorum teſtimonia improbantur, ex lege certa, ut in *l.* 1. §. 1. & in *l.* 3. *l. quæſitum* 13. *D. hoc tit.* vel ex ea parte juris, quæ commune nomen ſibi proprium fecit, & in *l.* 2. §. *his legibus* 2. *D. de origine juris* dicitur jus civile compoſitum a prudentibus, quorum auctoritas & interpretatio vulgo recepta fuit in foro, & paſſim in libris juris deſignatur hoc verbo *placuit*, quo Paullus in hoc tractatu utitur *lib.* 5. *ſent. tit.* 15. *in principio*, ex quo loco ſumpta eſt *l. pen. D. hoc tit. ſuſpectos gratiæ teſtes, & eos maxime, quos accuſator produxerit, vel vitæ humilitas infamaverit, interrogari non placuit.* & hoc ipſum eſt, opinor, quod Imperatores Valerianus & Gallienus reſcribunt in hac *l.* 3. multa eſſe teſtimonia, quæ legibus & jure civili improbantur, pupilli puta, ſervi, furioſi, & cæterorum, qui inteſtabiles dicuntur, & propterea jure civili domeſticos teſtes improbari, ut particula *etiam* conjungatur cum verbo domeſtici, hoc eleganti ſenſu, etiam domeſticos teſtes, quamvis alias idonei ſint, neque ulla lege expreſſa rejiciantur, jure tamen civili, & interpretatione prudentum improbari, quam interpretationem D. Cujacio aliquando placuiſſe, colligere licet ex corruptis recitationibus editis in hunc tit. & tamen in Notis Poſterioribus Inſtitutionum in §. *ſed & ſi filiusfam.* 9. *Inſt. de teſtamentis ordin.* ita hunc locum accipere videtur, non ſolum prætorio jure, ſed etiam jure civili hoc teſtimonium domeſticum improbari, quæ fuit una ex interpretationibus Accurſii; ſed incognitum eſt edictum prætoris, quo hoc teſtimonium improbatum ſit: & in *d.* §. domeſtici teſtes longe aliter accipiuntur: nam in teſtamentis, de quibus in *d. loco* tractatur, domeſtici teſtes hi tantum dicuntur, qui ſunt in poteſtate teſtatoris, vel qui teſtatorem habent in poteſtate, hos ait, non eſſe poſſe claſſicos teſtes, Claſſici enim teſtes, auctore Feſto in voce *claſſici*, dicuntur, qui teſtamentis ſignandis adhiberi poſſunt, in hac vero lege, ut in dicta ſententia Paulli latius patet *Domeſticorum* appellatio: decepit virum magnum collatio juris civilis & prætorii, quam in his, quæ pertinent ad ſolemnia teſtamentorum Juſtinianus proponit in dicto titulo, & ut dicam explicatius, obſervandum eſt, quosdam, ut cœpi dicere, homines eſſe, qui lege certa, & nominatim, & expreſſe prohibentur teſtimonium dicere, vel quia lege nominatim excuſantur. *d. l.* 1. §. 1. quosdam eſſe, qui nominatim non prohibentur, civili tamen jure obtinuit & placuit, eorum teſtimonia non admitti, non ipſo quidem jure, quaſi

quaſi ſint certa lege prohibiti, ſed per exceptionem, & officio judicis, ut de eo, qui in publico judicio calumniæ damnatus fuit, Papinianus ſcribit in *d. l. quæſitum* 13. *D. hoc tit.* idem dicendum eſt de domeſticis & omnibus, qui gratiæ ſuſpecti ſunt, ut loquitur Paullus in *d. tit.* 15. quamvis enim nulla expreſſa lege prohibeantur, jure tamen civili obtinuit, eos non poſſe interrogari, quod his verbis hæc noſtra lex inſinuare videtur, *teſtimonium domeſticum jure civili improbari*, id eſt, refelli poſſe, & rejici, tamquam ſuſpectum. Retineamus igitur priorem interpretationem, nam quod attinet ad aliud commentum Accurſii de jure naturali, ut non ſolum jure naturali, ſed etiam jure civili improbatum ſit hoc teſtimonium, nemo non videt id eſſe rejiciendum, hæc enim ſubtilis interpretatio & diſtinctio perſonarum non eſt ex jure naturali, ſed ex auctoritate prudentum.

Cæterum in hac lege, quæ generaliter accipienda eſt, teſtes domeſtici ſunt, qui in eadem domo nobiſcum degunt, & quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant, ut erudite docet Theodorus Balſamo interpres Græcus *ad can.* 132. Concilii Carthaginienſis, quam definitionem D. Cujac. probat, quia multis legibus confirmatur *l. 6. D. eod. l. perſpiciendum* 11. §. *furta* 1. *D. de pœnis. l præſenti* 6. §. *pen. C. de his, qui ad Eccleſ. confug. l. pridem* 6. *C. de quæſtionib.* hac igitur definitione continentur vir & uxor, quia unam & eamdem domum habent *l.* 1. §. *ſi vir* 8. *D. ad Senatusc. Silanianum.* & uxor quidem in *l.* 4. *C. de crimine expilatæ hereditatis* dicitur divinæ domus & humanæ rei ſocia. Continentur præterea parentes & liberi. *l.* 5 *&* 6. *D. quod cujuscumque univerſ.* fratres *d. l.* 5. *&* 6. ſervi, mercenarii, ſi modo apud nos degant *d. l. præſenti* 6. § *pen. & d. l. perſpiciendum* 11. §. 1. *l.* 1. §. *familiæ* 9. juncto §. *ſi filiusfam.* 11. *D. de vi & vi armata.* Coloni, & adſcriptitii, terræ, quam colunt, addicti, & adſcriptitii quidem, quaſi ſervi ſunt in dominorum poteſtate. *l. colonos* 19. *l. ne diutius* 21. *C. de agricolis & cenſ.* Coloni vero quamvis ſint homines liberi, tamen non poſſunt terram, quam colunt, relinquere *l.* 1. *C. de prædiis tamiacis.* ſed coloni noſtri liberi homines, qui agros noſtros conduxerunt, mercenarii, vel inquilini, qui nobiſcum non degunt, quamvis proprie domeſticorum appellatione non contineantur, tamen tamquam ſuſpecti recte rejici poſſunt, ut ex Græcis recte Harmenopulus cenſet, cujus ſententiam probat D. Cujacius; Emphyteuticarii vero, qui vectigal, vel canonem ſolvunt domino, nec ei ulla conditione tenentur adſtricti, *s'ils ne ſont gents de main morte*, nulla ratione prohiberi videntur: qui vero ſunt ſub ditione & imperio domini, vel, ut vulgo dici ſolet, *s'ils ſont ſous la juſtice d'un Seigneur*, merito rejiciuntur, ut Benedictus notat ad cap. *Rainutius*, in verbo *uxorem ext. de teſtamentis.* Quod autem diximus de domeſticis, hoc ita exaudiendum eſt ex communi interpretum ſententia, ut non admittantur, ſi eo tempore, quo producuntur, domeſtici ſint, licet non fuerint eo tempore, quo negotium, de quo quæritur, geſtum eſſe dicitur, quia conditio teſtis eo tempore ſpectatur, quo teſtimonium dicit, *l.* 3. §. 1. *D. hoc tit. l.* 3. §. *duæ* 5. *D. de Carbon. edicto.* cum ſcilicet de probatione agitur, nam ſi teſtes ſolemnitatis cauſſa adhibentur, ut in teſtamentis, tunc inſpicitur tempus, quo adhibiti ſunt *l. ad teſtium* 22. §. 1. *D. qui teſtam. facere poſſunt.*

sunt. At si testes aliquando domesticus fuerit, sed esse desierit eo tempore, quo testimonium dicit, legitimus testis est, ut vulgo notari solet ex *l.* 1. §. *Mummio Lolliano* 12. *D. de quæstionib.* si modo sine ulla fraude abiit, & dimissus fuit: & hæc quidem obtinent sine ulla controversia, si testis domesticus a domestico producatur adversus extraneum, sed si res agatur inter domesticas personas, quæritur, an pro una contra alteram possit domesticus testimonium dicere? & quidam censent admittendum esse hoc testimonium, ne facultas probandi restringatur, vel quia affectio testis, cum sit æqualis, tollere videatur omnem suspicionem fraudis, arg. *l non solum* 67. §. 1. *D. de ritu nupt.* Verius tamen esse existimo, nec hoc casu testimonium domesticum esse admittendum, quia generaliter reprobatur, ideoque nec pro extraneo contra domesticum hoc testimonium valere potest, & verissimum est, quod D. Cujac docuit, quibus interdicitur testimonium, usquequaque interdicitur, ut nec pro nobis, nec in nos dicant. Concludamus igitur, omnino domesticum testimonium esse rejiciendum, nisi forte sint delicta domestica, & desint aliæ probationes *l. consensu* 8. §. *servis* 6. *C. de repudiis. l. lex quæ* 22. *C. de administrat. tutor. l. ult. C. ad l. Cornel. de sicariis.*

Ad leg. 4. *C.* de testib.

IMPP. CARUS, CARINUS ET NUMERIANUS AAA. VALERIO.

Hujus legis difficultas, vel ex varietate lectionis apparet satis, vix enim constat, num, ut quidam libri habent, legendum sit *solam testationem prolatam*, an vero; *sola testatione prolatam*, vel *sola testatione prolata* (*c*). Variæ quoque sunt interpretationes glossæ & interpretum, quæ breviter excutiendæ sunt, ut verum vexati loci sensum excutiamus & veram lectionem tandem constituere valeamus. Summa quæstionis hæc est, quæ sit in hac lege *sola testatio*, quæ sine aliis adminiculis nullius esse momenti dicitur. Protulit Azo interpretationes sex, quas glossa recenset hoc loco. Prima hæc est, ut sola dicatur, quæ non habet juramentum testis, quod nominatim, desideratur in *l. jurisjurandi* 9. *pr. C. hoc tit.* Secunda, quæ coram judice facta non est, contra id quod constitutum in *nov.* 60. *cap.* 2. Tertia, quæ non est con-

(*c*) *Sola testatione prolata.* Si non omnis sermonis elegantia tempore editi hujus rescripti perierit; profectum ab Impp. crederem *solam testationem prolatam, nec aliis legitimis adminiculis caussâ approbatâ &c.* Nam quæ sequuntur, *nullius esse momenti, certum est*, multo rectius prædicantur de *testatione*, quicquid denique per *testationem* intelligas, quam de ipsa caussa. Nec enim caussa, ex qua agitur, dici potest nullius momenti esse, nisi per leges sit invalida. Quid autem tunc attinet de probatione ejus sollicitum esse? Enimvero id, quod probationis ergo profertur, nempe testatio sola, recte dicitur nullius esse momenti, hoc est, nullam facere fidem.

confirmata ſententia judicis, *quid enim*, inquit Odofredus, *prodeſt, ſi teſtes deponant, & judex non pronuntiat.* Quarta, quæ proteſtatio, ut vulgo loquuntur, partis tantum eſt, de qua gloſſa in *l.* 6. §. *ult. D. de acquir. heredit.* Quinta, ut *ſola* dicatur ante publicationem. Sexta, ut *ſola* ſit, in qua cauſſam, vel rationem ſui dicti teſtis non reddit. Eſt & ſeptima Bartoli, ut *ſola teſtatio* hoc loco dicatur non facere ſemiplenam probationem, ſed abſolute nullius momenti ſit. Adnotatur octava D. Cujacii interpretatio, ut *ſola teſtatio*, ſit nuda & privata, quæ obſignatores non habet. Sed ut ingenue dicam, nullam ex his reperio, quæ animo meo faciat ſatis, nam quod ad priores attinet, apparet Azonem, quem gloſſa ſequitur & veteres interpretes accipere teſtationem pro ea depoſitione, quæ fit in judicio, & actis ſive geſtis forenſibus & publicis conſignatur: hanc ſolam non probare in cauſſa, quæ teſtibus confirmari poteſt, perinde eſt, ac ſi quis diceret, geſtorum teſtificationem ut loquitur *l.* 1. *C. de fatisd.* nullius eſſe momenti, quod cum falſum eſſe animadverterent, vitia quædam adnotarunt, quibus etſi careat hæc teſtificatio, tamen ſemper ſola eſt per ſe, ut puta, quamvis teſtes juraverint, vel judex ipſe teſtes examinaverit, & auditionem teſtium non delegaverit, quam male cenſent delegari non poſſe, ut conſtat ex *l. judices* 18. *C. de fide inſtrument.* & quamvis teſtes reddant rationem depoſitionis ſuæ, teſtificatio quoque ſola eſt. Ridiculum quoque eſt, quod vult tertia interpretatio, *ſolam* eſſe ſine ſententia, imo hæc ſola ſufficit, ut ſecundum eam judex ſententiam ſuam proferat; nec felicior eſt quarta, quia conſtat, proteſtationem plerumque plenam fidem facere, ſi quis teſtetur, vel, ut loquuntur, proteſtetur, quo animo id faciat. *l.* 14. §. *interdum* 7. *in fin. D. de relig. & ſumptib. funer.* Quinta vero eſt contra verba, quia lex ait, teſtationem fuiſſe prolatam, ergo fuit publicata. Sextam Azo ipſe repudiavit, ut conſtat ex apparatu ad hanc legem, quia non hoc neceſſario deſideratur, teſtem reddere rationem depoſitionis ſuæ. Septima Bartoli eſt contra verba & legis ſententiam, quia lex non ſimpliciter ait, ſolam teſtationem nullius momenti eſſe, ſed addit *ſine aliis adminiculis.* His igitur explosis expoſitionibus, quas non convenire litteræ ex veteribus bona fide Albericus agnovit, videamus, quid proprie ſit hoc loco *teſtatio*, quod D. Cujacius, de cujus ſententia infra dicam, non ignoravit. Teſtari dicitur is, qui teſtes adhibet ad aliquem actum, ita enim hoc verbum accipiendum eſſe in *l. curent.* 22. *D. hoc tit.* recte contra veteres Duarenus docuit *lib.* 1. *Diſput. Anniverſ. cap.* 30. unde teſtatio dicitur illa pars teſtamenti, in qua teſtator hæc verba pronuntiat: *Vos, Quirites, teſtimonium perhibetote.* apud Ulp. *lib. ſing. reg. tit. de teſtam.* XX. §. 9. quod in cæteris negotiis gerundis, & contractibus obſervatum fuiſſe, docent hi Ovidii verſus *lib.* 4. *de Ponto, Eleg.* 15. *vſ.* 11. qua elegantiſſimus poëta profitetur, ſe debere ſalutem & omnia Sexto Pompejo.

Confiteor, teſtere licet, ſignate, Quirites,
Nil opus eſt legum viribus, ipſe loquor.

Tabulis enim, quas de re geſta conficere ſolebant, teſtes ſubſcribebant & ſigna-

bant easdem, ut docet notissimus Suetonii locus in *Julio Cæsare c.* 20. *ut nonnulli urbanorum, cum quid per jocum testandi gratia signarent, non Cæsare & Bibulo, sed Julio & Cæsare consulibus, actum scriberent.* Cui obsignationi & testationi certam formam dedit Senatusconsultum, quod Neronis temporibus factum fuit, eodem Suetonio teste in *Nerone c* 17. de quo Paullus noster *lib.* 5. *sent. tit.* 25 §. 6 *Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quæ publici, vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus, ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur, atque impositum* (d) *supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ* (e), *fidem interiori servent.* Exteriores scripturas vocat subscriptiones testium, quibus rem ita gestam fuisse, ut iis tabulis est exaratum, testes profiteantur, & hoc sensu ab Ulpiano dicuntur testes testationes consignare, in *l. moris* 9. §. *solet* 5 *D de pœnis.* quæ tamen forma non semper fuit observata, sed instrumentis ipsis eodem tenore testes suscribebant, ut licet colligere ex *l. un.* §. *sancimus* 1 *C. de Latin. libert. toll. Si quis*, inquit, *per epistolam suum servum in libertatem perducere maluerit, licebit ei hoc facere, quinque testibus adhibitis, qui post ejus litteras sive in subscriptione positas, sive per totum instrumentum effusas, suas litteras supponentes, fidem perpetuam possint chartulæ præbere*, & in § seq. *& hoc sive inter acta fuerit testificatus, sive testium voces attestationem sunt amplexæ, & litteras tam publicarum personarum, quam testium habeant.* Ex his apparet, testationem (f), vel attestationem esse partem

(d) *Inpositum.* legendum esse *impositæ*, ad hunc Paulli locum jam monuerunt Rittershusius, Schultingius, & ab hoc allegatus Salmasius.

(e) *Exteriores scripturæ.* subscriptiones testium in exteriore tabularum parte fuisse collocatas inauditum viris insignibus (nedum mihi) Salmasio & Schultingio, quorum uterque & in his Paulli verbis vitium scripturæ olfecit. Schultingius autem propositis Salmasii conjecturis, quas hic describere nihil attinet, locum ita restituit, *ut exteriores cera scripturæ fidem interiori servent.*

(f) *Ex his apparet testationem &c.* Testationem vir Amplissimus C. van Bynkershoek *Obs.* III. 18 esse ait, quodcumque rei, de qua agitur, testandæ caussa componitur. Cl. autem Schulting. *ad Collat. ll. Mosaic. & Rom. tit.* VIII *not.* 12. scripturam testibus munitam ob *l.* 7. *pr. D. de sponsal. l.* 2. *D. de fœn. naut. l.* 22. *pr. D. ex quib. causs. maj. l.* 9. § 5 *D. de pœn.* Recte, me judice, Janus a Costa paullo ante ex Paullo: *testatio est nuncupatio*, nempe hominum præsentium in memoriam ejus, quod fit, aut dicitur. Sed, quemadmodum *testari* non solum notat *testem facere*, sed & *testem esse*, ita & *testatio* ex parte ipsius testis accipitur pro actu testimonii perhibendi, vel, si mavis, pro testimonio ipso. Ita accepta testatio natura sua scripturæ expers est, unde testatio sine scriptis occurrit in *l.* 4. *D. de fid. instrum.* plerumque tamen referebatur in tabulas: quamobrem *testatio interposita*, & *sine scriptura* invicem opponuntur in *l.* 7. *pr. D. de sponsal.* ita factum, ut ipsæ tabulæ, quibus testes declarabant, quæ vidissent, vel audivissent, dicerentur, *testationes.* hinc *testationes consignare* in *l.* 9. §. 5. *D. de pœn. recitare* in *l.* 21. *D. de his qui infam. not. proferre*, in hac nostra lege 4. Consignatio fiebat, cum ab illis, quorum testimonium erat, tum præterea ab aliis, nihil nisi hoc esse illorum testimonium declarantibus, ut constat ex Quintil. *Inst. Orat.* v. *c.* 7. *in init.* ita exornatæ testationes, sive tabulæ non mediocrem fidem in judiciis faciebant: unde & Quintil. *d. c.* 7. eas committit cum testibus, & Cicero in orationibus, præ-

tem inſtrumenti, quod ad fidem faciendam ex communi conſenſu partium conficitur, in quo conſcribendo hi, quorum res agitur, præſentes ſunt, & hoc

præſertim in Verrem paſſim illis utitur ſub nomine *teſtimoniorum*. Locum autem ex *lib.* v. *in Verr. c.* 39. *iſte in tabellas refert, obſignat ſignis amicorum.* ita exhibet Salmaſius ad jus *Att. & Rom. c.* 30. *pag.* 810. *ipſe in tabellas &c.* rectius, opinor. Nam & eo nomine notatur Verres, quod teſtibus ipſis non permitteret ſua cuique teſtimonia ſcribere, nec amicis ſignare, ſed ipſe, pro quo teſtimonia edebantur, hæc omnia perageret, quo caſu teſtationes illæ nullius momenti erant, ut ex his, quæ ibi ſequuntur, patet. Primus Hadrianus in cauſſa criminali teſtibus, non teſtimoniis credere ſe, reſcripſit. *l.* 3. § 3. *D. de teſtib.* ex quo tempore invaluit, ut in talibus cauſſis teſtes, licet ſcriptum teſtimonium edidiſſent, nihilominus in judicio præſentes interrogarentur *l.* 2. *l.* 3. §. 4. *D. de teſtib.* & ut inviti adeſſe cogerentur, id, quod in civilibus ſanxit Juſtinianus per *l.* 16. *C. hoc tit.* de qua vid. Cujac. *Obſ.* VIII. 13. unde conjici poteſt, in cauſſis civilibus ad id usque tempus teſtimoniorum fidem illibatam manſiſſe. Nec tamen hoc probatur per *l.* 27. *pr. D de rei vind.* nam *teſtatione probare*, ibi non ſignificat, ſcriptis teſtimoniis judici fidem facere, ſed *in re agenda*, hoc eſt, eo tempore, quo alius ſe poſſidere dicit, coram teſtibus profiteri animum conveniendi hunc potius, quam Titium, quocum acturus fuiſſet. vid A. Fabrum in *Rational.* adeoque *teſtatione probare* illic, ut & in *l. ult.* §. 5. *D. de cuſtod. reor.* idem eſt, ac *teſtatione complecti* in *l.* 22. *pr. D. ex quib. cauſſ. maj. teſtatione manifeſtum facere* in *l.* 3. *pr. D. de concub. in teſtationem referre* in *l.* 8 §. 1. *D. de oper. nov. nunt.* Hæc, utcumque a me digeſta, hauſi pleraque ex Salmaſ *ad jus Att. & Rom. c.* 30. cui tamen *pag* 808. non adſentior de tertia ſignificatione verbi *teſtari*; nam qui Deum hominesve teſtatur, ſimul coram Deo hominibusve aliquid declarat: proinde tertia illa ſignificatio ineſt ſecundæ. Nec magis agnoſco diſcrimen, quod ille *p.* 777, 778. & 780. inculcat, quaſi *teſtimonia* ſint ſingularium teſtium, *teſtatio* vero plurium; nam & Cicero in *Verr.* III. *c.* 42. dixit *teſtimonium Thermitanorum* & *lib.* IV. *c.* 24. *Archagati & Lentuli teſtimonium*, & Paullus in *l.* 21. *D. quib. ex cauſſ. inf. irr. teſtationem* & *teſtimonium* promiſcue adhibet. Male quoque vir doctiſſimus *ibid. pag.* 775. *in init. teſtationem* in *l.* 3. *C. ſi ex falſ. inſtrum., vel teſtim.* accipi poſſe putat pro inſtrumento teſtium ſignis confirmato, cum tamen ipſe paullo ante dixerat, & recte dixerat, *teſtationem* ibi ſignificare tabulas teſtimoniorum ſcriptorum. Nimirum *teſtatio*, *teſtimonium* nusquam, quod ſciam, ponuntur tam late, ut quælibet inſtrumenta comprehendant, quamvis ſecundum *l.* 1. *D. de fid. inſtrum.* inſtrumenti nomen in *d. l.* 3. ſe porrigat ad teſtimonia ſcripta. Illud multo minus ferendum, quod idem Salmaſius *ibid. p.* 779. in *l.* 1. *D. de teſtib.* per teſtimonia, quorum uſus ibi frequens & neceſſarius dicitur, intelligat teſtimonia ſcripto conſignata, teſtibus oppoſita. Nam Arcadii Chariſii verba adoptans Juſtinianus non potuit illa teſtimonia, quæ partim Hadrianus Imp. e foro abegerat, vel certe fidem iis denegarat *l.* 3. §. 3. *D. de teſtib.* ab utilitate & neceſſitate commendare. Itaque omnino intellige teſtimonia, a præſentibus teſtibus viva voce edita, vel, quod eodem redit, teſtes ipſos, ut recte Cl. Noodt in *Comm. ad tit. D. de teſtib in init.* Nec aliter *pag* 787. debuiſſet accipere *teſtimonia* in *leg. ſeq.* ceteroquin inde inferri ibi non poſſet, *teſtes*, *adverſus fidem teſtationis ſuæ* (hoc eſt, teſtimonii antea ſcripto editi) vacillantes, audiendos non eſſe. Nihil etiam cauſſæ video, certe nihil affert Salmaſius *d. p.* 787. cur *teſtari* in *l.* 22. *D. de teſtib.* potius denotet *teſtimonium per tabulas dare*, quam *rem in teſtatum redigere.* quæ eſt explicatio Heraldi, ab eo notati. Porro quis concoquet, quod idem *p.* 791. ſcribit, teſtationem in *l.* 7. *pr. D. de ſponſal.* & in *l.* 3. *D de concub.* accipi debere pro inſtrumento dotali, nuptiali. Utrobique profecto ſignificat nihil aliud, niſi declarationem coram teſtibus factam, quæ, licet in ſcriptum referatur,

hoc agunt, ut in veteri inſtrumento venditionis ædium, quo Paſcutius quidam vendit ædes ſuas Segnitio Funeſtillo, *hæc uti vera ſunt ſciens volensque ſuæ ſpontis atque ex convento uterque agitis, meque ut ſcribam rogatis, teſtes adſunt more adſciti rogatique, viri utique probi.* Hanc autem ſcripturam perfectæ auctoritatis jam eſſe diximus in lege 1. nec adverſus talem teſtationem admitti poſſe alios teſtes; continet enim confeſſionem & conventionem utriusque partis præſentis: aliud eſſe dicendum de teſtatione, quæ privatim fit, non communiter, id eſt, una tantum parte adhibita, vel ad petitionem unius partis, diximus

differt tamen ab inſtrumento de re geſta conficiendo: nam huic ſubſcribere contrahentes debent, ejusmodi vero teſtimoniis, utut ſcripto exaratis, ſoli teſtes. Illud non male, quod idem Salmaſius *p.* 792. *teſtationes* in *l.* 9. § 3. *D. ad leg. Corn. de falſ.* expon't teſtificationes, quibus teſtes fiunt præſentes ad rem, de qua agitur, probandam, declarandam. Nimirum teſtatio, ex parte teſtium conſiderata, ut ante dixi, eſt actus teſtimonii perhibendi, ſeu actus animi teſtium, ad id, quod geritur aut dicitur, intenti. Hinc fluxit *teſtationem facere*, hoc eſt, animi præſentiam negotio accommodare, &, ut verbo dicam, tanquam teſtem negotio intereſſe. Nec tamen improbo, quod idem Salmaſius *pag.* 810. *teſtationem facere* explicet, id, quod teſtes pro teſtimonio dixerint in tabulas referre, ſed hanc ſecundariam ſignificationem puto, ut ſupra de priva voce *teſtatio* monui. Cumque nullus dubitem, quin Martianus in *l.* 1. *pr.* & Ulpianus in *l.* 9. §. 3. *D. ad leg. Corn. de falſ.* & in *Collat. legg. Moſ. & Rom. tit.* VIII. §. 7. verba *falſas teſtationes faciendas* invenerint in ipſo SCto, ad legem Corneliam condito ſub initium principatus Tiberii, adeoque florente adhuc Latinitate, facile adducor, ut locum ex Collatione, LL. Moſaïc. & Rom. *Qui falſas teſtationes faciendas, teſtimoniave falſa invicem dicenda aut conſignanda curaverit*, ſecundum morem dicendi priſcum & germanum, ita intelligam: *Qui curaverit, ut teſtes falſo negotio præſentiam accommodarent, aut falſum teſtimonium dicerent, aut ſcripto editum conſignarent.* Viden' tres falſi ſpecies, omnes quidem ad falſum teſtimoniorum pertinentes, ſed tamen diſtinctas a ſe invicent, & in SCto artificioſe cumulatas, quarum prima committitur extra judicium, & ſine ſcriptura; altera in judicio absque ſcriptura; tertia extra judicium, ſed non niſi teſtimonio in ſcriptum redacto? Eodemque modo eandem locutionem ex mente JCtorum, quin imo ipſius Senatus capio in *d. l.* 1. *pr.* & in *d. l.* 9. §. 3. Quod autem in his locis tertia ſpecies, nempe conſignatio, omittitur, factum a Triboniano arbitror, vel quia ejus ætate teſtimonia ſcripto conſignata non amplius frequentabantur, vel quia hæc pro ſui ævi Latinitate per ipſas *teſtationes* intellexerit. Scio equidem Heraldum *de Rer. Jud. Auct. lib.* 1. *c.* 6. pro *teſtimonia* in *d. l.* 1. *pr.* legere *teſtamenta* propter ipſum, quem tractamus locum *ex Collat. legg. Moſaïc. & Rom.* ubi vulgo itidem pro *teſtimonia invicem dicenda* legitur *teſtamenta &c.* Heraldoque, quantum ad *l.* 1. *pr.* attinet, ob auctoritate Baſilicorum ſuffragatum nuper, certe non refragatum eſſe Cl. H. Cannegieter in *Comm. ad Coll. legg. Moſ. & Rom. c.* XVI. *p.* 204. ubi & locum ex *Collatione* ita refingit *teſtamenta, teſtimoniave falſa invicem dicenda aut conſignanda*, ut nempe τὸ *dicenda* referatur ad proximum *teſtimonia*; τὸ *conſignanda* ad remotius *teſtamenta.* Quibus admiſſis non eſt, quod ſolliciti amplius ſimus de differentia inter *falſas teſtationes faciendas*, & *teſtimonia falſa conſignanda.* Enimvero Heraldum jam antea hac parte refutaverat A. Schultingius, idque ejusmodi argumentis, quæ & ex dicto *Collationis* loco *teſtamenti* mentionem plane proſcribunt. Reliqua, quæ viri docti ad dicta Martiani, & Ulpiani loca conjecerunt, ſub examen revocat idem Schultingius ad *dict. Collat. loc. net.* 12, 14, 15.

mus ſupra in *l. 5. de probat.* ubi teſtatio privata dicitur ad differentiam communis teſtationis. Eſt igitur imperfecta ſcriptura, quam ſolam, hæc lex ait, non facere plenam fidem, continet enim teſtationem, vel atteſtationem ſine confeſſione, & expreſſa conventione utriusque partis præſentis, ideoque alia adminicula deſiderantur, ut de inſtrumentis domeſticis dicitur in *d. l. 5.* & quamvis hæc teſtatio alios quoque teſtes, ſive obſignatores habeat, confirmandæ hujus ſcripturæ cauſſa adhibitos, hanc tamen *ſolam* eſſe dicam, quia de re ipſa hi teſtes nihil teſtificantur, ſed de fide ſcripturæ, quæ in ſpecie hujus legis in dubium non revocatur, ſed dicitur non facere plenam probationem: fuit olim, fateor, auctoritas ſumma harum teſtationum, ut ex multis auctorum locis jam notatis obſervare licet. Sed ut, quod olim obtinuit in privatis rationibus, quos inter legitimas probationes recenſet Gellius *lib.* XIV. *cap* 2. poſteriorum Principum reſcriptis immutatum fuit, poſtquam ſumma veterum fides deficere cœpit: idem quoque dicendum eſt de his teſtationibus, quas propter teſtium facilitatem ſimpliciter admittere, eadem ratione periculoſum fuit, ideoque minor eſſe cœpit fides teſtimoniorum, quæ recitari ſolent, ut Adrianus Gabinio reſcripſiſſe dicitur in *l.* 3. §. 4. *D. hoc tit.* hæc igitur ſola teſtatio alia adminicula deſiderat, argumenta puta, vel indicia, ut in *l. indicia* 19. *C. de rei vind.* vel adminiculum jurisjurandi, ut in *nov.* 73. *cap.* 4. (*g*), id eſt, præbet hæc teſtatio judici occaſionem deferendi jurisjurandi, quod judiciale dicitur, ut in *l. admonendi* 31. *D. de jurejurando*, & defertur propter inopiam probationum *l. actori* 8. *C. de reb. creditis, & jurejurando.* id eſt, ſi non ſufficiant probationes, non ſi nullæ omnino ſint probationes. Defertur enim, ſi ut interpretes loquuntur, ſemiplena probatio ſit.

Hoc eſt, igitur, quod hæc lex ait, *ſola teſtatione prolata*, (ſic enim legendum eſſe non dubito) *nec aliis adminiculis cauſſam approbatam nullius eſſe momenti*, certum eſt, ſcripturam, quæ ſolam teſtationem continet, non eſſe inſtrumentum, quod plenam probationem conſtituat, & ea ſola prolata, cauſſam eſſe aliis adminiculis adjuvandam, eſt enim teſtatio veluti pars inſtrumenti perfecti, quæ ſola non ſufficit, ut in ſpecie *l. mutuæ* 14 *C. ſi certum petatur*, quam vulgus interpretum non intellexit, ſi quis ea mente ſubſcripſit alieno chirographo, ut ſe obligaret, & ex cauſſa mutui eadem obligatione teneretur, tamquam reus debendi, non eſt obligatus ex ſola ſubſcriptione, nec in ſolidum, nec pro parte, quia nec rebus fuit obligatus, cum pecunia dicatur aliis tradita, nec verbis, quia non fuit interpoſita ſtipulatio, nec potuit obligari conſenſu, quia hic contractus ex conſenſu nudo ſubſtantiam non capit, non eſt obligatus ſcriptura, vel literis, aut chirographo, quia ſubſcriptio non eſt perfecta ſcriptura, quæ hanc obligationem conſtituat, ſed pars ſcripturæ, vel chirographi, quæ ſola obligare non poteſt, & hoc tantum receptum

(*g*) *Vel adminiculum jurisjurandi, ut in Novell.* 73. *c.* 4. In hac Novella non teſtatio, hoc eſt, ſcripta rei geſtæ ſeries a teſtibus privatim edita, ſed ipſa ſcriptura debitoris, manum abnegantis, dicitur jurijurando velut in re dubia locum facere. Et ſane ſi ſola teſtatio jurijurando a judice deferendo locum faceret, non eſſet ea nullius, ut Impp. ſcribunt, ſed ſatis magni momenti.

ptum est jure singulari, si quis mutuam pecuniam accipiat ab argentariis propter utilitatem publicam, hujus publici officii, ut ex sola subscriptione teneatur, ut nominatim scriptum est in novella *de contractibus argentariorum* CXXXVI. *c* 5. quemadmodum igitur pars chirographi, id est, sola subscriptio non sufficit ad constituendam obligationem, ita quoque testatio sola, quæ pars est instrumenti, plenam probationem constituere non potest. Hæc est, opinor, vera interpretatio hujus legis quartæ.

Ad Leg. 5. *C.* de testib.

IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. CANDIDO.

Eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ & potentatui fidem religioni judiciariæ debitam possint præponere.

Pertinet hæc lex ad officium judicis, quod consistit in examinanda fide testium, ut *lib.* 4. *de cognitionibus.* Callistratus scripsit, ex quo sumpta est lex 3. *D. hoc tit.* In teste vita, dignitas & mores spectantur, ait Harmenopulus *lib.* 1. *tit.* 6. ideoque si quidam existant homines faciles & leves, turpi obsequio grassari soliti, ut loquitur Horatius, qui gratiosis & potentibus placere & gratificari studeant, quod, ut Comicus ait, non fit ex vera vita, neque adeo ex æquo & bono, sed assentando: vel adeo meticulosi, ut potentatui omnia deferant; tales, inquam, testes, qui, ut Odofredus recte notat hoc loco, modo in hanc, modo in alteram partem facile trahuntur, adhiberi non oportet, id est, frustra adhiberi, his enim fides non habetur. Sic enim recte hanc legem Græci interpretantur: his testibus, qui ob gratiam, vel potentiam alicujus testimonium perhibent, fides non habetur. Sunt quidam, quibus etsi testimonii dictio nominatim non interdicatur, eorum tamen fides minor, aut nulla est, quod diligenter perpendere debet religio judicis, ut eleganter ait *l. quæsitum* 13. *D. hoc tit.* & quia hæc lex ait, testimonium carere debere suspicione gratiæ, quærunt hoc loco interpretes, an amicus pro amico testimonium ferre possit? quod hæc lex negare videtur, juncta *l. ob carmen* 21. §. *ult. D. hoc tit.* secundo, id disertis verbis scriptum videtur in dicta *l.* 3. *in principio.* ubi Jurisconsultus ait, videndum esse, an testis sit inimicus ei, adversus, quem testimonium fert, vel amicus ei, pro quo testimonium dat; & in hanc rem quoque utuntur quidam hoc tertio argumento: Nemo potest esse testis in re propria *l. omnibus* 10. *C. hoc tit.* atqui amicus est alter idem, ut vulgo dicitur, & amicorum omnia communia, ergo amicus non potest esse testis in caussa amici, sic enim videtur esse testis in re propria. Contra tamen dicendum est, amico ipso jure interdictum non esse testimonium, nec hæc lex nominatim dicit, amicum non posse esse testem, sed eum, qui non potest præponere veritatem gratiæ aut potentatui, quod amicus præstare potest, si amicus sit vir probus, & integer, & quod ait *d. lex* 3. perspiciendum esse, an testis sit amicus, non excludit omnino amicum a testimonii dictione, sed hoc pertinet

net ad quæſtionem, & cognitionem illam, in qua generaliter quæritur, quanta fides ſit habenda teſtibus, ut, cum ait, quærendum eſſe, utrum teſtis decurio, an plebejus ſit, non ideo plebejum excludit a teſtimonii dictione, ſed quia minorem fidem facit, quam decurio, ideoque maxime & præcipue adhibentur teſtimonia nobilium, ut in Quintiana M. Tullii, in qua vulgo omnes libri cap. 6. *tabulæ maximæ ſignis nobilium hominum ſubſcribuntur*, ubi legendum eſſe *maxime*, non dubito, id eſt, *præſertim*, ut loquitur lex 1. *D. hoc tit.* nobilioribus enim potius fides adhibetur, ait lex 9. *C. hoc tit.* &, quod objiciunt tertio loco, amicum videri teſtem eſſe in re propria, nemo non videt eſſe nugatorium, quia id tantum locum habet in perfecta amicitia, quæ fingi quidem, non reperiri poteſt; & ejusdem forma eſt argumentum, quo Baldus utitur, ut contra probet, amicum poſſe eſſe teſtem, quia, inquit, ſecundum Ariſtotelem, amicus amico bonum cupit: non cuperet autem bonum, ſi vellet, eum falſo teſtimonio lucrum conſequi. Concludamus igitur, hoc quidem in hanc cognitionem non venire, utrum teſtis ſit amicus, ſed qualis ſit amicus & quantus, ſecundum communem interpretum ſententiam, quæ confirmatur *d. l.* 3. nam poſtquam dixit, inſpiciendum eſſe, utrum teſtis amicus, an inimicus ſit, ſubjicit, teſtimonium admittendum eſſe, ſi careat ſuſpicione, vel propter perſonam, a qua fertur, quod honeſta ſit, vel propter cauſſam, quod neque lucri, neque gratiæ, neque inimicitiæ cauſſa fit, Quintilianus: *Inſtit. Orat. lib. 5. cap. 7. nec tamen protinus ceſſerit orator, quominus & amicus pro amico, & inimicus poſſit verum, ſi integra ſit ei fides, dicere.* Amici teſtimonium, vel nullum, vel parvum, vel idoneum eſſe poteſt, habita ratione perſonæ, & amicitiæ: in amicitia enim multi ſunt gradus, ut pluribus Alexander docet Conſilio 78. lib. 1.

Ad Leg. parentes 6. *C.* de teſtib.

IIDEM AA. ET CC. TERTULLO.

Parentes & liberi invicem adverſus ſe, nec volentes, ad teſtimonium admittendi ſunt.

In hac lege Impp. Maximianus & Dioclet. uſurpant verba Paulli, quæ exſtant *lib.* v. *ſent. tit.* 15. §. *adverſus* 3. *Parentes, & liberi invicem adverſus ſe, nec volentes, ad teſtimonium admittendi ſunt.* Pro ſe non eſſe admittendos certum erat, ſed dubitari potuit, utrum adverſus ſe, ſi non inviti, ſaltem volentes admitti poſſint? & obtinuit, non poſſe admitti; rationem Paullus ſubjicit, *quia rei veræ teſtimonium neceſſitudo perſonarum plerumque corrumpit* (*b*). Quod igitur ait *parentes & liberi* generaliter accipere debemus, cujus-

(*b*) Digna homine philoſopho ſententia, eo præſertim, qui, cognitis ſapientiæ civilis præceptis, mentis humanæ peritiam diuturna rerum forenſium tractatione ſibi quæſivit. Profecto in utramvis partem, ſive invitos cogas parentes liberosque, ſive volentes ad teſtimonium contra ſe invicem dicendum admittas, ingens periculum eſt, ne rei veræ teſtimonium neceſſitudo perſonarum corrumpat: nam ſicut in de-

juscumque gradus & sexus sint, ut in *l.* 4. §. *parentem* 2. *D. de in jus voc. l. appellatione* 51. *l. liberorum* 220. *D. de verb. sign.* imo naturales parentes & liberos, in quibus eadem necessitudinis & affectionis ratio manet, contineri hac lege non dubito, & liberi quidem parentibus naturalibus reverentiam debent. *l.* 6. *D. de in jus voc.* cujus quoque respectu existimo, liberorum adversus parentes testimonium non admitti, ut libertorum adversus patronos, de quibus dicendum erit in *l. libertorum* 12. *C. hoc tit.* Emancipatos quoque liberos ad testimonium admitti non posse; plusquam manifestum est, manet enim post emancipationem, necessitudo, nec in hac parte ulla ratio habetur potestatis. Sed objiciunt §. *in testibus* 9. *Institut. de testam. ordinandis.* ubi filius non potest esse testis in testamento patris, si in sacris paternis sit constitutus, unde a contrario sensu videtur colligendum necessario, post emancipationem filium posse esse testem, soluto vinculo patriæ potestatis, hoc speciale est, inquit Accursius, in testamento, hoc enim casu non tam pro testatore, quam pro herede testimonium profert. Qui Accursii solutionem non probant, (quia in *l. qui testamento* 20. §. *quæ autem* 3. *D. qui testam. facere poss.* dicitur nominatim, hoc locum non solum habere in testamentis, sed etiam in omnibus testimoniis, ubi aliquid geritur, per quod acquiratur,) existimant cessare hoc casu, ut & multis aliis, argumentum a contrario sensu, quod non placet, & liquido animadverto, separandum esse testimonium, quod quis præstat in testamento, vel in contractibus ad fidem rei gestæ, a testimonio, quod præstatur in judicio. In testamento eorum, qui in potestate sunt, testimonium non fuit admissum, reprobatum est ea in re domesticum testimonium propter rationem unionis personarum, quam Theophilus in *d.* §. exposuit fideliter. Hoc & in cæteris negotiis, quibus quid acquiritur, receptum est, ut nominatim ait dicta §. *qui autem.* suspectum enim his casibus merito fuit hoc testimonium; at si quid non acquiratur, ut si pecuniam mutuam pater accipiat chirographario instrumento, in quo testes desiderantur, ut in *l. ult. C. si certum petat.* vel si bona sua hypothecæ subjiciat, ut in *l. scripturas* 11. *C. qui pot. in pign. hab.* his casibus & similibus dico, filium etiam in sacris paternis constitutum posse ad testimonium admitti, & valere scripturam subscriptam a filiofam; ergo multo magis emancipatus admitti potest, etiam in testamento, cessante illa ratione propria, propter quam filii in potestate constituti in ea re fuit reprobatum testimonium. In judicio, quod redditur in invitum, prohibentur etiam liberi emancipati alia ratione, scilicet affectionis & reverentiæ,

tractantibus periculosa veritati est naturalis affectio & pietas, qua fit, ut proximum quisque cognatum, præsertim in re criminum, quo proprie Paullus respicit, utcumque sublevaturus sit, ita qui se testimonio contra parentes, liberosve dicendo offert, odium prodit, nec illud vulgare, sed quale inter propinquos, ubi semel insedit, exerceri hodie quoque sæpe videmus, capitale prorsus & implacabile. Neque vero minus veritati, quæ in judiciis, in testimoniis regnare debet, officit animus odio, quam amore incensus. Respexit igitur Paullus, respexerunt hoc rescripto Imperatores animi commotiones in utramvis partem vehementiores, non vero solum amorem. Quid enim si se mutuo oderint? non etiam reverentiam, quippe quam parentes liberis debent omnino nullam.

tiæ, ut initio docui. Eadem facilitate eſſe ſolvendum, exiſtimo, contrarium, quod Bartolus vocat difficile, hoc primus protulit Benedictus Cremenſis, ut Albericus notat hoc loco, ſic autem argumentum conficit: paria ſunt alicui adſcribere in teſtamento & pro eo teſtificari *l. Domitius* 27. *D. qui teſt. fac. poſſ.* ſed pater, qui juſſu teſtatoris teſtamentum ſcribit, quamvis non poſſit, aliquid adſcribere filio, quem in poteſtate habet, tamen poteſt impune adſcribere filio emancipato *l. de eo* 10. *l. impuberem* 22. §. *ſed etſi emancipato* 2. *D. ad l. Cornel. de falſ.* ergo filius emancipatus poteſt pro patre teſtificari, & contra pater pro filio. Primum jam docui, diſtinguendum eſſe teſtimonium, quod quis præſtat in teſtamento, a teſtimonio, quod præſtatur in judicio. Secundo falſum eſt, quod ait, hæc eſſe paria, qui teſtamentum ſcribit, in eodem teſtamento teſtis eſſe poteſt, niſi aliud prohibeat; ſervus enim recte teſtamentum ſcribit, & tamen in teſtamento teſtis eſſe non poteſt. *l. ſervus* 28. *D. qui teſtam. facere poſſ.* Tertio ex SCto Liboniano prohibetur ſcriptor teſtamenti ſibi quidquam adſcribere in teſtamento, eademque ratione prohibetur adſcribere filio, quem habet in poteſtate, quia ejus rei emolumentum ad patrem pertinet, ait dicta lex *de eo* 10. quæ ratio ceſſat in filio emancipato, ex quibus apparet, nihil commune habere hanc quæſtionem de adſcribendo legato cum quæſtione de teſtibus, in qua ratio habetur affectionis, in illa vero habetur ratio commodi. Quod autem ad quæſtionem attinet, quam Albericus, fuiſſe agitatam, ait, in collegio Patavino, actione ceſſa extraneo, utrum filius teſtis eſſe poſſit pro extraneo in hac ſpecie: Titius, filiis præſentibus, Sempronio mutuam pecuniam dedit, negat Sempronius accepiſſe, cum id probare non poſſit, actio eſt inanis, quæritur an, ſi hanc actionem cedat Cajo Titius, filii teſtes poſſint eſſe pro Cajo? Reſponſum quidem fuit a profeſſoribus Patavinis, filios eſſe poſſe teſtes, ſi modo ceſſio fraudulenter facta non ſit, etſi pater nullam evictionem præſtare teneatur; quod, meo judicio, eruditus JCtus Ludovicus Romanus Conſilio 137. recte improbat, quia uti debet is, in quem actio translata eſt, jure cedentis, & eamdem vicem ſubit. *l. Pomponius* 13. §. *cum quis in D. de acquir. poſſ.* in quam ſententiam proclivior ſum, ne aliter obſervantibus hæc lex circumſcribatur, ut in re ſimili eleganter loquitur lex *arbitrio* 18. §. *dolo* 4. *D. de dolo.* nec probare poſſum diſtinctionem, qua quidam utuntur, vel Cajus exercet actionem directam nomine Titii, vel exercet utilem, quam ex conſtitutionibus habet nomine proprio, ut in *l.* 1. *&* 2. *C. de obligat. & act.* primo caſu filii non poſſunt eſſe teſtes: ſecundo poſſunt, quia licet hæ actiones quodammodo diverſæ ſint, ſi formulam, & formam agendi ſpectes, tamen ſunt ejusdem poteſtatis & effectus, ut Paullus nominatim ait in *l. actio* §. 1. *D. de negot. geſtis.*

Ad Leg. nimis grave 7. *C.* de teſtib.

IIDEM AA. ET CC. DIOGENI ET INGENUÆ.

Nimis grave eſt, quod petitis, urgeri partem diverſam ad exhibitionem eorum, per quos ſibi negotium fiat. Unde intelligitis, quod intentionis veſtræ proprias afferre debetis probationes, non adverſus ſe ab adverſariis adduci.

Ait, nimis grave eſſe, urgeri partem adverſam ad exhibitionem eorum, per quos ſibi negotium fiat, quæ verba nemo non videt, eſſe accipienda de perſonis domeſticis, puta, liberis, libertis, aut ſervis, teſtimonii cauſſa exhibendis, ſed cum horum teſtimonia reprobata ſint, ut vidimus in *l. etiam* 3. & *l. parentes* 6. *C. hoc tit.* fruſtra quis teſtimonii cauſſa deſiderat, exhiberi perſonas, quæ teſtimonium ferre non poſſunt adverſus eum, a quo exhibendos eſſe contendit, ideoque valde ſtulta videri poteſt petitio Diogenis & Ingenuæ, quæ in hac lege proponitur; niſi dicamus, quod & in mentem Paulli Caſtrenſis veniſſe reperio, hanc petitionem ita fuiſſe conceptam, quamvis ſuſpecta nobis eſſe poſſint teſtimonia domeſticorum tuorum, & ideo a jure reprobata ſint, volumus tamen ſtare eorum dictis, & te propriis & domeſticis teſtimoniis convincere, qua propter petimus, ut tenearis eos exhibere, quod prima fronte admittendum videtur; ſic enim actor ad incitas probationum redactus, adverſario conditionem jurisjurandi deferre poteſt, & ita quodammodo conſtituere eum teſtem & judicem in propria cauſſa, & ſi nolit hoc admittere, vel referre, manifeſtæ eſſe videtur turpitudinis & confeſſionis, in *l manifeſtæ* 38. *D. de jurejurando.* admittenda quoque videtur hæc conditio, quæ controverſiæ deciſionem defert propriis & domeſticis teſtibus adverſarii, & hujus conditionis recuſatio eadem fere ratione merito ſuſpecta videri poteſt; ſed contra reſcribunt Imperatores, hoc durum & iniquum eſſe, ut in hac civili & forenſi pugna is cogatur porrigere arma adverſario, maximum quidem remedium expediendarum litium in uſum veniſſe jurisjurandi religionem, ut ait lex 1. *D. de jurejurando.* at neque juris civilis, neque æquitatis naturalis rationem hoc pati poſſe, ut ad fundamentum intentionis ſuæ quis ab adverſario teſtes, vel inſtrumenta petat *l.* 9. *l. ult. C. de edendo* quod & Gregorius I. ſecundum hæc jura reſcripſit Recaredo, Regi Viſigothorum in Hiſpania, in *cap.* 1. *extra. de probationib.* quamvis aliquando in proceſſu & progreſſu cauſſæ reus cogatur actori edere inſtrumenta ſua, ut in *l* 1. *C. de edendo l. pen.* §. *ult. D. ad l. Falcid.* & in cauſſa fiſcali. *l.* 2. §. *divus* 1. *D. de jure fiſci.* cum ſcilicet ab inſtrumentis adverſarii actor non repetit caput, vel fundamentum, vel originem petitionis ſuæ, ut certiſſima ſit regula in hac lege propoſita, debere actorem intentionis ſuæ proprias afferre probationes, quæ non vi-

vitiatur exceptione Accurſii ex *l. ſi poſt* 9. *C. de aſſeſſoribus*, nam, ut Alberibus recte obſervat, non cogitur judex poſt depoſitam adminiſtrationem domeſticos exhibere adverſus ſemet ipſum, ſed domeſticos exhibet, contra quos agant Provinciales, ut convincunt hæc verba, *judicibus legibusque tradantur.* Porro ex vera interpretatione hujus legis apparet ſatis, male quosdam eam inducere in hac quæſtione; probatti, me a te pecuniam mutuam accepiſſe tribus teſtibus, quæritur an poſſim uti his teſtibus adverſus te, ut probem, eam pecuniam me tibi ſolviſſe, vel te mihi accepto tuliſſe, vel pepigiſſe, ne ex mutuo quidquam peteres, quod negant ex hac lege, quæ non vult teſtes adverſariis exhiberi; ſed in hac ſpecie neque teſtes, a te producti, ſunt tui domeſtici, neque a te exhibitionem deſidero, imo his uti poſſum *i*), tamquam communibus, & a te jam probatis. *l. ſi quis teſtibus* 17. *C. hoc tit.*

Ad L. ſervos 8. *C.* de teſtib.

IIDEM AA. ET CC. DERULONI.

Servum pro domino, quemadmodum adverſus eum interrogari non poſſe; pro facto autem ſuo interrogari poſſe, non ambigitur.

Regulariter ſervi teſtimonii dictionem non habent. *l. qui teſtamento* 20. §. *ſervus* 7. *D qui teſtam. facere poſſ. l. quoniam* 11. *C hoc tit Nov.* CVI. interrogantur tamen aliquando, quæſtionibus & tormentis adhibitis, ſine quibus viliſſimis perſonis fides non habetur. *l ob carmen* 21. §. *ſi ea* 2. *D hoc tit.* non ſolum in criminibus, ſed etiam in pecuniariis cauſſis. Quæritur, utrum pro domino, vel contra dominum interrogari poſſint, nam, etſi regulariter domeſticorum teſtimonium reprobatum ſit, ut pote ſuſpectum ob gratiam, admittenda tamen videbatur inquiſitio veritatis per tormenta, ſive pro domino, ſive contra dominum, has enim quæſtiones efficaciſſimas eſſe ad veritatem inquirendam, nominatim edixiſſe D Auguſtum, Paullus ait in *l. edictum* 8 *D. de quæſtionibus.* Contra tamen reſcribunt Impp, ſervum pro domino, quemadmodum adverſus eum, interrogari non poſſe, cujus deciſionis generalis ratio hæc eſt, quia perſona domeſtica, neque pro domeſtico, neque adverſus domeſticum fidem facit, ut diximus ad *l. etiam* 3. & nominatim *l pridem* 6. *C. de quæſtionibus*, ait *pridem placuiſſe*, abſtinendum eſſe a domeſtica hac interrogatione, quæſtio enim per tormenta res plerumque fragilis eſt & periculoſa *l.* 1. § *quæſtionis* 23 *D de quæſtion.* nulla igitur differentia conſtituenda eſt hoc caſu inter teſtimonium, quod præſtatur cum tormentis, & teſtimonium, quod præſtatur ſine tormentis, ut occaſione tormentorum admittamus teſtimonia ſervorum pro dominis, vel adverſus dominos, quæ generali illa ratione

(*i*) Vid. infra ad *l.* 17. *C. hoc tit.*

tione omnino rejicienda ſunt. In criminali autem cauſſa eleganti & propria ratione rejiciuntur interrogationes ſervorum adverſus dominos, quia ut Paullus ait *lib. 5 ſent. tit. 16. §. 4.* & in *l. 18. §. ſervo 5. D. de quæſtionib.* in dubiis cauſſis ſalutem dominorum ſervorum arbitrio committi non oportet, hoc autem locum habet etiam in crimine, quod a domino & ſervo communiter admiſſum eſt *l. 1. §. D. Antoninus 5. & §. D. Adrianus 22. D. de quæſtionib.* non ſolum, ſi quis ſervi dominus ſit in ſolidum, ſed etiam, ſi ſervus communis ſit, ut Paullus docet *lib. 5. ſent. tit. 16. §. communis 6.* niſi in caſu notato in fine *l. 13. C. de quæſtionib.* cum ex duobus dominis unus alterum dicitur occidiſſe, & idem obſervatur in eo, qui ſervus eſſe deſiit, in memoriam prioris domini *l. 18. §. ſervus 6. D. eod. tit.* ſed ſubjicit hæc lex, ſervum pro facto ſuo interrogari poſſe, tunc enim in ſe potius, quam pro domino, aut in dominum interrogari videtur, ut Paullus ait *lib. 2. ſent. tit. 17. §. cum probatio 13.* ex quo loco ſumpta eſt lex 7. *D. de probationib.* ubi hic caſus proponitur, qui latius explicandus eſt ejusdem Paulli reſponſo, quod extat in *l. quæro 58. §. ult. D. de ædilit. edicto.* Servus venditus, rebus ablatis, fugit, ſi fugerit ex veteri vitio, locus eſt actioni redhibitoriæ, & ædilitio edicto, quæritur, an hoc probari poſſit reſponſo ſervi? Reſpondet Paullus, ſi & alia indicia prioris fugæ non deficiant, ſervi reſponſo credendum eſſe, & tamen hæc interrogatio & confeſſio ſervi pertinet ad dominum & emolumentum domini, quia confeſſio prodeſt emptori, qui tunc dominus eſt, nocet venditori, qui aliquando fuit dominus, idem quoque contingit in ſimili caſu notato ab eodem Paullo *lib. 5. ſent. tit. 16. §. 1.* ſi ſine cautione per ſervum dominus aliquid commodaverit, vel depoſuerit, vel ſi ſervus commodatum, vel depoſitum acceperit, ut recte Accurſius ſupplet in *l. interrogari 15. C. de quæſtionib.* hoc caſu de ſuo facto ſervus interrogari poteſt, etiam ſi ex ea re commodum, vel incommodum domino creetur, quod receptum fuit hoc colore, quaſi in ſe de facto ſcilicet ſuo potius, quam pro domino, vel adverſus dominum interrogari videatur. Sed magna quæſtio eſt inter viros eruditos hujus ſæculi, utrum, quod hac ratione receptum fuit his caſibus, in cæteris pecuniariis cauſſis, cum aliter veritas liquido non poteſt inveniri, admittendum ſit? quod ex lege *D. Pius 9. pr. D. de quæſt.* dicendum videtur, quia de ſervis generaliter loquitur tam propriis, quam alienis, & conſequenter inferunt, licere igitur & de ſervis alienis haberi quæſtionem, ſicut & de propriis illo ſcilicet caſu, cum aliter veritas inveniri non poteſt, cui non obloquitur lex 1. *in fin. C. eod. tit.* ſi ex fide Haloandrini codicis, & veterum exemplarium, vera lectio reſtituatur, in *pecuniariis vero cauſſis*, ex *inopia probationum ſervos contra dominos interrogari poſſe*, *manifeſtum eſt*, ut eruditiſſime D. Cujacius docuit *lib. 2. Obſ. c. 33. & lib. 20. cap. 28.* & ſi verum amamus, conſtituit dicta lex differentiam inter criminales cauſſas & pecuniarias; in criminalibus ſervi non poſſunt interrogari adverſus dominos, exceptis criminibus majeſtatis, adulterii, & fraudati cenſus; in pecuniariis vero interrogari poſſunt, ex probationum inopia, cum ſc. alia ſuppetunt indicia, ut in *d. l. quæro 58. §. ult. D. de ædil. edict.* non, deficientibus omnibus probationibus, non in egeſtate, ſed in paupertate, & inopia probationum, ut de jurejurando judiciali nominatim dicitur

tur in *l. 3. C. de reb. cred. & jurejur.* aliud eſt inopia, aliud defectus probationum: defectus eſt, ſi nullæ ſuppetant probationes, nulla indicia, nulla argumenta; inopia eſt, ſi quidem ſuppetant probationes, ſed ancipites aut parum idoneæ, quo caſu quemadmodum judex ab uno litigatore jusjurandum poteſt exigere in dubia cauſſa, ut loquitur lex *admonendi* 31. *D. de jurejur.* ita quoque eadem æquitatis ratione ſervus interrogari poteſt adverſus dominum. Addenda eſt & alia notiſſima exceptio de delictis domeſticis, quorum veritas per extraneos teſtes inveniri non poteſt ex *l. conſenſu* 8. § *ſervis* 6. *C de repudiis & l.* 22. *C de adminiſtrat. tut. l. ult. C. ad leg. Cornel. de ſicariis*, & eadem eſt ratio *l ult.* §. *licentia* 10. *C. de jure deliberandi*, ſi de bonis defuncti quid ab herede ſubreptum fuiſſe, creditores contendant.

Ad Leg. jusjurandi 9. *C.* de teſtib.

IMP. CONSTANTINUS A. AD JULIANUM PRÆSIDEM.

Jurisjurandi religione teſtes, priusquam perhibeant teſtimonium, jam dudum arctari præcepimus, & ut honeſtioribus potius teſtibus fides adhibeatur. §. 1. *Simili modo ſanximus, ut unius teſtimonium nemo judicum in quacumque cauſſa facile patiatur admitti. Et nunc manifeſte ſancimus, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi præclaræ Curiæ honore præfulgeat.*

Ait, jurisjurandi religione teſtes, priusquam teſtimonia perhibeant, eſſe arctandos, quod eſſe ex vetuſtiſſimo jure nemo neſcit, ex M. Tullio in *Orat. pro Cæcina c.* 10. *& Fontejo c.* 7. & Aſconio in Verrina 3. Ait, inquam, *priusquam*; & ideo faceſſere jubet ſententiam eorum, qui contra tam manifeſta verba cenſent, valere teſtificationem, ſi poſt eum teſtis juraverit, quamvis in continenti; debet enim omnino præcedere juramentum, nec valere poteſt, quod contra præſtitutam a lege formam factum eſt, imo nullum eſt ipſo jure. *l. non dubium* 5. *C. de legib. & conſtitut. principum*, & recte Anianus, Codicis Theodoſiani interpres, ad hanc noſtram legem *Cod. Theod. tit. de fide teſtium & inſtrumentorum* (*k*), teſtes, priusquam de cauſſa interrogentur, ſacramento eſſe adſtringendos, ut jurent, ſe nihil falſi eſſe dicturos, quo jure hodie utimur, nec prævalere potuit contraria ſententia, quæ hac ratione utitur; ineſſe videri, quod in continenti adjicitur *l.* 7. §. *quin imo* 5. *D de pactis.* hoc enim verum eſt, ſi modo neceſſario præcedere non debeat.

l. ſi

(*k*) Quæ eſt lex 3. C. Th. ejus tituli.

l. ſi quis mihi bona 25. §. *juſſum* 4. *D. de acquir.*, *vel omitt. hereditat.* Id autem profitetur Conſtantinus, ſe antea conſtitutione quadam conſtituiſſe, & iterum diligentius conſtituere, ut Ulpianus *lib. ſingulari reg. tit. de legatis* XXIV. §. 28. quod a Divo Nerva introductum fuerat, poſtea a D. Adriano diligentius conſtitutum fuiſſe, ſcribit. Deſiderat igitur diligentem hujus juramenti obſervationem, & tamen gloſſa, cujus ſententiam confirmaſſe videtur Innocentius III. *in cap.* 39. *extra. hoc tit.* cenſet, hoc juramentum expreſſa partium conventione remitti poſſe, & utitur in hanc rem *l.* 5. *&* 6. *D. de feriis*, quæ etſi die feriato non poſſit jus dici; valere tamen, ait, ſententiam dictam die feriato ex conſenſu partium, ut remitti quoque poſſe conſtat jus, quod de appellationibus, & fatalibus diebus conſtitutum eſt. *l. ult.* §. *ult. C. de temporib. & reparat. appellat.* & regulariter ex regula juris antiqui, juri proprio unicuique renuntiare licet; eleganter enim M. Tullius in *Verr. lib.* 1. *c.* 9. *quod mihi lex mea cauſſa dedit, eo mihi non uti non licebit?* ubi Aſconius hoc temperamentum addit, præſertim, cum inde adverſario nihil poſſit incommodi eſſe, in hoc igitur caſu recte remitti poteſt a partibus juramentum teſtium, quod in gratiam partium introductum eſt. Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe exiſtimo, idemque de hoc juramento dicendum eſſe, quod de juramento calumniæ dicitur *l.* 2. §. *ſed quia* 4. *C. de jurejur. propter calumniam dando.* hoc jusjurandum ex partium colluſione remitti non poſſe, teneri omnino partes, hoc juramentum præſtare, quemadmodum conſtat, ut ait dicta lex 2. *in principio*, juratos judices judicare, juratos advocatos cauſſas orare; quæ cum ſint ex ſolemnibus judiciorum, & ad jus publicum potius pertineant, quam ad privatum, privata conventione mutari non poſſunt. *l. jus publicum* 38. *D. de pactis*, qua ratione Juſtinianus utitur in *d.* §. *ſed quia* 4. & validiſſimum mihi videtur argumentum ductum ab his juramentis a judicibus, advocatis, & partibus in judicio præſtandis, ut idem omnino dicendum ſit de juramento, quo teſtes arctandos eſſe, hæc lex præcipit. Nec me movet, quod arguunt ex *d. l.* 1. *D. de feriis* & *l. ult* § *ult. C. de temporib. & reparat. appellat.* quia his caſibus non juri publico, ſed proprio & privato renuntiatur, ut puta vocatus quis in jus die feriata renuntiat exceptioni, vel ſi, ut loquitur lex 1. §. 1. *D. a quibus appell. non licet*, quis ante ſententiam profiteatur, ſe a judice non provocaturum, renuntiat auxilio provocationis, quod ſibi ex jure communi competit; aliud autem eſt renuntiare formæ, jure publico in judiciis publicis præſcriptæ, & hujus quoque juris, de quo in dd. legibus ratio ſpecialis hæc eſſe videtur, valere has conventiones & renuntiationes, quibus compendio litium proviſum eſt, boni enim prætoris officium eſt, lites reſecare & tollere. *l.* 3. §. *tametſi* 1. *D. de receptis arbitr. l.* 21. *D. de reb. creditis*, & valde notanda ſunt verba *d.* §. *ultimæ*, *legum enim auſteritatem in hoc caſu volumus pactis litigantium mitigari.* Ait, *in hoc caſu*, ut doceat, hoc jus non eſſe temere trahendum ad conſequentias, & quod dicitur in dicto *cap.* 39. remiſſum fuiſſe hoc jusjurandum, obſervandum eſt ſpeciale quoque eſſe, quia remiſſum eſt monachis quibusdam, qui, ut colligere licet ex capite, *etſi Chriſtus extra. de jurejurando*, omnino jurare ſolebant propter præceptum domini, & regulam B. Benedicti, quam profite-

ban-

bantur, hæc enim nominatim omne jusjurandum prohibet, propter perjurii metum, ideoque teſtimonium nolebant dicere, quod ſcilicet ſine jurejurando dici non poteſt, & hoc eſt, quod toto capite *etſi Chriſtus* multis rationibus contendit idem Innocentius III, licere jurare monachis, eosdemque juratos teſtimonium proferre poſſe, & tamen non ægre fert, remiſſum fuiſſe hoc juramentum monachis in dicto *cap.* 39. ex quo male generaliter colligunt, hoc juramentum remitti poſſe, quia hoc datur monachorum regulæ & religioni. Sic olim Epiſcopi teſtimonium non dicebant *l. nec honore* 7. *C. de Epiſc. & clericis.* hodie dicunt propoſitis ſacris ſcripturis, non tamen tactis, ut ex Novell. 123. *cap.* 7. recte ſcriptum eſt in *cap. ult. extra. de juramento calumn.* & male contra mentem dictæ novellæ in authentica, *ſed judex C. eod. tit.* Irnerius appinxit hæc verba, *non tamen jurent*, non jurant quidem corporaliter, ut loquitur *lex* 1. *C. ſi adverſus vendit.* & *l.* 3. *C. ſi minor ſe majorem dixerit.* non jurant, tactis ſacris ſcripturis, ſed propoſitis, ut ait dicta novella.

Sequitur dicere de ſecunda parte hujus legis, in qua Conſtantinus ait, honeſtioribus potius teſtibus eſſe fidem habendam, id eſt, his, qui cæteris, vel vitæ honeſtate, vel divitiis, vel dignitate anteſtant, teſtes enim ponderantur, non numerantur. *l. ob carmen* 21. § *ult. D. hoc tit.* quod generaliter intelligendum eſt, ſive teſtes producti ſint ab eadem parte, ſive alii ſint producti ab actore, alii vero a reo, nam & qui ab una parte producuntur, diverſa & contraria dicere poſſunt, & ita gloſſa recte hoc loco, quæ & belliſſime reſpondet objectioni, quam quisquam facere potuit ex *l. ſcripturæ* 14. *C. de fide inſtrumentorum*, quæ contrarias probationes, quibus una eademque pars utitur, ait nullius eſſe momenti, quia hoc quidem procedere poteſt in inſtrumentis, vel ſcripturis, de quibus dicta lex loquitur, non in teſtibus: ratio differentiæ perſpicua eſt, merito hoc imputatur ei, qui produxit inſtrumenta contraria, quia hoc providere potuit, quæ ratio ceſſat in teſtibus, quia ignorat, quid teſtes dicturi ſint, ſed his utitur, quibus rei veritatem cognitam eſſe exiſtimat; &, quod ait lex *qui falſo* 16. *hoc tit.* teſtes, qui diverſa proponunt, nihil probare, accipiendum eſt de iisdem teſtibus, non de diverſis, in quibus procedit, quod hæc lex ait, honeſtioribus potius eſſe teſtibus credendum; Quod autem ait ultimo loco, *ſimili modo &c.* variis interpretationibus cauſſam dedit, ſed, ſi verum amamus, perſpicua horum verborum ſententia hæc eſt: Conſtantinum profiteri, ſe antea conſtituiſſe, non facile quidem in quacumque cauſſa admittendum eſſe unius teſtimonium: admitti tamen aliquando cauſſa cognita, habita ratione perſonæ & cauſſæ, puta in cauſſa parva & minima potuit judex admittere teſtimonium unius graviſſimæ perſonæ, cum & quædam alia argumenta non contemnenda ſupplerent, ſed nunc diſtincte & præciſe unius teſtimonium non eſſe exaudiendum; vetus quidem jus eſt, fateor, unius teſtimonio non eſſe credendum. *l. maritus* 20. *D. de quæſtionib. Redeant*, inquit, Quintilianus in declamatione quadam, *Catones & Scipiones, vel alia quæcumque clariſſima nomina, unius teſtimonium numquam habebitur pro legitimo*, ſed ex uſu & tritura fori hoc receptum fuiſſe videtur in rebus minimis, ut ſæpe multa increbuiſſe conſtat contra regulas juris. *l. generaliter* 12.

in princ. C. de reb. credit. & jurejur. quod tamen non facile admittendum voluit Conſtantinus, id eſt, ſine magna cauſſa, vel ratione, & eodem ſenſu ſcriptum eſt in *l.* 3. §. 1. *D. de minorib.* minorem *non facile* in ſpecie ibi propoſita eſſe reſtituendum, ſine gravi ſuſpicione doli, quem adverſarius forte admiſiſſe dicatur, & in *l.* 1. §. *ad quæſtionem* 3. *D. de quæſtionib.* non facile credendum, ſuppoſitam eſſe filiam, quam parentes dicuntur caram habuiſſe, ſed tunc credendum eſſe, cum graviſſima ſuppetunt argumenta, & ita in hac lege unius teſtimonio credendum eſt, ſi cognita ſit gravitas & conſtantia perſonæ, & de re minima agatur, *non facile*, id eſt, *non temere.* ut in *l. ancillarum* 27. *pr. D de petit. hereditat.* & in *l. ſi fidejuſſores* 41. *pr. D. de fidejuſſorib.* quam recte hoc loco gloſſa nobis ſuppeditavit, & apud Horatium in *lib.* 11. *epiſt.* 1. *vſ.* 119.

—— —— *Vatis avarus,*
Non temere eſt animus. —— ——

Illud quidem eumdem Conſtantinum indiſtincte conſtituiſſe reperio in *l.* 1. *C. Theod. de Epiſcop. judicio* (*l*). in quacumque cauſſa unius Epiſcopi teſtimonium ita admittendum eſſe, ut alius teſtis non audiatur, *hoc enim eſt*, inquit, *veritatis auctoritate firmatum, hoc incorruptum, quod a ſacroſancto numine, conſcientia mentis illibatæ protulerit*, quod ita male quidam accipiunt, quaſi in dicta lege teſtimonium repromiſſum ſit, cum ſcilicet promiſerunt litigatores, ſe credituros teſtimonio unius Epiſcopi, quod verba pati non poſſunt: ait enim dicta lex, admittendum eſſe teſtimonium unius Epiſcopi, a qualibet parte repromiſſum, ergo ab hac, vel illa parte ſine ulla mutua conventione, vel repromiſſione, & ideo ſubjicit, hoc teſtimonio ab una parte promiſſo, alium teſtem non eſſe exaudiendum, ſufficere teſtimonium Epiſcopi, erat igitur Epiſcopus teſtis omni exceptione major, & indiſtincte admittebatur. At *non facile* alius quilibet in quacumque cauſſa: potuit aliquando admitti, ut dixi, ſed non temere admittendus fuit unicus teſtis, quod poſtremum in hac conſtitutione ita immutavit, ut non patiatur admitti omnino unius hominis teſtimonium. *Etſi*, inquit, *præclaræ Curiæ honore affulgeat.* etſi ſenator ſit, præclaram enim Curiam vocat ampliſſimum ordinem ſenatorium, in quo ipſum Imperatorem numerandum eſſe, ait *lex* 8. *C. de dignitatib.* & quia ait, *omnino non audiatur*, plusquam manifeſtum eſt, hoc velle Conſtantinum, omnino nullius momenti eſſe unicum teſtem, neque facere ſemiplenam probationem, quam interpretes comminiſcuntur, ut recte olim Jacobus contra Johannem ſcripſit, qua de re vide Cujacium ad *cap. licet extra. de teſtib.*

(*l*) Spuriam hanc conſtitutionem eſſe, ſatis evicit J. Gothofredus in *Comment. Cod. Theod. ad hanc legem* 1.

Ad Leg. omnibus 10. *C.* de teſtib.

IMPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD GRACCHUM P. U.

Omnibus in re propria dicendi teſtimonii facultatem jura ſubmoverunt.

Pars eſt legis unicæ *C. nequis in cauſſa ſua judicet*, ut apparet ex Cod. Th. *eod. tit.* ubi hac illatione Impp. utuntur, *cum omnibus in re propria dicendi teſtimonii facultatem jura ſubmoverint, iniquum admodum eſt, licentiam tribuere ſententiæ.* Eadem igitur ratione nemo in propria cauſſa jus dicit aut judicat, vel teſtimonium profert, in hoc autem jure conſtituendo obſervandum eſt, quod Papinianus ait in *l. 5. D. de ſervis export.* leges plerumque ferri de re notiſſima, quæ nullam videtur recipere dubitationem, & quæ, ut eleganter ait, naturalem intellectum habet, id eſt, ut Aſconius Pedianus habet, naturalem interpretationem, vix enim dubitari potuit, an is, qui actor, vel reus eſt, in propria cauſſa ſuſcipere quoque poſſit perſonam judicis, vel teſtis; potuit forſitan in re minima haberi quædam ratio ſummæ dignitatis, exiſtimationis, & amplitudinis litigatoris, ſed M. Tullius in *Orat. pro Sexto Roſcio Amerino c.* 36. hoc more majorum comparatum eſſe ait, ut, nec in minimis rebus, homines ampliſſimi de re ſua teſtimonium dicant, Africanus, ſi ſua res ageretur, teſtimonium non diceret: & hoc ipſum eſt, quod hæc lex ait, *omnibus*, cujuscumque dignitatis & auctoritatis, & valde notandum eſt, hanc legem ſcriptam eſſe ad Gracchum præfectum urbi, vel, ut eſt in Cod. Theodoſiano, præfectum prætorio, quem apicem omnium dignitatum obtinuiſſe Ammianus Marcellinus ait *loco notiſſimo*, & a quo appellari non potuit, quia, ut eſt in *l. 1. D. de offic. præf. prætorio.* credidit Princeps eos, qui ob ſingularem induſtriam explorata eorum fide & gravitate ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ, quam ipſe foret judicaturus. Dubitatio ibi orta fuit & propoſita de his ſummis dignitatibus, quæ vice ſacra judicare dicuntur, ad quam reſcribunt Impp. ut & in Cod. Theod. promiſcua generalitate decernimus, neminem judicem, vel teſtem eſſe ſibi debere, quæ generalia peremptoria verba, omnem dignitatem plane excludunt, ut nec hoc tribuendum ſit ſummæ dignitati præfecti prætorio, vel præfecti urbi. Objicit gloſſa vulg. *l. ult. C. de fideicommiſſ.* in cujus ſpecie heres rogatus de præſtando fideicommiſſo dicitur eſſe judex & teſtis in cauſſa propria, ſed quis non videt, hæc verba in *dicta lege* improprie uſurpari, cum jusjurandum defertur a parte parti, quo caſu genere quodam is, cui delatum eſt jusjurandum, in re ſua judicare & teſtificari videtur? Objicit ſecundo §. *legatariis* 11. *Inſtit. de teſt. ordinand.* ubi dicitur, legatarios poſſe eſſe teſtes in teſtamento, ex quo emolumentum

percipiunt, ſed jam docui, ſeparandum eſſe teſtimonium, quod quis profert in teſtamento, a teſtimonio in judicio prolato, nec, ſi verum amamus, videntur in propria cauſſa legatarii proferre teſtimonium, quia ut eſt in *dicta* §. *legatariis*, juris univerſi ſucceſſores non ſunt, quia totum hoc negotium teſtamenti, ſcilicet, conficiendi, ſolum inter teſtatorem & heredem agitur, §. *ſed neque* 10 *eod. tit. Inſtit.* & de his legatariis teſtibus extat elegans epiſtola Symmachi *lib.* 10. *ep.* 55. (*m*). Quod quidam tertio loco objiciunt ex *cap.* 3. *extra. de procuratorib.* facili negotio ſolvitur, quia ex duobus teſtibus uno tantum ſuperſtite, in ſupplementum probationis defertur jusjurandum deciſorium Archidiacono, ut in *l.* 3. *C. de rebus creditis & jurejur* Manet igitur hæc noſtra regula intacta, ſed anxie quæritur, an locum habeat in venditore & donatore, lite mota de re vendita, vel donata; & quidem, ſi evictionem præſtare teneantur, quam utique præſtat venditor ex natura contractus ex *l.* 6. *C. de evictionib.* donator vero ex natura negotii non tenetur præſtare, ſed ita demum, ſi cautum nominatim ſit *l.* 2. *C. eod* nulla dubitatio eſt, ut de venditore hic gloſſa notat: ſed & ſi non teneantur evictionem præſtare, verius eſt, hoc teſtimonium non eſſe legitimum; propter ſummam affectionem, quam unusquisque habet erga actum ſuum, ut erudite Fulgoſius notat, cujus ſententiam certatim ſequuntur interpretes: idem dicendum de fidejuſſore in cauſſa rei principalis, pro quo fidejuſſit, quia quodammodo ejus cauſſa eſſe videtur. *l.* 1. *in principio D. de appellationib.* De tutore, curatore, advocato, procuratore & executore negotii, qui ſententiam contra eum, qui fuit condemnatus, exſequitur. *l. ult.* §. *ult. D. hoc tit.* ex eadem præſumptione affectionis, quam unusquisque habere cenſetur in cauſſis, quas adminiſtrat, vel adminiſtravit; nec obſtat *l. deferre* 18. §. *item eos* 8. *D. de jure fiſci.* ubi dicitur, procuratorem poſſe interrogari, hoc eſt, teſtimonium dicere, adverſus eum, cujus negotia geſſit, hoc enim tantum locum habet in aliis cauſſis, quas non ut procurator geſſit. Mediatores vero, vel proxenetas teſtes eſſe poſſe ex *novell.* xc *cap pen* apparet, inviti tamen non coguntur, niſi utraque pars in eos conſentiat, *d cap. pen.* teſtimonium dicere: ſed quæritur, utrum in cauſſa collegii, vel univerſitatis aliquis ex eo collegio, vel univerſitate poſſit eſſe teſtis, & probo, quod vulgo doctores admittunt, ſingulos in cauſſa univerſitatis teſtes eſſe poſſe, ſi modo utilitas ad ſingulos non perveniat, ut ſi forte agatur de ſaltibus & paſcuis, ita ut ſinguli habeant jus paſcendi, &, ſi is, qui ad teſtimonium poſtulatur, eam cauſſam non agat, ex *cap. inſuper extra eod. tit.* quod benigne receptum eſſe in caſu inopiæ probationum oſtendit capitulum *etſi Chriſtus in fine*, *extra. de jurejurando*, eademque ratione ad legem 8. *hoc tit.* docuimus, ex inopia probationum ſervos adverſus dominum ipſum interrogari.

(*m*) Verba Symmachi exhibet Arn. Vinnius in *Comm. ad* §. 12. *Inſt. de teſtam. ordin. n.* 3. ſed non exſtant apud Symmachum lib. 10 ep. 55. quamvis & Vinnius eodem numero librum & epiſtolam citet, non certe in editione Lugd. Bat. 1653. qua utor.

Ad Leg. quoniam 11. *C.* de teſtib.

IMPP. HONOR. ET THEOD. AA. CÆCILIANO PP.

Quoniam liberi teſtes ad cauſſas poſtulantur alienas, ſi ſocii & participes criminis non dicantur, ſed fides ab his notitiæ poſtuletur; in exhibitione neceſſariarum perſonarum, hoc eſt, teſtium, talis debet eſſe cautio judicantis, ut his venturis ad judicium per accuſatorem, vel ab his, per quos fuerunt poſtulati, ſumtus competentes dari præcipiat. Idem juris eſt, etſi in pecuniaria cauſſa teſtes ab alterutra parte producendi ſunt.

Sumptus neceſſarios his, qui teſtimonii dicendi cauſſa evocantur, ab illis præſtandos eſſe, per quos fuerunt poſtulati, duabus rationibus probant hac lege Imperatores. Prima hæc eſt, quia ſunt, vel ingenui, vel libertini, ut eſt in Cod. Theod. (*n*), nam ſervi regulariter teſtimonii dictionem non habent, & ſi ſervi eſſent, non alerentur ab eo, qui poſtulavit, ſed a domino, niſi forte ſuo artificio ſe alere apud dominum ſolebant *l. ſed ſi hereditas* 11. §. 1. *D. ad exhib.* Secunda hæc eſt, quia operam dant rei alienæ, vel, ut loquitur lex *ſi quando* 19. *C. hoc tit.* alienis commodis inſerviunt, cum ſcilicet ab his fides notitiæ poſtulatur, id eſt, cum poſtulantur tamquam teſtes legitimi, qui plenam & perfectam probationem facere poſſunt; nam quando poſtulantur tamquam ſocii & participes criminis, cum ab his non teſtimonium, ſed indicium poſtulatur, tum ſuæ rei potius, quam alienæ cauſſa poſtulantur, & ipſi ſe alere debent, & ad judicem ſuis impenſis venire, ſic enim hæc verba hujus legis obſcura ſatis illuſtranda & intelligenda eſſe cenſeo, *ſocii & participes criminis*, *quos in* idiotismo, complices, vocamus, quod verbum in gloſſis veteribus Iſidori reperio. *Complex eſt*, inquit, *qui in uno crimine, vel peccato alteri applicatur ad malum, ad bonum vero numquam dicitur.* Complices, inquam, de ſociis & receptatoribus interrogantur. *l. ult. C. de mathemat. & malefic. l.* 1. *C. de falſa moneta. l. Divus* 6 §. 1. *D. de cuſtod. & exhib. reorum.* non ut plenam fidem faciant, tamquam teſtes, ſed præſumptionem quamdam tamquam judices, quorum qualis qualis poteſt eſſe reſpectus. Differentia igitur conſtituenda eſt inter *indicare* & *teſtificari*, indicare eſt veluti deferre & accuſare. *l. indicaſſe* 197. *D. de verb. ſignif.* & hoc ſenſu ſocius ſocium dicitur indicare, in *l.* 3 §. *utrum* 14 *D. de ſc. Silaniano*, ſed improprie, proprie indicare eſt nominare, nam proprie ſocius ſocium accuſare non po-

(*n*) Ibi hæc lex eſt 13. tit. *de fid. teſt. & inſtrum.*

poteſt. *l. ſi filium* 37. *C. de liberali cauſſa.* quod autem hoc loco exhibitionem vulgo omnes interpretantur præbitionem neceſſariorum ſumptuum, id ego probare non poſſum: ſcio, *exhibere* frequenter in his libris uſurpari pro *alere*, & neceſſaria ad victum & veſtitum ſumminiſtrare, & exhibitionem pro alimentorum præſtatione, quæ & liberalitio eodem ſenſu dicitur in veteri diplomate Philippi Audacis Regis Franciæ, quo Capellanis Capellæ Regiæ Pariſienſis concedit, vel ad prandium, vel ad cœnam unam liberalitionem integram, videlicet 8 denariatas panis, unum ſextarium vini, e vino, quod militibus, liberatur, quatuor denarios pro coquina, & duodecim fruſta minoris candelæ in perpetuum, & ita apud Froiſſardum veterem hiſtoricum Franciæ hiſtoriæ paſſim legimus, *il avoit tant d'hommes à ſa delivrance, ou à ſa livrée*, quos ſc. exhibebat, vel liberabat, id eſt, quibus neceſſaria ſumminiſtrabat, ideoque hodie abuſive hac voce *livrée* utimur, quia, qui erant ex eadem familia & ex eadem liberatione, veſtibus ejusdem coloris utebantur, quod pauci vident. Sed quamvis hoc ſenſu accipiatur exhibitio, hoc tamen caſu accipiendam puto eſſe proprio ſenſu, pro productione teſtium, quæ in *l.* 17. *C. hoc tit.* reſtituta ex Baſilicis a D. Cujacio, ἀναγωγὴ dicitur: hæc eadem lex dicit, quod hæ neceſſariæ productiones teſtium fieri debent ſine impenſis teſtium, & ſi exhibitio hoc loco ſit perhibitio neceſſariorum ſumptuum, inepte loquuntur Impp. in perhibitione neceſſariorum ſumptuum hanc cautionem adhibere debere judicem, ut ſumptus competentes dari præcipiat. Porro teſtes neceſſarias perſonas vocat, ut in *l.* 6. §. *ſi quis autem* 6. *C. de appellat.* quia, qui neceſſarii ſunt, evocantur, id eſt, tot evocantur, quot judex eſſe neceſſarios pronuntiat. *l.* 1. §. *ult. l.* 3. §. *ult. D. hoc tit.* Symmachus *epiſt.* 8. *lib.* 10. *Interea diſtulit vindictam judiciorum, & rurſum dedit negotium officio*, (au ſergent) *ut neceſſarios evocaret* (*o*). Hi autem ſumptus præſtantur officio judicis, qui arbitrio ſuo, habita ratione perſonarum & cauſſæ, hanc præſtationem moderari debet, ut recte notant hoc loco interpretes, & præſtantur ab accuſatore, vel ab his, per quos fuerint poſtulati; puta ab his, qui non ſuis, ſed alienis nominibus accuſant, ut loquitur lex *noſtris* 8. *C. de calumniat*, hi enim a legitimis & ſolemnibus accuſatoribus ſeparandi videntur, & alieno nomine accuſant, qui alienæ ſubſcribunt, accuſationi, ut apud Cornel. Nepotem in vita Pomponii Attici *c.* 6. *neminem*, inquit, *neque ſuo nomine, neque ſubſcribens accuſavit*, quod gloſſæ non intelligunt, nec D. Cujacius liquido explicaſſe videtur in principio *l.* 2. *D. de jure fiſci.* Poſſumus etiam cum gloſſa hæc verba accipere de ipſis reis, quorum aliquando admitti probationes, jam docuimus; poſſumus & de delatoribus, qui non ſunt veri & legitimi accuſatores, ut conſtat ex titulo *C. de delatorib.* Cæterum idem jus obtinere conſtituit in cauſſa pecuniaria propter easdem rationes, quia teſtes ſunt liberi, qui alienis negotiis adhibentur, & ut eleganter ait *l.* 7. *D. teſtam. quemadmod. aper.* nemini debet ſuum officium eſſe damnoſum.

(*o*) Etiam hunc Symmachi locum fruſtra quæſivi *lib.* 10. *epiſt.* 8.

Ad

Ad Leg. Libertorum 12. C. de teſtib.

IIDEM AA. GEORGIÆ.

Libertorum adverſus patronos illicitas atque improbas voces pœnæ objectione præcludimus, atque ita, ut non ſolummodo ſponte prodire non audeant, ſed ne vocati quidem in judicium venire cogantur.

Extat hæc lex totidem verbis in Cod. Th. ſub tit. *ne præter crimen majeſtatis ſervus dominum, vel patronum libertus, vel familiaris accuſet.* ex quo colligitur, hanc legem non ſolum pertinere ad teſtimonii dictionem, ſed etiam ad accuſationem, vel delationem, ad quam proprie reſpiciunt hæc verba, *ſponte prodire non audent*, quæ ita Anianus interpres Codicis Theodoſiani ſecundum rubricam interpretatur, *liberti, accuſatores patronorum, ubi primum in accuſationis vocem proruperint, puniantur*, & in *l. penult. eod. Codice & tit.* quæ hanc noſtram præcedit, *in ipſa expoſitione criminum, & in accuſationis exordio ultore gladio puniantur.* Eſt igitur pœna capitalis liberti, qui patronum accuſat, vel defert: verba vero, quæ ſequuntur, *ſed ne vocati quidem &c.* pertinent ad teſtimonii dictionem, ſic enim hæc ſunt diligenter ſeparanda & diſtinguenda, ſponte accedimus ad accuſationem, ſine ulla interpellatione, vel admonitione judicis; vocati, vel evocati teſtimonium dicimus, vel volentes etiam, vel inviti, olim in cauſſis criminalibus tantum, hodie etiam in pecuniariis ex conſtitutione Juſtiniani, de qua infra *hoc tit.* hoc ſenſu paſſim teſtes evocari dicuntur. *l. 1. §. ult. l. 3 §. ult. D. hoc tit. l. 26. §. ult. D. ex quib. cauſſis majores. l. 2. §. legatis 3. D. de judiciis.* & apud Plinium *lib. 3. epiſt. 9. E teſtibus quidam, ſive iratus, quod evocatus eſſet invitus:* evocantur autem interlocutionibus judicum, quas διαλαλίας vocat lex 16. quæ eſt Græca conſtitutio, infra *hoc tit.* & ita teſtes dicuntur admoniti, id eſt, evocati admonitione judicis, in *l. ſi quando 19. C. hoc tit.* errant igitur nequiter, qui hæc verba hujus legis *ſponte prodire non audeant* ita exaudiunt, quaſi hoc ſpeciale ſit in liberto, ut neque vocatus, neque non vocatus teſtis audiatur adverſus patronum: ſi verum hoc eſſet, ſequeretur, reliquos teſtes etiam non vocatos audiri poſſe, quod falſum eſt, neceſſario enim debet ſemper præcedere interlocutio judicis, qui pronuntiat, teſtes vocandos eſſe, quæ ſingulis teſtibus intimanda & ſignificanda eſt, ut & hodie diligenter obſervatur. Rationem autem hujus conſtitutionis repetendam eſſe apparet ex reverentia, quam libertus patrono debet. *l. 10. §. ult. D. de in jus voc.* vel propter eam conjunctionem, quæ fuit inter patronum & libertum; patronus enim, tamquam agnatus & familia conjunctus liberto ſuccedebat ex illa parte edicti *unde legitimi*, ut nominatim ait conſtitutio Græca de jure patronatus, reſtituta a D. Cujacio ex Baſilicis *lib. 20. Obſ. cap. 34.* & hoc ſenſu libertus dici-

tur

tur patroni liberis conjunctus in *l. cum tale* 72. §. 1. *D. de condit. & demonstrat.* M. Tull. *lib.* 3. *in Verrem, libertus & accensus tuus, & tibi & liberis tuis in rebus omnibus conjunctus & proximus.* Ideoque statim post manumissionem accipiebat libertus patroni nomen, quasi transiret libertus in nomen & familiam patroni, ut Tertullianus in libro *de resurrectione carnis*, quod patet ex Tirone Tullio, erudito M. Tullii Ciceronis liberto, & Lucio Cossinio Anchialo, de quo Cicero *lib.* 13. *ad fam. epist.* 23. ex quibus omnibus intelligimus, quare hoc loco Impp. dicant, non esse audiendas illicitas, atque improbas, vel ut loquitur dicta lex penult. Cod. Th. *ne præter crimen majest. servus dom*, *vel libertus patron. &c.* funestas voces libertorum adversus patronos, quibus sc. tot tantisque beneficiis devincti sunt, quod jus ad vassallos nostros trahi debere, puto propter fidem hommagii præstiti, & debitam reverentiam, ut loquitur cap. *gravem extra. de excessib. prælatorum.*

Ad Leg. 13. *C.* de testib.

IMP. ZENO. . . . . .

Qui falsa in testimonio protulerit, primum quidem de perjurio, deinde de falsi crimine convenitur, quod si eum in ipso testimonii tempore mentiri suspicio sit, verberatur. Quod si is, qui ex falso testimonio damnatus est, civiliter agere contra testem voluerit, quicquid damni fecit, ab eo recipiet, ac præterea falsus ille testis definitam legibus pœnam sustinebit. Quod si etiam in ipsa lite principali convictus mendacii fuerit, officium judicis esto, ut eum vel in totam litem, quæ illi mota est, contra quem testimonium dixit, vel in minus condemnet, vel etiam pœnis subjiciat: servatis omnibus, quæ jam statuta sunt de his, qui falsum testimonium perhibent.

Hanc legem restituit ex Basilicis D. Cujacius *lib.* XIII. *Obs. cap.* 38. & est constitutio Zenonis adversus falsos testes, quæ primum ait, falsos testes pejerare: quia, ut habuimus in *l.* 9. nonnisi jurati audiuntur, an autem hoc ideo dicat, ut ostendat simpliciter, hoc perjurium Deum tantum habere ultorem, ut idem Cujacius docet *dicta loco ex l.* 2. *Cod. de rebus credit & jurejur.* valde dubito, scio dictæ legis 2. veram hanc esse sententiam, quam ex Latinis interpretibus veteribus Azo & Odofredus, ex Græcis Harmenopulus *lib.* 1. *Epitom. tit.* 7. erudite indicant, distinguendum esse jusjurandum datum

tum per Principem, vel per venerationem Principis, a jurejurando per Deum dato; hujus contemptam religionem Deum ipſum vindicare, &, ut dicebat Tiberius apud Tacitum *lib.* 1 *Annal. c.* 73. *Deorum injurias curæ Diis eſſe.* violatæ vero jurisjurandi, per Principem dati, religionis vindicem eſſe ipſum Principem, per quem pejeratum eſt, & perjurum plerumque verberibus caſtigandum & admonendum. *l. ſi duo* 13. §. *ult. D. de jurejur.* quaſi læſa ſit divina majeſtas, ut Paganis objicit Tertullianus in *Apologet. c.* 28. *ſi quidem*, inquit, *majore formidine, & callidiore timiditate Cæſarem ipſum obſervatis, quam ipſum de Olimpo Jovem: citius denique apud vos per omnes Deos, quam per unum genium Principis pejeratur*, quod & Minutius Felix totidem fere verbis ſcribit in *Octavio c.* 29. & valde notanda in hanc rem ſunt verba Jovii Senatoris apud Zoſimum in fine *lib.* 5. *ſi Deo*, inquit, *præſtitum fuiſſet hoc juramentum, fortaſſe negligi poſſet permittendo divinæ bonitati impietatis condonationem, ſed quando per caput Imperatoris juraſſet, non eis fas eſſe peccare contra tam grave jusjurandum.* Ex quibus verum hunc eſſe ſenſum libenter agnoſco *d. l.* 2. cujus ſc. auctor eſt Ethnicus Imperator Alexander: ſed & violatæ perjurio divinæ religionis pœnam quamdam apud Ethnicos fuiſſe, quam pontifices maximi conſtituere ſolebant, ex notiſſimo Plauti loco in *Rudente act.* v. *ſc.* 3. *vſ.* 21. viri docti recte obſervant, & Chriſtianos Principes multis caſibus violatam perjurio divinam religionem vindicaſſe, apparet ex *l ſi quis major* 41. *C. de tranſaction.* & *l. pen. pr. C. de dignitat.* & *novell.* CXXIV. *c.* 2. & hoc ipſum eſſe, quod Juſtinianus in *l.* 2. *C. de indicta viduitate &c.* leges perjuria punire. Valde autem notandum eſt, eumdem Zenonem eſſe auctorem *dictæ legis penult.* (*p*), qua perjurus privatur dignitate illuſtri: cum igitur idem Zeno hoc loco demonſtrat, falſum teſtem primo pejerare, dein falſum admittere, duo admiſſa delicta demonſtrat, de quibus ſeparatim quæri poteſt: hoc autem in conſtitutione ipſa integra, cujus tantum ſynopſin & brevem interpretationem habemus, evidentius expreſſum fuiſſe, non dubito. Poteſt igitur is, adverſus quem teſtis falſum teſtimonium dixit, hoc primum deſiderare, eum puniendum eſſe, tamquam perjurum, extraordinaria pœna, poſita in arbitrio judicis, ac deinde eum, tamquam falſarium, accuſare, quod ipſa verba ſynopſis innuere videntur, *qui falſum teſtimonium dixerit, primum quidem pejerat, deinde, ut falſarius, convenitur.*

Subjicit dicta conſtitutio teſtem non audiri ſine tormentis, ſi ſuſpectæ fidei ſit, ut in *l. ob carmen* 21. §. 2. *D. hoc tit.* & in *novell* 90. *c.* 1. de falſo civiliter & criminaliter agi poſſe, ut in *l.* 5, 9, 11, 16, 17. *pen. & ult. C. ad l. Cornel. de falſ.* & *l. un. C. quando civil. act. crim præjudic.* eum, qui ex falſis teſtimoniis damnatus eſt agere civiliter in id, quod intereſt, vel ſi ante condemnationem in ipſo exordio litis judex falſitatem agnoſcat, ex officio judicis falſarium teſtem in tantam ſummam damnandum eſſe, in quantum apud judicem actum eſt, vel in minorem, prout videbitur judici, quæ in *dicta obſervatione* fideliter D. Cujacius expoſuit.

(*p*) Imo hæc lex eſt Honorii & Theodoſii.

Ad Leg. nullum 14. C. de teſtib.

IMP. ZENO A. ARCADIO P. P.

Nullum penitus, cum ſemel ad judicem quemlibet, licet non ſuum, dicendi gratia teſtimonium fuerit ingreſſus, armatam forte militiam, vel quamlibet aliam fori præſcriptionem ad evadendum judicis motum, quem, vel teſtimonii verborum improbitas, vel rei qualitas flagitaverit, poſſe prætendere, præcipimus: ſed omnes, qui in civili ſc. cauſſa ſuum præbent teſtimonium ſeparato, & tanquam ante judicium interim depoſito, exceptionis fori privilegio, hujusmodi præſidio denudatos, ita ad judicantis intrare ſecretum, ut quicumque aures ejus offenderint, non dubitent ſibimet formidandum, data cunctis judicibus absque ullo præſcriptionis obſtaculo, ſicut ſæpe dictum eſt, in teſtes, quorum voces falſitate, vel fraude non carere perſpexerint, pro qualitate videlicet delicti, animadvertendi licentia.

Hæc conſtitutio Zenonis ſcripta eſt ad Arcadium, præfectum prætorio, & eam proprie pertinere non dubito ad urbanos magiſtratus, qui in urbe Conſtantinopolitana variis de cauſſis jus dicebant, ad ipſum præfectum prætorio puta, præfectum urbi, magiſtrum officiorum & reliquos. Idem Zeno certos pedaneos judices deputaverat, quibus humiliora negotia delegabantur, ut nominatim Juſtinianus ait in *nov.* 82. *cap.* 1. quod igitur ait hæc lex, *ad judicem quemlibet*, accipiendum eſſe cuſtodite puto de magiſtratu, qui adminiſtrationem & jurisdictionem habet, vis videre, quam hoc verum ſit? poteſtatem, quam hæc conſtitutio tribuit cuilibet judici, ut in falſarios teſtes animadvertat, quamvis jurisdictionis ſuæ non ſint, concedendam quoque eſſe pedaneis judicibus, additis tamen quibusdam temperamentis, idem Zeno cenſet in conſtitutione ſequenti; ergo hæc conſtitutio loquitur tantum de magiſtratibus, non de pedaneis judicibus. Secundo obſerva, quod ait, teſtes *judicantis intrare ſecretum.* Eſt autem ſecretum, vel ſecretarium, locus, in quo magiſtratus pro tribunali cum majeſtate imperii cauſſas examinat, vetus gloſſarium, quod laudat Barnabas Briſſonius *lib.* 17. *de Verb. Signif.* δικαστήριον interpretatur, eſt enim ſecretarium magiſtratus, ut conſiſtorium Principis, *l. ult. C. ubi ſen*, *vel clariſſ.* & *l. ult. C. de off. div. jud.* honoratis viris, quibus etiam conſiſtorium Principis ingrediendi datur facultas, ſecretarii judicum, id eſt, magiſtratuum, datur ingreſſus & puniuntur officiales, qui hanc facultatem hono-

noratis denegaverint. Eſt igitur velut adytum quoddam, ad quod non temere cuilibet datur aditus, ideoque prætendebatur foribus velum, quo aliquando levato, de quibusdam cauſſis cognoſcebant, ut in *l. pen. C. de naufrag.* debent judices de ſubmerſis navibus *levato velo* cognoſcere, vel, ut Lampridius loquitur in Alexandro Severo *cap.* 4. *patente velo*, id eſt, ut ad *dictam leg. pen.* Cujacius expoſuit, aperta fore, ſed plerumque non levato, ſed ducto velo, ſecreto cognoſcebant. Divus Auguſtinus in *Pſalm.* 80. *Attende ipſum judicem venientem, non tacuit ſententiam definitivam: non miſit foras reos, non duxit velum.* Non poteſt igitur ſecretum, vel ſecretarium pertinere ad pedaneos judices, quos tribunal non habuiſſe conſtat, imo, ut alias ex Vitruvio docui *lib.* 7. *cap.* 8. in privatis magiſtratuum ædibus judicare ſolebant. Tertiam quoque rationem nobis ſubminiſtrabit ſequens conſtitutio, de qua latius dicam. Vult autem hæc conſtitutio, eum, qui evocatus teſtimonii dicendi cauſſa, licet a judice non ſuo, hoc onus ſuſceperit, non poſſe uti præſcriptione, vel exceptione fori ad evadendum judicis motum, quem, vel teſtimonii improbitas, vel rei qualitas flagitaverit. Finge eſſe militem, qui ut ait *lex pen. C. de jurisdict.* niſi a ſuo judice, id eſt, a magiſtro peditum, vel equitum, neque exhiberi poteſt, nec ſi in culpa fuerit coerceri, apud civilem judicem, non militarem, teſtimonium dicere: vel finge, virum eſſe, qui, ut loquitur *lex pen. C. de pactis.* dignitatis, vel ſacerdotii prærogativa, uti poſſit præſcriptione fori, (*demander ſon renvoy*) hanc præſcriptionem omnino ceſſare, vult Imperator Zeno in odium teſtis, qui varie & falſo deponens provocat motum judicis, qui habita ratione improbitatis teſtimonii, (doli enim varii ſunt gradus,) vel rei qualitatis, quæ, vel parva, vel magna eſſe poteſt, prout æquum eſſe videbitur, animadvertere poteſt; *motum* judicis vocat indignationem judicis, eadem forma in *l.* 20. *D. communi dividundo*, cujusdam villa diruta dicitur *motu judicis*, quia vocatus ad delectum militum non reſpondebat, & in *l. omnes* 12. *C. de offic. rectoris provinc. apparitores motu judicis nudati*, ut in *Novell.* 3. Martiani, *commotione judicis poſſeſſores multati*, ſed hoc permittendum nominatim hæc lex ait in civili cauſſa, quæ tamen verba Azo, & Accurſius, putant eſſe accipienda, ut loquuntur, implicative, ut ſenſus ſit, non ſolum puniri teſtem in criminali judicio, de quo non erat dubitatio, ſed etiam in cauſſa civili, quod ego admittere non poſſum his validiſſimis argumentis fretus. Primo, quia hæc lex utitur taxativa particula *ſcilicet*, quæ cauſſam criminalem omnino excludere videtur, & contra fidem omnium librorum male quidam eſſe hanc expungendam cenſent. Secundo, idem Zeno in conſtitutione ſequenti nominatim ait, ſe in hac conſtitutione conſtituiſſe, non poſſe teſtes uti fori præſcriptione, hac ratione, quia ſponte teſtimonium dicere voluerunt, quæ ratio locum tantum habere tunc potuit in cauſſa pecuniaria & civili, non in criminali (*q*), quia ante Juſtinianum teſtes inviti teſtimonium di-

(*q*) Recte Janus a Coſta hunc locum ex mente Zenonis explicat. Ex Juſtiniani autem conſtitutione, cum in civilibus quoque cauſſis inviti teſtimonium dicere cogantur. *l.* 16. *C. hoc tit.* ceſſat ratio conſtitutionis Zenonianæ, & propterea ipſa ut arbitror, conſtitutio in cauſſis etiam civilibus; nulla enim privilegii repudiatio ineſt

dicebant in cauſſa criminali tantum, & ita Cujacius recte interpretatur verba dictæ conſtitutionis. *lib.* 13. *Obſ. cap.* 38. *nam cum ultro*, inquit, *teſtimonium perhibuerint, nec enim in cauſſis pecuniariis invitis teſtimonium denuntiabatur, ante conſtitutionem Juſtiniani, ſuo privilegio teſtes renuntiaſſe videntur.* Ergo Zeno in hac noſtra lege hoc permittit in civili cauſſa tantum, in qua ratio, qua movetur Zeno, locum tantum habere poteſt. Ratio differentiæ eſt apertiſſima, in criminali gravius eſt delictum teſtis, qui varie, vel falſo deponit, nam & lege Cornelia de ſicariis teneri poteſt. *l.* 1. §. 1. *D. ad leg. Cornel. de ſicariis.* Graviore igitur & acerbiori coercitione opus eſt, quæ non eſt temere permittenda cuilibet judici adverſus perſonas tot tantisque privilegiis donatas, nam ſi miles eſt, quamvis in civilibus cauſſis apud judicem civilem litigare teneatur, ſi tamen quid admiſiſſe dicatur, is cognoſcere debet, cui militaris rei cura mandata eſt, ut nominatim ait *l.* 2. *Cod. Th. de jurisdict.* & ſi ſenator ſit, non poteſt ex criminali cauſſa damnari, niſi ex quinquevirali judicio ſenatorum, de quo in *l. ult. eod. Cod. & tit.* idem dicendum eſt de cæteris, qui dignitatis, vel ſacerdotii prærogativa proprios judices habent. Non igitur hoc permittere voluit Zeno cuilibet judici in cauſſa criminali, quæ majorem animadverſionem deſiderat, ſed in civili tantum, in qua falſos teſtes punien-

teſtimonio, quod quis per leges non poteſt non dicere. Plane, ſicut olim in criminalibus cauſſis adverſus reum inviti teſtimonium dicere non cogebantur ejus propinqui, in *l.* 4. & 5. *D. de teſtib.* enumerati, item extranei nonnulli. *l.* 8. *l.* 19. *pr. D. eod.* ita & ex Juſtiniani mente in civilibus cauſſis a regula *dictæ legis* 16. eædem perſonæ excipiendæ videntur, cum quia in toto jure generi per ſpeciem derogatur, idque potiſſimum eſt, quod ad ſpeciem eſt directum. *l.* 80. *D. de R. J.* tum etiam, quia priores leges ita trahi ad poſteriores non contrarias debent, ut priores pertinere quoque exiſtimentur ad eas res, vel perſonas, quæ quandoque ſimiles erunt. *l.* 27. *D. de legib.* Per dictam autem legem 16. *C. hoc. tit.* civiles cauſſæ, quod ad teſtimonii dicendi neceſſitatem attinet, exæquatæ ſunt criminalibus, de quibus agunt JCti in *d. l.* 4, 5, 8. & 19. *pr. D. de teſtib.* itaque in his locis, conceſſa quibusdam perſonis immunitas merito ad civiles quoque cauſſas, jure novo pertinere creditur. Quorſum vero hæc? ut intelligamus, Zenonis conſtitutionem in *d. l.* 14. non ita a Juſtinianea obtritam & oblitteratam eſſe, ut nulli nobis uſui jam ſit. Nam cum perſonæ in illis Digeſtorum locis memoratæ duntaxat volentes teſtimonium dicant, (& quidem ex ratione juris novi in utroque cauſſarum genere) optime profecto in eos convenit ratio Zenonianæ conſtitutionis, videlicet, quod cum ultro teſtimonium dixerint, renuntiaſſe privilegio ſuo exiſtimentur. Quamobrem iis applicandam quoque ipſam conſtitutionem exiſtimo, ut, ſi teſtimonium, quod detrectare iis licet, ultro dicentes, aut verba coram judice indecora, aut falſum effutierint, puniri propterea ab eodem illo judice queant. Et hoc quidem in militibus qui etiam enumerantur in *l.* 8. *D. de teſtib.* minus ſcrupuli habet poſt editam *Novell.* VIII. *cap.* 12. quippe ibi adimitur militibus fori privilegium in delictis communibus, (quale eſt falſum teſtimonium,) quo, cum codex repetitæ prælectionis componeretur, gaviſi fuiſſe videntur, ut colligi poteſt ex *l.* 2. *C. ubi quis decuriali*, collata cum genuina Theodoſii Jun. conſtitutione, quæ eſt in *Novell. Theodoſii tit.* XIV. *leg.* 2. præcedentes quoque Principes quo modo variaverint in hoc privilegio modo concedendo militibus, modo adimendo, operæ pretium eſt videre apud J. Gothofr. ad *leg.* 2. *C. Th. de exhib. & transmitt. reis.*

niendos eſſe, cenſet pro delicti qualitate, quæ ſcilicet dignoſcitur tam ex teſtimonii improbitate, quam ex rei, de qua agitur qualitate, ut ſupra docui. Pœna legis Corneliæ de falſis fuit quidem regulariter in liberos homines deportatio, in ſervos ultimum ſupplicium §. *item lex Cornelia de falſis* 7. *Inſtit. de public. judic.* vel, ut Paullus ait *lib.* 5. *ſent. tit.* 15. §. 5. deportatio, relegatio, vel ordinis amotio, ſed ut recte Cujac. obſervat. in *Paratit. Cod. tit. de pœnis.* pœnæ, quæ olim erant ex legibus ſolemnes & certæ, cœperunt eſſe arbitrariæ, ideoque Tribonianus, qui legem, *qui falſo* 16. *D. hoc tit.* ſumpſit ex prædicto loco Paulli, noluit has pœnas exprimere, ſed earum vice hæc verba appinxit, reſpiciens ad hoc novum jus, *a judicibus competenter puniantur*, pro qualitate ſc. delicti, ut hæc lex noſtra loquitur.

Ad Leg. 15. *C.* de teſtib.

IMP. ZENO. . . . . ,

Hujus quoque conſtitutionis, cum deperdita ſit, argumentum e Baſilicis eruit Cujacius l. 13. Obſ. c. 38.

Eamdem fere poteſtatem dat idem Zeno hac conſtitutione Græca reſtituta a Cujacio eodem libro & capite, pedaneis judicibus, quos, ut ſupra ad leg. 14. docui, ſingulis urbanorum Magiſttatuum tribunalibus certos & proprios deputaverat. Sunt igitur pedanei judices, dati a magiſtratibus, qui ſimplicem notionem, non jurisdictionem habent, & ut idem Cujacius docuit ad Nov. 82. quaſi plano pede judicant, non pro tribunali, quamobrem dicuntur a Græcis χαμαιδικαϛαὶ, & quamvis Juſtinianus in dicta novella hos ſedere jubeat a matutino usque ad occaſum ſolis, notato certo loco in porticu regia, non ideo dicendum eſt, pedaneos judices habuiſſe tribunal, ſedebant enim in imis ſubſelliis, vel fortuitis ſcamnis aliquando conductis a litigatoribus, ut apud Suetonium in Nerone, vel ab ærario datis. In hac porticu regia Agathias lib. 3. Hiſtoriæ ſcribit, ſe libellis litigatorum operam dediſſe, ſed, quod pace Cujacii dictum ſit, non ideo ſignificat, ſe ex pedaneis, vel ex pedaneorum notariis fuiſſe, fuit enim jurisperitus & advocatus, ut ipſe diſertis verbis profitetur initio lib. 1. cum ſcribit, ſe dare operam Romanorum legibus, & fori certaminibus, quare dictus fuit Agathias Scholaſticus, quo nomine dictos illo ſæculo jurisperitos & advocatos notiſſimum eſt, horum autem officium & munus fuit, libellos & preces litigatorum proponere, D. Auguſt. *tract.* 7. *in Johannem, cum ergo quærerent ſupplicare Apoſtoli, & non invenirent, quomodo adirent Imperatorem Deum, dixerunt Chriſto, Domine doce, hoc eſt, jurisperite noſter, compone nobis preces, & Dominus docuit de libro juris cœleſtis &c.* ſed ad rem. Hæc conſtitutio primo cap. dat Pedaneo judici poteſtatem animadvertendi in falſarios teſtes, & tormentis ſubjiciendi, ſi ſuſpectæ fidei, & plebejæ conditionis ſint, adhibito tamen præfecto vigilum, qui

a Juſtiniano poſtea dictus fuit prætor plebis, in *Nov.* 13. *c.* 1. §. 1. ſi forte gravior quædam teſtis improbitas majorem animadverſionem deſiderat, quod ſi teſtes ſint in militari aut alia quadam dignitate poſiti, vult non poſſe ſtatim pedaneum judicem in eos animadvertere, ſed teneri rem omnem referre, & denuntiare magiſtratui, a quo judex datus eſt, miſſa plena opinione, ut loquitur lex 6. §. 1. *D. de interdict. & releg.* ita ut pro inſinuatione relationis nihil inferatur, & ſi res aperta ſit, debere magiſtratum ferre definitivam ſententiam, ſi majore indagatione egere videatur, rurſus nova delegatione ejus rei cognitionem judici eſſe delegandam, ut de ea poſſit cognoſcere, *non obſtante*, inquit, ut in ſuperiori conſtitutione, *ulla præſcriptione fori*, quia ſponte teſtificari voluerunt. Secundo capite conſtituit Zeno, eum, qui falſo negavit, adverſarium ſuum eſſe cognatum, & exegit ab eo probationes generis aut gentis, ut in *l.* 1. *D. de probat.* non habere jus vindicandorum bonorum inteſtati, & quoniam fieri poteſt, ut quidam metu amittendæ ſucceſſionis ab ea contumacia non deterreantur, dum non ſperant, eam ſucceſſionem ad ſe pertinere, illo forte moriente teſtato, vult, ut non audiatur, qui ab adverſario probationes exigit, niſi prius ipſe juret de calumnia, jurato conſervari jus legitimæ ſucceſſionis; probari genus teſtibus quinque, ſi deſint inſtrumenta, vel tribus, ſi ſuppetant quædam inſtrumenta, & ſufficere etiam inſtrumenta quædam ſine teſtibus, veluti monumenta publica, quæ potiora teſtibus eſſe ait lex *cenſus* 10. *D. de probat.* Et hæc eſt vera interpretatio primæ & ſecundæ partis hujus conſtitutionis, ad verbum fere deſumpta ex dicta obſervatione Cujacii. Ultimum caput ita diligentius interpretandum cenſeo, ut ſi quis apud acta judicialia, vel in quolibet inſtrumento teſtis fuerit ſuper negotio, quod gerebatur, poſtea de eodem negotio forte lite mota, non poſſit defugere teſtimonium, & uti præſcriptione fori, qui caſus valde notandus eſt, quo ſcilicet ante Juſtinianum etiam in cauſſis pecuniariis & civilibus non fuit permiſſum detrectare teſtimonii dictionem, & obſerva interim, teſtes adhiberi inſtrumentis, quæ vel apud acta fiunt, & proprie dicuntur inſtrumenta publica, vel adhiberi contractibus & inſtrumentis privatim confectis, ut in *l. unic.* §. *ſed & ſi quis* 2. *C. de lat. libert. tollenda.*

Ad Leg. 16. *C.* de teſtib.

IMP. JUSTIN. . . . .

Græca eſt conſtitutio, quam veteres gloſſographi deſiderari adnotarunt ad *l. ſi quando* 19. *C. hoc tit.* & ad *l. judices* 18. *C. de fid. inſtrum.* in quibus Juſtinianus ſe ejus auctorem profitetur, & in *Nov.* 90. *cap.* 8. hujus ſynopſin & brevem interpretationem ex Græcorum libris D. Cujacius dedit *lib.* 8. *Obſ. cap.* 13. & *lib.* 13. *cap.* 38. quam ut liquido intelligamus, ſciendum eſt, olim in judiciis publicis, & criminalibus cauſſis permiſſum fuiſſe invitis teſtimonium denuntiare, non in civilibus & pecuniariis, quod loco notiſſimo Quintilianus ſcripſit *Inſt. Orat. lib.* 5. *cap.* 7. ubi duo genera teſtium con-

conſtituit, aut voluntariorum, in civilibus ſcilicet cauſſis, *aut eorum*, inquit, *quibus judex in publicis judiciis denuntiare ſolet teſtimonium*, exceptis tamen perſonis certis, quæ vel prohibentur, vel excuſantur, de quibus in *l. parentes 6.* & *l. libertorum 12. C. hoc tit.* & *l. pridem 6. C. de quæſtionibus*, *l. 4. D. hoc tit. l. ult. D. de gradib. & affinib.* quod autem olim in criminalibus ſolum obtinuit, in civilibus quoque cauſſis eſſe obſervandum, Juſtinianus conſtituit, ut omnes cogantur cum jurejurando in judicium, quæ ſciunt, proferre, aut jurare, nil horum ſe ſcire, quæ interrogantur, cum exceptione eorum, qui vel excuſantur, vel prohibentur, & eorum, qui illuſtres ſunt, vel ſuperilluſtres, hi enim, ſine ſacra juſſione, teſtimonium ferre non coguntur, & ex juſſione ſacra præſentes in urbe, abſentes autem miſſis ad eos litigantibus, vel procuratoribus teſtimonium dicunt, quod obtinet etiam in aliis perſonis abſentibus, ut totidem fere verbis Cujacius expoſuit in *dicto cap. 38.*, quod latius tamen & diligentius eſt exponendum.

Ac primum, illud obſervandum, ex hac conſtitutione diſerte fuiſſe poſitum in arbitrio judicis, vel teſtes abſentes evocare, vel ad eos litigantes, vel procuratores deſtinare, nec præciſe teneri, occaſione teſtium, in aliis locis degentium, anditiones, vel depoſitiones teſtium committere, vel delegare, ſed poſſe judicem æſtimare, quod æquius & melius ſit, ut Odofredus erudite docuit in authent. *apud eloquentiſſimum C. de fide inſtrument.*, quod veriſſimum eſſe recte colligit Albericus ad *dictam Authent.* ex his verbis legis 18. *C. de fid. inſtrum. ſi hoc perſpexerint judices.* item paulo poſt, *ſi juſte peti judex invenerit.* & ita quoque exaudienda eſſe puto verba dictæ legis 19. *C. de teſtib. ſi quando in pecuniariis cauſſis ex noſtra lege invitos teſtes aliquis*, judex ſcilicet, *trahere maluerit.* & ait in fine ejusdem legis, *judice nullam habente licentiam poſtquam abfuerint eos retrahere.* in criminalibus quidem neceſſario teſtes ſunt evocandi, ut docet *dicta Novella* xc. *cap. 5.* in civilibus hoc poſitum eſt in arbitrio judicis. Sed quæritur, quid ſit dicendum de teſtibus, qui non ſubjiciuntur jurisdictioni judicis, an poſſit judex invitos teſtes cogere & trahere? Et vulgo cenſent ex Pauli Caſtrenſis ſententia ad *d. l. ſi quando 19.* cogendos eſſe auctoritate proprii judicis notiſſima ratione deſumpta ex *l. ult. D. de jurisdict.* & ex *l. 3. D. de offic. præſidis.* in homines alieni territorii, vel alienæ jurisdictionis magiſtratum nullam poteſtatem, nullumve imperium habere, quæ ſententia poteſt firmari hoc validiſſimo argumento: vult Zeno in *l. 15. §. ult. hoc tit. noſtro.* eum, qui inſtrumento teſtis adfuit, vel publico, vel privato, poſtea, ſuper ea re lite mota, non poſſe defugere teſtimonium, vel uti præſcriptione fori, quaſi videatur ſe ultro ſubjeciſſe jurisdictioni ejus, qui de hac cauſſa potuit cognoſcere, ſponte adhibitus ad fidem faciendam, ergo in cæteris hac ratione ceſſante, qui non poſſunt dici agnoviſſe jurisdictionem, hoc locum habere non poteſt, & remanet, eos uti poſſe fori præſcriptione; denique proviſione hujus legis, cum judex pronuntiat abſentes teſtes in locis, ubi degunt, audiendos eſſe, audiuntur a magiſtratibus locorum, ut docet dicta novella *cap. 5.* ergo eorum quoque auctoritate evocandi & cogendi ſunt, & in hac ſententia videtur fuiſſe interpres Græcus Harmenopulus *lib. 1. cap. 6.* ſic enim ille ex interpretatione viri eruditiſſimi Johannis

Mer-

Merceri, *poteſt judex ex civitate in aliam civitatem teſtimonii gratia aliquos per interlocutionem evocare, obſervato quidem legum ordine atque ratione, in provinciis apud præſidem, in urbe Conſtantinopolitana apud ſacros judices.* Sed tamen contra ſuppetunt multa argumenta, quibus probabiliter contrariam ſententiam defendere poſſumus, hoc omne pendere ex poteſtate judicis, qui de cauſſa cognoſcit, hanc conſtitutionem eos, a quibus fides notitiæ poſtulatur, ut loquitur *l. quoniam* 11. *C. hoc tit.* ſubtrahere a jurisdictione propriorum judicum, eosdemque ſubjicere jurisdictioni judicis, qui de cauſſa cognoſcit; ait enim hæc conſtitutio præciſe, unumquemque cogi poſſe a judice, & excipit tantum illuſtres & ſuperilluſtres, in quibus deſiderat juſſum Principis, qui in eorum quoque criminibus conſulendus eſt *l. pen. C. de dignitatib.* Cæteri igitur coguntur ſine ſacro reſcripto, vel juſſu judicis ſub cujus jurisdictione conſtituti ſunt, quem non deſiderat hæc conſtitutio. Secundo, hoc receptum eſt in civilibus cauſſis ad inſtar judiciorum publicorum, at in publicis, lege Julia judiciorum publicorum hoc datum fuit magiſtratui, vel judici quæſtionis etiam privato, ſeparatur enim judex quæſtionis a magiſtratu, ut erudite D. Cujacius docuit ex *l.* 1. *in princip.* §. 1. *D. ad l. Cornel. de ſicariis* ut quoscumque invitos teſtimonii cauſſa evocare poſſint, etiam magiſtratus ipſos, qui alias in jus vocari non poſſunt. *l.* 1. *D. de in jus voc.* hoc autem ego neceſſario colligo ex *l. ob carmen* 21. §. 1. *D. hoc tit.* & hoc eſt, quod Quintilianus *dicto loco* ait, lege denuntiari teſtimonium invitis, ergo eadem poteſtas data fuit judicibus in cauſſis civilibus, hac conſtitutione Juſtiniani, διὰ τὴν τῶν ἀποδείξεων εὐπορίαν; propter facultatem probationum, ut loquitur *dicta Nov.* 90. *cap.* 5. & hoc eſt, opinor, quod ipſe Juſtinianus inſinuat his verbis *d. l. ſi quando* 19. *ſi quis*, inquit, *ex noſtra lege invitos trahere maluerit.* trahuntur enim non tam proprio imperio & juſſu magiſtratus, ſive judicis, non tam poteſtate, quæ competit jure magiſtratus, quam auctoritate legis, & ſeparanda diligenter ſunt ea, quæ a lege dantur magiſtratibus, ab his quæ magiſtratibus competunt proprio jure magiſtratus *l.* 1. *D. de offic. ejus, cui mandata eſt jurisdictio.* nec obſtat, quod Zeno conſtituit in *d. l.* 15. §. *ult. C. hoc tit.* eos qui adhibentur ad fidem inſtrumentorum, uti non poſſe fori præſcriptione, hoc enim propria ratione, de qua ſupra, nititur: æquum enim eſſe exiſtimavit hoc tantum caſu Zeno, in cauſſis pecuniariis invitos teſtes eſſe trahendos, ideoque uti non poſſe præſcriptione fori, ſed cum deinde Juſtinianus hanc æquitatem generaliter in cauſſis pecuniariis conſtituit, generaliter quoque tollere voluit omnem præſcriptionem fori, & plenam poteſtatem deferre judici, cujus jurisdictioni teſtes quoscumque generaliter ſubjicere voluit, ut ex judicis arbitrio pendeat, utrum neceſſe ſit, teſtes evocare, vel delegare auditionem locorum judicibus, qui ex delegatione & ſententia judicis cognoſcentis teneantur teſtes audire, & examinare *d. l. judices* 18. *C. de fid. inſtrum.* & *d. Nov.* 90. *cap.* 5. remittuntur autem teſtes abſentes ad proprios judices adminiſtrationem & jurisdictionem habentes, ut melius & perfectius, majoribus auſpiciis terrore imminente, teſtes exaudiantur, ut in re ſimili loquitur *Nov.* 60. *cap.* 2. & de hac deſtinatione, vel delegatione loquitur Harmenopulus, non de evocatione, quam hæc conſtitutio permittit judici indi-

diſtincte, quamvis teſtes ſint in alieno territorio, ſi hoc cauſſa efflagitat, ut ſupra docui. Non poſſunt igitur detrectare teſtimonium, & uti præſcriptione fori, ſed coguntur legitimis modis, multæ dictione, & pignoris capione ex ſententia judicis cognoſcentis, ne ſit luſoria poteſtas, quæ hac lege datur; & ſi adhibentur officiales judicum, qui provincias, vel civitates regunt, adhibentur, tamquam executores rei judicatæ a judice, qui de cauſſa cognoſcit, huic enim hanc poteſtatem lex dedit, ut veritas cauſſæ, quam judicandam ſuscipit, facilius inveniatur. Vult denique hæc conſtitutio, has interlocutiones, productiones, & evocationes fieri ſine ullo impendio teſtium, qua de re diximus ſupra in *l. quoniam* 11.

Ad Leg. ſi quis teſtibus 17. *C.* de teſtib.

IMP. JUSTINIANUS A. MENNÆ P. P.

Si quis teſtibus uſus fuerit, iidemque teſtes adverſus eum in alia lite producantur, non licebit ei perſonas eorum excipere, niſi oſtenderit, inimicitias inter ſe & illos poſtea emerſiſſe, ex quibus teſtes repelli leges præcipiunt, non adimenda ſcilicet ei licentia ex ipſis depoſitionibus teſtimonium eorum arguere. Sed & ſi liquidis probationibus datione, vel promiſſione pecuniarum eos corruptos eſſe, oſtenderit, etiam eam allegationem integram ei ſervari præcipimus.

Hac quoque conſtitutione novum jus Juſtinianum condere, non dubito, ut ex eo, quod quis in una lite fecit, in alia ſibi præjudicet, ut ſi Titius quibusdam teſtibus in lite, quam inſtituit adverſus Sempronium, uſus ſit, ſi iidem teſtes a Sempronio, vel alio quolibet, in alia quadam lite producantur, non liceat Titio perſonas eorum excipere. Novum, inquam, jus, cujus veſtigia nulla reperio in libris Pandectarum, & nobis idem de hoc jure dicere licet, quod Ulpianus ait de edicto, *quod quisque juris in alium ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur*, in *l.* 1. *D. eod. tit.* id ſummam habere æquitatem & ſine cujusquam indignatione. Qua enim fronte quis dicere poteſt illicitum, quod ipſe voluit ſibi eſſe licitum? Eleganter Arnobius *lib.* 1. *adverſus Gentes* (*pag.* 21. *edit. ann.* 1651. *Lugd. Bat.*) *Res agitis ſatis injuſtas, ut id nobis conſtituatis eſſe damnabile, quod ipſi vos factitatis, aut, quod vobis licere permittitis, conſimiliter aliis licitum eſſe nolitis.* Quando autem quis dicatur, *uti iisdem teſtibus*, variis propoſitis quæſtionibus, interpretes non inſubtiliter tractant, ſed has prætermitto, ut doceam, quod eſt difficilius, recte Accurſium adnotaſſe, hæc verba in *alia lite* ita eſſe accipienda, ut ſubintelligat

Juſtinianus, hoc non poſſe procedere in eadem lite, ut teſtis ſcilicet, qui pro intentione actoris productus fuit adverſus reum, rurſus a reo producatur ad probandam exceptionem, & hanc eſſe veram interpretationem vexatæ legis 23. *D. hoc tit. produci*, inquit, *teſtis is non poteſt, qui ante in eum reum teſtimonium dixit*, ut, qui ante in aliquem reum teſtimonium dixit, rurſus pro eodem teſtis, in eadem ſc. lite, eſſe non poſſit, huic enim recte opponitur exceptio de qua in *l. ult. C. hoc tit. niſi jam tuum teſtimonium dederis*, ſi enim productus fuit ab actore, & ſecundum intentionem actoris ſimpliciter depoſuit, & dixit, puta, creditam fuiſſe pecuniam, ſed nihil dixit de exceptione rei, pecuniam poſtea fuiſſe ſolutam, merito videri poteſt ſuſpecta hæc reticentia, nec rurſus admittendus eſt pro reo, a quo corruptus videtur, ut pro eo poſtea dicat, quæ vir bonus uno tempore dicere debuit, cum ab actore productus fuit, quod diligentius apud me reputans, nunc melior factus lubenter repudio contrariam ſententiam omnium interpretum, quam ſupra in *l.* 7. bona fide ſecutus ſum, exiſtimo nullam, niſi hanc, poſſe dari dictæ legis 23. interpretationem, quam & interpretes Græci *Baſil. tom.* 11. *p.* 560. retinent, & Cujacius probat *lib.* 11. *Obſ. c.* 23. & cave, ne te decipiat, quod Duarenus fruſtra tentat, hoc velle JCtum in *dicta lege*, aliquem idoneum teſtem in ejus cauſſa non eſſe, in quem, criminis poſtulatum, ſemel teſtimonium dixit; quod ita refello: cum dicta lex 23. ait, *produci non poſſe*, hoc ita exaudiendum eſt, ut omnino is teſtis non exaudiatur, & non poſſit interrogari, & in ipſo limine ejiciatur, atqui accuſator ipſe, finito judicio criminali, poteſt interrogari adverſus reum in alia qualibet lite, ut colligitur ex verbis *Nov.* 90. *cap.* 8. ubi nominatim Juſtinianus ait, hunc non eſſe admittendum, donec de crimine judicetur, ut vetus interpres vertit, quamvis non nego, ſalvas eſſe exceptiones adverſus teſtimonium ejus, & pertinere ad officium judicis, quanta fides ſit adhibenda huic teſtimonio, quæ plena eſſe poteſt, ſi reconciliatio ſecuta ſit, ut in *l. ſi duas* 6. §. *dat remiſſionem* 17. *D. de excuſation. tutor.* ſi igitur accuſator produci poteſt, qua ratione dicere poſſumus, teſtem non poſſe interrogari ſive produci? Ex his apparet, recte Accurſium colligere ex vera interpretatione dictæ legis 23., hanc legem non poſſe procedere in lite eadem, & locum tantum habere in alia lite. Sed addit exceptionem, niſi oſtenderit, inimicitias inter ſe & illos poſtea emerſiſſe, inimicitias ſcilicet capitales, ex quibus, ut ait, teſtes repelli leges præcipiunt, docere enim debet, ut eſt in *d. cap.* 8., ſe judicium criminale cum illis exercere, & ita inimicitiæ capitales dicuntur in jure *d. l. ſi duas* 6. §. *dat remiſſionem* 17. *D. de excuſation.* quod ſi alia quædam juſta cauſſa poſtea emergat, idem dicendum eſſe ex ſententia Johannis, æquitatis ratio ſuadet. Subjicit deinde, permiſſum eſſe arguere teſtimonia eorum ex ipſis depoſitionibus, id eſt, oſtendere, eos varia, falſa & contraria depoſuiſſe. Ultimæ clauſulæ ſententia hæc eſt: poteſt quoque hanc exceptionem objicere, eos corruptos fuiſſe datione, vel promiſſione pecuniæ, ſed an hæc allegatio, ſeu exceptio oppoſita ſtatim expellit eos a teſtimonii dictione, ut, qui hanc exceptionem propoſuit, admittatur ad probationem exceptionis? Quod prima fronte videtur dicendum, ſed contrarium ſuadent hæc verba, *eam allegationem ei ſervari integram præcipimus*, ſervari igi-

igitur, ut eam exerceat & probet poſt auditionem, & hac ratione refellat eorum teſtimonia.

Ad Leg. teſtium facilitatem 18. *C.* de teſtib.

IDEM A. MENNÆ P. P.

Confirmat & renovat hanc conſtitutionem Juſtinianus *Nov.* xc. *cap.* 2. ſi quis petit debitum, ex ſcripto, puta, ex chirographo, non facile ſolutionem teſtibus probari, niſi ſint quinque idonei, quibus præſentibus, ſolutio facta ſit, vel nominatim creditor profeſſus ſit, ſe pecuniam creditam accepiſſe. Imo ex *dicto cap.* 2. ad hoc nominatim debent eſſe rogati, ut in teſtamentis, nec hoc caſu fortuiti teſtes admittuntur, ſed cur ait lex noſtra, *non facile?* quæ verba veteres non potuerunt explicare, & puto, his verbis eamdem interpretationem eſſe adhibendam, quam adhibuimus ſupra ſimili clauſulæ, in fine legis 9. ut aliquando non obſervetur, quod hæc lex præſcribit, ſi parva puta, vel exigua ſumma ſit, & ut teſtes, ſi non adeo ſummæ & integræ opinionis ſint, admittantur tamen, ſed adhibitis tormentis, ut docet *d. Nov. cap.* 3. illo loco, *ſi vero non hujusmodi teſtes ſint, quales pridem edidimus*, (reſpiciens ad hanc legem) *& tormentis eos ſubdi præcipimus.* Quod ſi apocha ſolutionis amiſſa ſit, amiſſione probata, etiam debiti ſolutionem per teſtes poſſe probari, nulla habita ratione hujus novi juris.

Ad Leg. ſi quando 19. *C.* de teſtib.

IDEM A. JULIANO P. P.

Ne abutantur judices poteſtate conceſſa *l.* 16. ſupra, ut ſcilicet poſſint quoscumque teſtes evocare invitos, primum, hoc conſtituit, evocatos non invitos cogendos eſſe ſatisdare judicio ſiſtendi cauſſa, id eſt, promittere, datis fidejuſſoribus, ſed committendos eſſe juratoriæ cautioni: ſecundo, evocatos intra quindecim dies a judice eſſe interrogandos, utraque parte præſente, cum recipiuntur, non cum audiuntur. Quod ſi tempore conſtituto non audiantur, habere teſtes licentiam diſcedendi, ita ut amplius judex non poſſit eos retrahere: ſi autem forte ex ea re quid damni pars ſentit, judicem litem ſuam facere, id eſt, actione in factum teneri, ut damnum illatum parti ſarciat.

Ad Leg. cum apud 20. *C.* de teſtib.

IDEM A. JULIANO P. P.

Eſt deciſio Juſtiniani, qua veterem controverſiam diſcingit, quæ ſcilicet fuit inter veteres JCtos, & eſt, opinor, pars legis *pen. C. de recept. arbitr.* eamdem aptandam eſſe exiſtimo ad §. *ult. d. l. pen.* variatum fuit in hac quæſtione, utrum poſſit litigator in judicio uti depoſitionibus apud arbitrum jam factis, ſi, ut plerumque fit, ab arbitro partes tranſeant ad judicem ordinarium, & utrum liceat teſtes, apud arbitrum interrogatos, rurſus in judicio interrogare, nulla habita ratione exceptionis, de qua ſupra dixi in *l.* 17. *niſi de ea re jam tum teſtimonium dederis*, quia hoc jure producti ſemel & interrogati teſtes iterum non interrogantur, numquam admittuntur. Hanc tamen dubitationem & controverſiam in ſpecie propoſita ita temperandam eſſe, cenſet Juſtinianus, ut primum conſtituat, ſi quid ſuper ea re conventum ſit in compromiſſo, conventionem eſſe obſervandam, ſi vero nihil conventum ſit, ita diſtinguit: vel omnes teſtes ſunt ſuperſtites, vel jam defuncti, aut quidam ſuperſtites ſunt, quidam defuncti; ſi ſuperſtites ſunt, datur electio ei, adverſus quem proferuntur depoſitiones, ut vel patiatur teſtes rurſus interrogari, nulla propoſita exceptione, vel præciſe teneatur admittere depoſitiones, quas tamen poſſit legitimis modis impugnare: ſi vero defuncti ſunt, omnino admittendas eſſe depoſitiones, ſalvis & integris exceptionibus, quas adverſus eos habere poteſt: quod ſi quidam ſint ſuperſtites, quidam vero defuncti, in ſuperſtitibus dari eamdem electionem, in defunctis admittendam eſſe eamdem neceſſitatem, ſed cum eodem temperamento, ut ſemper liceat arguere depoſitiones.

Ad Tit. 24. *Lib.* 4. *Cod.* de pigneratitia actione.

Sub Tit. *de rebus cred.* prætorem edixiſſe de commodato & pignore Ulp. ait *l.* 1. *D. de rebus cred.* quamvis creditum proprie mutuum ſit, quo dominium transfertur in accipientem *l.* 2. §. 1. *D. eod. tit.* ſed ampliata ſignificatione crediti, commodatum non improprie creditum eſt, quod is, qui accepit, reddere & reſtituere tenetur, & pignus creditori datum, ut ſoluta pecunia reddatur & reſtituatur; recte ergo poſt præcedentes titulos *de mutuo* & *commodato*, datur hic titulus *de pignerat. act.* id eſt, de actione, quæ competit ob pignus datum a debitore creditori. Ut autem intelligamus, de qua pigneratitia actione hæc rubrica accipienda ſit, altius repetenda eſt origo omnium pignorum, quæ apud Romanos recepta & frequentata fuiſſe, tam ex libris noſtris, quam ex alienis auctoribus, obſervare licet.

Et

Et primum non dubito, Romano jure fuiſſe inductum genus illud pignoris, quod *fiducia* appellatur apud M. Tullium notiſſimis locis, Iſidorum *lib.* v. *Orig. c.* 15. Paullum in *ſent. libb.* & alios auctores, viris eruditis laudatos, & in hanc rem adductos, & Iſidorus quidem ex vetuſto quodam JCto ſimpliciter fiduciam eſſe, ait, *cum res aliqua, ſumendæ mutuæ pecuniæ gratia, mancipatur, vel in jure ceditur.* quibus modis transferri dominium in eum, cui mancipatur, vel ceditur, notiſſimum eſt ex Ulp. libro ſingulari regularum *tit.* XIX. *de dom. & acqu. rer.* ſed, ut colligere licet ex verbis Paulli *lib.* 2. *ſent. tit.* 13. §. 3. ſoluta pecunia, tenebatur creditor remancipare, & inde fiduciæ nomen, ut in venditione uſurpata in emancipatione, cum pater filium extraneo mancipabat, contracta fiducia, ut ſc. teneretur extraneus mancipatum manumittere, & quemadmodum is, cui pater filium, contracta fiducia, mancipabat, pater fiduciarius dictus fuit, quia non verus pater, ſed fictitius & imaginarius: ita quoque hic creditor non fuit pleno jure abſolute dominus, ſed dominus fiduciarius, & cum hac adjectione, dominus ex cauſſa fiduciæ. Nec verum eſt, quod perpetuo Cujacius docuit (*r*), hoc ſemper fuiſſe ex natura & ſubſtantia hujus contractus, ut, non ſoluta ſua die pecunia, res committatur, & acquiratur pleno jure creditori, & fiduciam nihil aliud eſſe, quam legem commiſſoriam. Quid eſt lex commiſſoria? Eſt expreſſa conventio, vel pactio, qua id nominatim agitur inter creditorem & debitorem, ut, non ſoluta ſua die pecunia, pignus acquiratur pleno jure creditori; quod non ſemper procedit in fiducia, niſi hoc nominatim conventum ſit. Decepit virum magnum titulus 13. libri 2. *ſent. Paulli*, ita conceptus, *de lege commiſſoria*, ſub quo de fiducia tractatur. Sed quis non videt, in ea collectione ſententiarum Paulli, cujus auctor fuit Anianus Gothus JCtus, innumeris locis peccatum fuiſſe, vel in ſectione, vel in præſcriptione titulorum: in tit. 4. promittit Rubrica tractatum de fiducia, his verbis *de commodato, & depoſito pignore fiduciave*, ſub quo tamen titulo tractatur tantum de commodato. Sequitur Tit. de pignoribus, cui ſubjiciendus ſtatim fuit Tit. *de fiducia.* de quo tractatur ſub dicto Titulo *de lege commiſſoria.*

Hanc, ut cœpi dicere, non inficior, aliquando additam fuiſſe huic contractui fiduciæ ex pactione expreſſa, quod & legis, id eſt, pactionis dictæ initio contractus nomen indicat ſatis, ſed omni aſſeveratione confirmo, fiduciam non eſſe legem commiſſoriam, & ſeparandum eſſe contractum fiduciæ a pactione, quæ addi quidem potuit contractui, ſi ita convenerit, ſed ſine qua per ſe ſubſiſtit ſubſtantia contractus fiduciæ, & quemadmodum eandem legem commiſſoriam, conſtat, quoque fuiſſe pactionem venditionis, ſed non ideo venditionem eſſe legem commiſſoriam, ita quoque fiducia non eſt lex commiſſoria, ſed lex commiſſoria eſt pactio, quæ tam venditionibus, quam pignoribus addi poteſt a contrahentibus. Magna profecto fuit ſupinitas JCti Gothici, qui nobis interpolatas dedit ſententias Paulli. Omnes fere ſub d. Tit. *de lege com-*

(*r*) Prodit hanc ſententiam Cujacius in *not. prior. ad* §. 8. *Inſt. de legitima agnat. ſucceſſ.* & clarius ad *Paulli ſent. l.* 11. *tit.* 13. *not.* 1. refutatus ibidem a Schultingio.

commiſſoria liquido docent, fiduciam non committi pleno jure creditori. Nulla extat, quæ doceat committi, ergo male ſub d. Tit. ita concepto *de lege commiſſ.* tractatur tantum de fiducia, quæ non committitur: fuit forte ita conceptus titulus in Paullo ipſo, *de fiducia & lege commiſſoria*, quia ſub eo Tit. tractabat Paullus de ipſo contractu, & de pactione, vel lege aliquando addita contractui, ſed Anianus contentus fuit poſteriore rubricæ parte, nulla tamen propoſita ſententia de hac pactione, vel lege commiſſoria. Utut ſit, perſpicue doceo, fiduciam non ſemper committi & acquiri, pecunia non ſoluta, creditori, nec fiduciam dici poſſe legem commiſſoriam, ut Cujacius voluit, cujus tamen ſententiam P. Pithœus Eruditiſſ. Cujacii diſcipulus quodammodo emollire cœpit in notis ad *tit.* x. *Collat. leg. Moſaïcæ cum leg. Rom.* ſcribens, fiduciam non eſſe quidem legem commiſſoriam, ſed eſſe inſtar legis commiſſoriæ, & ita ſemper verum eſſe, fiduciam committi ex natura fiduciæ creditori, non ſoluta pecunia. At contra ex Paullo conſtat, non ſoluta pecunia, creditorem vendere fiduciam, ut ex pretio rei venditæ ſibi ſolvat, & teneri ſuperfluum reddere debitori, per ſuppoſitam perſonam creditorem fiduciam emere non poſſe, neque ita finiri poſſe cauſſam fiduciæ, ſed fiduciam luere poſſe debitorem, nulla habita ratione venditionis, quæ nulla eſt, hæc omnia Paullus docet in §. 1, 3. & 4. *d. tit.* Si creditor fiduciarius, ut ſibi conſulat & finiat cauſſam fiduciæ, vendit fiduciam, quod utique facere debet, nec enim aliter poteſt non ſoluta ſua die pecunia, ſane neceſſario ſequitur, fiduciam non committi & acquiri pleno jure creditori; nam, cum committitur, finitur ſtatim cauſſa fiduciæ, at docet Paullus, non ſolvi cauſſam fiduciæ, niſi ſit vera venditio facta extraneo, & rurſus cum vendit, ſi quid ſuperfluum eſt, reſtituit, ergo non fuit pleno jure commiſſa; commiſſam enim, cujus dominus effectus eſt pleno jure, ſi vendit creditor, ſuperfluum reddere non tenetur, & hoc fuit periculum legis commiſſoriæ, amittendæ plerumque rei pretioſæ pro modica pecunia, quam pactionem ideo reprobavit Conſtantinus *l. ult. C. de pact. pign.* ſed non ideo, ut vult Cujacius, reprobata quoque fuit omnino fiducia, quæ ſine periculoſa illa pactione procedere & conſiſtere poteſt: fiduciam poſt Conſtantinum in uſu fuiſſe, reſciſſa in pignoribus lege commiſſoria, colligere licet ex conſtitutionibus poſteriorum Principum, ut ex *l. 9. C. Th. de Inſtrum. quæ ſub lyr. geſta ſunt.* & ex locis Sidonii Apollinaris & D. Ambroſii, quos conſtat poſt Conſtantini tempora floruiſſe, a D. Cujac. adnotatis, ii enim de fiducia tanquam de contractu frequenti & uſitato perſpicue verba faciunt, ut ita mihi liceat argumentari, poſt ſublatam legem commiſſoriam remanſit uſus fiduciæ, ergo fiducia per ſe non eſt lex commiſſoria. Nec me movet locus M. Tullii in *Orat. pro Flacco c.* 21. quo Cujacius utitur. Imo contra ex illo loco colligere licet, fiduciam non ſemper amitti, id eſt, acquiri pleno jure creditori, non omnem fiduciam dici poſſe commiſſam, ſed eam tantum, cui expreſſa conventione addita fuit lex commiſſoria a Conſtantino reprobata, ſic enim verba M. Tullii ex fide veterum librorum ſunt legenda, ut in ultima editione Jani Gruteri, quam procuravit ex libris & obſervationibus eruditiſſimi & amantiſſimi quondam commilitonis ſub magno duce Cujacio, Jani Gulielmii, *hanc tibi fiduciam commiſſam dicis, tenes*

tenes & possides. commissam enim dicebat creditor ex dicta lege fiduciam, & cum ait, *hanc fiduciam tibi commissam dicis*, satis innuit, non semper & omni casu fiduciam posse dici commissam. Est ergo lex commissoria, quæ fiduciæ & pignori inesse potuit, sed contractus ipse fiduciæ subsistit per se, sine hac lege, quam facessere jubet Constantinus in *d. l. ult. Creditores*, inquit, *re amissa*, quam sc. ex lege commissoria commissam acquirebant, *jubemus recuperare*, *quod dederant.* vendita, puta, fiducia, vendito pignore & superfluo reddito, ut regulariter obtinuisse in fiducia supra ex Paullo docui. Concludamus igitur, legem commissoriam separandam esse a fiducia, sed videamus, cui bono in hoc contractu hoc receptum fuit, transferri dominium in creditorem, per solemnem actum & legitimum, id est, per mancipationem, & in jure cessionem, quod observandum est, obtinuisse primum prisco illo jure ex XII. tab. deducto, quo sc. contractus omnes per æs & libram perficiebantur, cum nexum mancipiumque faciebant, secundum ritum ex Caji libris a Boëtio ad Topica Ciceronis expositum. Huic ergo fini translatum est dominium jure civili in creditorem, ut, non soluta pecunia, creditor fiduciam vendere posset, & transferre dominium in emptorem ex natura & substantia hujus contractus, ideoque non valet pactum additum fiduciæ, ut non liceat creditori vendere fiduciam; hoc enim est, quod voluit Paullus *d. tit.* 13. §. 5. *ex tali conventione non nasci fiduciæ actionem.* id est, hoc pactum, quia est contra naturam & substantiam fiduciæ, non posse formare actionem debitori, qua intendat, non licere creditori vendere fiduciam, pactum enim contra naturam contractus appositum valere non potest *l. cum precario* 12. *pr. D. de precar.* ita ergo committitur fiducia creditori, ut licite distrahat, non ut pleno jure possideat, sublata debitori facultate luendæ fiduciæ, & hoc videtur fuisse jus pignoris, quod veteres fiduciam vocarunt, constitutum per mancipationem, & in jure cessionem. Ad instar fiduciæ receptum deinde fuit pignus, quod traditione constituitur, non adhibito actu solemni & legitimo, ex quo non dominium, ut in fiducia, sed possessio tantum transfertur in creditorem *l. cum & sortis* 35. §. 1. *D. hoc tit.* & quia non transit dominium, quo fretus fiduciarius creditor rem alienaret, necessaria fuit expressa conventio, ut liceret creditori pignus vendere, quod pactum vulgare dicitur in *l. pactum* 4. *hoc tit.* hoc est, quod Justinianus liquido docet in §. *contra* 1. *Instit. quib. alienare licet*, *vel non.* cum ait, creditorem, qui dominus non est, dominium transferre voluntate debitoris, qui ab initio contractus pactus est, ut liceat alienare, si vero hoc dictum non sit, sed simpliciter pignus datum sit, ut Paullus loquitur *lib.* 2. *sent. init. tit.* 8. quæritur, an possit creditor distrahere? Et videtur non posse, cessante expressa voluntate debitoris, sed receptum tandem fuit, ne pignus sit inutile, posse creditorem vendere post trinam denuntiationem, & in hanc rem sunt valde notanda Ulpiani verba in *l.* 4. *D. hoc tit. hoc jure*, inquit, *utimur*, *ut liceat distrahere*, quamvis stricta ratione id non permissum videatur sine expressa conventione, & in hoc potissimum videtur constituenda differentia inter fiduciam & pignus, quia hoc naturaliter inest fiduciæ, non pignori. In quo tandem hoc receptum fuit, quæsito remedio trinæ denuntiationis, quæ non fuit in fiducia. Ex his ergo observare licet

pro-

progreſſum hujus juris. Primum, pignus conſtitutum fuit translato dominio in creditorem, adhibito actu ſolemni & legitimo, ut tamquam dominus pignus creditor diſtraheret: receptum deinde fuit ſecundum pignoris genus ſine actu ſolemni, interveniente traditione, & lege dicta in ipſa traditione, neque jus civile tertium admiſit, quod ſc. nuda conventione, ſine mancipatione, vel traditione conſtituitur, & proprie hypotheca dicitur, hoc enim eſſe non ex jure civili, ſed ex jure prætorio, notiſſimum eſt ex *l. ſi tibi* 17. §. 2. *D. de pactis.* Pignus ergo primum jure civili conſtitutum fuit mancipatione, vel in jure ceſſione, ut optimo jure rem teneret poſſideret creditor, deinde traditione & poſſeſſionis translatione, & tandem jure prætorio nuda conventione, ut donatio olim perficiebatur mancipatione, vel in jure ceſſione. *l.* 4. *C. Th. de donat. l.* 1. *C. Hermog. eod. tit.* deinde traditione, & tandem nuda conventione. *l. ſi quis argentum* 35. *C. de donat.* §. 4. *Inſtit. eod. tit.* fiducia cum mancipatione in deſuetudinem abiit, poſtquam nexum mancipiumque facere deſierunt, non, ut D. Cujacius vult, inhibita in pignoribus lege commiſſoria. Remanſit tamen hodie jure, quo utimur, imago quædam & ſimilitudo hujus pignoris, in venditionibus illis, quæ fiunt vili pretio, ea lege, ut quandoque ſoluto pretio, res vendita reſtituatur, de quibus in cap. *ad noſtram ext. de vendit. & empt.* & in *cap. illo vos ext. de pignor.* Porro pignus, quod traditione conſtituitur, & re contrahitur. §. *ult. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* ut cœpi dicere, ad inſtar & ſimilitudinem fiduciæ jure civili videtur inductum, & quamvis in quibusdam differat a fiducia, multa tamen habet communia cum fiducia, in hoc viſum eſt ſufficere translationem poſſeſſionis, non dominii, pignore, ut Paullus loquitur, depoſito apud creditorem, vel, ut Papinianus eleganter ait in *l.* 9. §. *ult. D. de ſupell. leg.* propoſito propter contractus fidem, & reſtituendæ rei vinculum. D. Hieronym. *lib.* 1. *Comment. in ep. ad Epheſ. ad cap.* 1. *pignus, hoc eſt,* ἐνέχυρον, *pro mutua pecunia opponitur, ut cum illa reddita fuerit, reddenti debitum pignus a creditore reddatur.* In fiducia ergo & pignore, proponuntur, deponuntur, apponuntur & opponuntur res, ut in tuto ſit creditum, Senec. *l.* 7. de benef. *rebus meis in ſecuritatem creditoris oppoſitis.* id eſt, pignori datis. D. Gregor. *ep.* 42. *lib.* 1. *ſuppoſitorium aliquid argenteum pro uno ſolido dicitur eſſe oppoſitum, & calix pro ſex ſolidis dicitur eſſe appoſitus. Interrogato Dominico ſecretario, vel aliis, qui ſcire poſſunt, debitum recipe, & vaſcula præfata reſtitue.* & in fin. ejusdem Epiſtolæ, *quidquid oppoſuerat, vel vendiderat, oppoſita abſolve, & de venditis pretium reſtitue.* Cæcilius apud Feſtum in verbo *Reluere, ut aurum & veſtem, quod matris fuit, reluat, quod viva ipſi oppoſuit pignori.* Ex his apparet, fiduciam, vel pignus eſſe contractum, ex quo creditor obligatur debitori, & tenetur remancipare, vel reſtituere, quod datum eſt, ſoluta pecunia, & in hanc rem compoſitæ ſunt actiones directæ fiduciaria, pigneratitia, & ex contrario debitor obligatur creditori ob rem fiduciariam, vel pignori datam, ſi rem creditor fecerit meliorem, & agitur adverſus debitorem ex contraria actione fiducia, vel pigneratitia, ut Paullus docet *d. tit.* 13. *lib.* 2. *ſent.* §. 7. & Pomponius in *l. ſi neceſſarias* 8. *pr. D. hoc tit.* & quemadmodum veterem actionem fiduciæ conſtat fuiſſe bonæ fidei, auctore M. Tullio, ita quoque & ad

ſi-

similitudinem fiduciæ, pigneratitia inter actiones bonæ fidei numeratur in §. *actiones* 28. *Instit. de act.* ubi D. Cujac. notat, omitti actionem fiduciæ, quia exoleverat. De tertio genere pignoris, quod nuda conventione constituitur, & proprie dicitur hypotheca, prætor actionem dedit §. *item Serviana* 7. *Instit. de act.* jus enim civile agnovit tantum pignus, quod mancipatione, vel traditione constituitur, & hujus juris vestigia retinent hodie in hoc Regno Picardi & Campani, qui fictitia quadam traditione & in jure cessione utuntur, quæ fit apud judicem & hanc vocant *vest & devest*, neque aliter existimant in jure civili jus posse in re constitui. Græci autem, a quibus Romanos hypothecam accepisse constat, res sibi obligatas signare solebant, propositis in prædiis obligatis tabulis quibusdam, ut D. Cujacius docuit *lib.* XVI. *Obs. cap.* 12. & hujus moris vestigia quædam observare licet in *l. ult.* §. *si ad januam* 2. *D. quod vi aut clam.* & in *l.* 20. *D. de injur.* quod tamen prohibitum fuit, non adhibita publica auctoritate. *l.* 2. *C. ut nemini liceat sine jud. auct. signa reb. imp.* hæc signa Franci vocant *Brandons.* fiunt enim plerumque ex panniculis, & inde, *Panonceaux.* In hoc potissimum differt actio prætoria hypothecaria a civili, quod prætoria sit in rem, non in personam, ut civilis. *l. pignoris* 17. *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *D. de pignorib. l.* 2. *C. si unus ex plur. hered.* nec ut civilis bonæ fidei est, dicitur tamen plerisque locis prætoria hypothecaria, pigneratitia, & quod hypothecæ suppositum est, pignori datum, sed pigneratitia civilis numquam dicitur hypothecaria, & quemadmodum debitor hypothecarius, si forte creditor hypothecam possideat, puta, quia egit hypothecaria, uti potest soluta pecunia, pigneratitia personali & quidem civili adversus creditorem, ita quoque creditor, in quem possessio pignoris translata est, si casu quodam eam amiserit, agere potest prætoria hypothecaria. *l. si creditor* 28. *D. hoc tit.* sic enim usu fori & interpretatione prudentum in unam consonantiam hæc varia jura redacta sunt, ut de testamentorum juribus loquitur Justin. in §. *sed cum paulatim* 3. *Instit. de test. ordin.* Sed cave, ne dicas pigneratitiam personalem, qua debitor hypothecarius utitur adversus creditorem, esse prætoriam, est enim civilis accommodata debitori hypothecario, & hypothecaria, qua creditor pigneratitius amissam possessionem revocat, est prætoria, non civilis; realis, non personalis. Jure Franciæ inducta est quædam species actionis hypothecariæ, quæ personalis potius, quam realis est, de cujus vi & potestate vide, si placet, eruditum syntagma Caroli Loiseau, *du deguerpissement l.* 3 *c.* 2. In hoc Tit. tractatur principaliter de pigneratitia civili personali, bonæ fidei, tam directa, quam contraria; obiter vero de reali & vindicatione pignoris.

Ad Leges ex pignore 1. *quod ex operis* 2. *& creditor qui prædium* 3. *C.* de pignor. act.

L. 1. IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. AD METRODORUM.

Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio, & redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt, redduntur, videlicet mota actione pigneratitia.

L. 2. IMP. ALEXANDER A. DEMETRIO.

Quod ex operis ancillæ, vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitatem relevabit.

L. 3. IDEM A. VICTORINO.

Creditor, qui prædium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet: & si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pignoratitia actione obligatur.

Pignus utriusque gratiæ datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis in tuto ei sit creditum, ait §. *ult. Inst. quibus modis re contrah. obl.* datur ergo creditori, ut incumbat pignori *l. quæsitum* 14. *D. de pign.* quia, ut est in regula juris, plus cautionis est in re, quam in persona, ut facilius jus, potestatemque vendendi pignoris exerceat, & ad suum commodum pervenire possit, ut loquitur eleganter lex *creditoris* 8. *D. de distract. pig.* Sed videtur primum pignus datum in manibus. *l. plebs* 238. §. *pignus* 2. *D. de verb sign.* ubi scita magis, quam vera notatione, pignus dici a pugno, JCtus ait, ut a Græcis ἐνέχυρον dictum, quidam existimant, quasi ἔνχειρον, quod in creditoris manum traditur, quod pro debito datur, τὸ διδόμενον ὑπερ χρεῶς ait Suidas, in verbo ἐνέχυρον. Et in hoc primum obtinuisse videtur vetus regula juris tradita in §. *furtum autem* 6. *Instit. de oblig., quæ ex del. nasc.* & *l. si pignore* 54. *pr. D. de furt.* furtum committere creditorem, qui pignore utitur, quia in alium usum hoc transfert, quam cujus gratia ei datum est. Datum enim est pignus rei mobilis, non ut creditor

tor utatur, ſed ut pignori incumbat, ut habeat in tuto creditum, eæ enim res uſu deteriores fiunt, & plerumque pereunt, ut ſi quis veſtimenta pignori dederit, ſed hæc regula primum vitium pati cœpit, ſi convenerit, ut creditor utatur, ut in eleganti ſpecie tractata a Papiniano *l.* 9. §. *ult. D. de ſupell. leg.* Sed cum neceſſarius uſus pignorum hoc induxit, non ſolum res mobiles, ut initio, ſed etiam immobiles dari poſſe pignori, ex quibus fructus percipere poteſt creditor, in his non obtinuit vetus illa regula juris, quæ proprie pertinebat ad res mobiles; his enim rebus immobilibus tantum abeſt, ut creditor uti frui non poſſit, ut imputetur ei, ſi non utatur fruatur, tenetur enim non ſolum de fructibus perceptis, ſed etiam de percipiendis, ut nominatim ait lex 3. *hoc tit.* ſed poſtquam receptum fuit, res immobiles pignori dari poſſe, & debere creditorem rebus immobilibus uti frui, hoc quoque receptum fuit, fructus, quos percepit creditor, in debitum & uſuras eſſe imputandos, quaſi hac perceptione ſibi ſolviſſe videatur, quæ eſt brevis ſententia legis *l.* 1, 2, & 3. quod etiam receptum fuiſſe in fiducia Paullus docet *tit.* 13. §. 2. *lib.* 2. *ſent.* hoc ergo regulariter actum cenſetur inter creditorem & debitorem, ut creditor agro pignori, vel fiduciæ dato plene utatur fruatur, ut poſſit locare, imo ut poſſit pignus pignori dare, ut in tit. *ſi pign. pign. datum ſit*; his enim modis ad ſuum commodum pervenire poteſt *d. l. creditoris* 8. & perceptione fructuum ſibi ſolvere. Ex his apparet, fruſtra interpretes adnotare, in his caſibus verſari jus ſingulare, quaſi cogatur creditor particulares ſummas admittere, quod multa incommoda habere dicitur in *l. plane* 3. *D. fam. erciſc.* & hoc quidem verum eſt, non poſſe cogi creditorem per partes debitum accipere *l. tutor* 41. §. *Lucius* 1. *D. de uſur.* niſi forte ab humano prætore in jure, id eſt, eo tempore, quo impetratur actio ex ſententia Juliani, non ex ſententia veterum, ut docet lex *quidam* 21. *D. de reb. credit.* ſed quis non videt, creditorem non poſſe dici invitum, qui hoc nomine agit, pignore accepto, ex natura contractus, quo ſcilicet in tuto creditum eſſe voluit, & ita ad ſuum commodum pervenire. Eademque plane ratione diluenda eſt vulgaris objectio, quaſi hoc caſu compenſatio quædam inducatur, ex diſpari ſpecie contra id, quod Paullus ait *lib.* 2. *ſent. tit.* 5. *& lex ult. C. commodati.* aliud enim pro alio ſolvi, imputari, compenſari poteſt. *l.* 2. §. 1. *de reb. credit. l.* 1. §. *an poteſt* 5. *D. de conſtit. pecunia.* ſi id creditor velit & admittat, qui utique voluit, & ita contraxit, pignore accepto, quod & plerumque dari ſolet in ſolutum *l. cum dominam* 13. *C. de pign.* faceſſant ergo nugæ interpretum, qui ſibi non conſtant in reddenda vera ratione juris, quod in pignore receptum eſt.

Pergamus porro, adnotantes, perceptos fructus, vel quaſi fructus a creditore, minuere ipſo jure ſortem, ut loquitur lex 1. *C. de diſtract. pignor.* & in totum tollere obligationem, ſi fructus exæquant ſortem, ſic enim omnino tollitur obligatio, crediti ſolvitur actio, ut Antoninus loquitur in *l* 1. *hoc tit.* ſed hæc regula vitium quoque patitur, nam ſi ſit contracta antichreſis, quæ eſt ſpecies pignoris, qua id agitur, ut loco uſurarum percipiat creditor fructus, & quidem expreſſe, vel tacite, expreſſe ut in *l.* 2. §. 1. *de pignor.* tacite ut in *l. cum debitor* 8. *D. in quib. cauſſ. pign. vel hypot. &c.* perdit hæc regula offi-

cium ſuum. Notandum tamen eſt, in tacita antichreſi non poſſe fructus excedere legitimum modum uſurarum, & in ſuperfluis procedere regulam. Quamvis antichreſis jure pontificio admiſſa non ſit, quia non agnovit uſuras, probatur tamen quibusdam caſibus; ut, in feudo pignori dato domino a vaſallo *Cap. 1. extra. de feudis. Cap. 1. in fin. ext. de uſuris.* hoc prætextu, quia caret dominus ſervitio, quod pro feudo præſtare tenetur vaſallus: idem quoque admiſſum fuit eodem jure in fundo dotis cauſſa pignori dato marito, *Cap. ſalubriter eod. tit. de uſur.* propter onera matrimonii, quorum dos elegánter a Martiano Capella dicitur *repræſentatrix.* Non eſt ergo ſemper verum, fructus perceptos minuere ſortem, etiam manente cauſſa pignoris, ſed ſi ſublata eſt ſolutione, vel conſignatione legitima, certum eſt indiſtincte extenuare ſortem, & hoc eſt, opinor, quod ſimpliciter vult vexata lex *ex prædiis* 11. *C. de uſur. ex prædiis pignori obligatis, creditor poſt oblatam ſibi jure pecuniam, quam non ſuſcepit, ſi fructus accepit, exonerari ſortis debitum certum eſt.* Ait hoc caſu certum eſſe, quod incertum eſſe poteſt ante ſolutionem, vel conſignationem, nam quærendum eſt, quid actum ſit, tacite, vel expreſſe, inter creditorem, & debitorem; at quidquid actum ſit, ſemper certum eſt, fructus perceptos ſoluta, vel obſignata legitime pecunia, ad creditorem non poſſe pertinere, imo hos condicere poteſt debitor condictione ex injuſta cauſſa, ut & pignus ipſum condictione ſine cauſſa, id eſt, poſſeſſionem pignoris, quam tranſtulit in creditorem, ex ſententia Lotharii veteris gloſſographi ad *l.* 4. §. *pen. D. de red. cred.* quæ ſententia, re diligentius penſiculata, veriſſima videtur, vel ergo hi fructus imputantur, vel repetuntur & condicuntur.

De ea parte *l.* 3. quæ pertinet ad damnum datum a creditore, qui rem deteriorem fecit, commodius dicam ad *l.* 7.

Ad Leg. pactum vulgare 4. *C.* de pignor. act.

IDEM A. HERMEO ET MAXIMILLÆ.

Pactum vulgare, quod propoſuiſtis, ut, ſi intra certum tempus pecunia ſoluta non fuiſſet, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret, non adimit debitori adverſus creditorem pignoratitiam actionem.

Pactum hoc vulgare jam docui ad rubricam, initio neceſſarium fuiſſe in datione pignoris, ut poſſet creditor pignus ex voluntate expreſſa debitoris diſtrahere, & in emptorem dominium transferre: ſed deinde obtinuiſſe, licere creditori vendere, quamvis hoc non ſit dictum, & pro expreſſo haberi, quod plerumque fit, arg. *l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua* 20. *D. de ædilit. edicto.* Hoc ergo jure recepto, ineſſe tacite hoc pactum huic contractui; nata videtur

tur dubitatio propoſita in hac lege, de vi, poteſtate & effectu hujus pacti, quo nominatim & ſpecialiter conventum eſt, ut liceat creditori, non ſoluta pecunia certa die, pignus diſtrahere, nam quemadmodum pactum fiduciæ additum nominatim, ut, non ſoluta ſua die pecunia, pignus pleno jure haberet creditor, hoc præſtare potuit, ut non liceret, commiſſa fiducia, debitori pecuniam ſolvere, & agere actione fiduciæ adverſus creditorem, ut cogeretur creditor fiduciam remancipare, utpote pleno jure acquiſitam: ita quoque dicendum videtur, hoc pacto nominatim addito, quo datum videtur jus, ut plenam vendendi poteſtatem creditor habeat, non licere debitori ſolvere pecuniam, & ſoluta, vel conſignata pecunia, agere adverſus creditorem directa actione pigneratitia: & in fiducia hæc quidem fuit vis & poteſtas pacti commiſſorii, cum id nominatim actum eſt, vel initio contractus, vel poſtea, nam cum pecuniam in numerato non habebat debitor, quam ſua die ſolveret, plerumque id agebatur ex poſt facto, ut rem fiduciariam abduceret creditor, & ita accipiendus eſt inſignis locus M. Tullii, quem D. Cujac. indicavit in *Recitationibus ad hanc legem*, *ex Epiſt. ad Attic. l.* XII. *ep.* 28. ſed verba M. Tullii diligentius excutere debeo, *de Caſtriciano*, inquit, *negotio, ſi Caſtricius pro mancipiis pecuniam accipere volet, eamque ei ſolvi, ut nunc ſolvitur, certe nil eſt commodius. Sin autem ita actum eſt, ut ipſa mancipia abduceret, non mihi videtur eſſe æquum; rogas enim me, ut tibi ſcribam, quid mihi videatur.* Hæc verba, *ſin autem ita actum eſt &c.* vir magnus referenda eſſe cenſet ad fiduciam ipſam, quaſi hoc ſemper inſit ex natura fiduciæ, ut creditor, non ſoluta ſua die pecunia, rem fiduciariam habeat, abducat, quod jam docui ad rubricam non poſſe conſtare, nec profecto hæc fuit M. Tullii mens in *d. ep.* quam colligere licet ex *ep.* 30. *ejusd. lib.* ubi de eadem re *de mancipiis*, inquit, *Caſtricianis commodiſſimum eſſe credo tranſigere Egnatium.* Species, inquam, de qua agit M. Tull. ſic mihi breviter proponenda videtur: Dederat Egnatius fiduciæ, cum pacto legis commiſſoriæ Caſtricio mancipia quædam pro pecunia mutuo accepta, non ſolvit pecuniam ſua die Egnatius, nec eam habet in numerato. Quæritur, quid agendum ſit? Ita commodius hoc negotium transigendum eſſe monet Tullius, ut pecunia debita ſolvatur Caſtricio, ut nunc ſolvitur, id eſt, ut eruditiſſime vir doctiſſimus Simon Boſius docuit ad *d. Epiſt.* datis prædiis æſtimatis in ſolutum ex lege Julia, ut, ita ſolutione facta, teneatur Caſtricius reddere & remancipare mancipia, mancipia, inquam, fiduciaria, quæ ideo Caſtriciana vocat *ep.* 30. dominio ex fiducia in Caſtricium creditorem translato: hoc eſt ergo, quod commodius eſſe M. Tullius ait, ſin autem res ita agatur, ut ipſa mancipia Caſtricius pleno jure habeat &c. ex vera & aperta interpretatione verborum Tullii confirmatur omnino id, quod initio diligentius præmunivi, non ſemper hoc ineſſe fiduciæ, ut pleno jure creditor habeat fiduciam, non ſoluta pecunia, niſi hoc nominatim actum ſit initio, vel poſtea, & ita accipienda verba orationis *pro Flacco c.* 21. *commiſſam fuiſſe fiduciam*, ex lege commiſſoria, fiduciæ nominatim addita, initio, vel poſtea, ut ergo lege commiſſoria nominatim addita amittit debitor jus luendæ fiduciæ, & tollitur fiduciæ actio, qua debitor agere potuit ſoluta pecunia, ita quoque in ſpecie propoſita in hoc reſcripto hoc pacto nominatim addito

de distractione pignoris a creditore, hoc actum videtur, non posse debitorem pignus recipere, quod ex pactione expressa libere vendit creditor, adversus quem, obstante pacto de libera venditione, agere non potest pigneratitia actione: tamen contra Alexander Imp. respondet, hoc pactum non adimere debitori adversus creditorem pigneratitiam actionem, hoc enim pactum recipit interpretationem ex jure communi, quod pendet ex caussa, propter quam initio hoc pactum interpositum fuit, ut docui ad rubricam. Potest quidem creditor uti suo jure, & distrahere; potest tamen debitor solvere, re integra, & nondum pignore vendito, quamvis pecunia sua die soluta non sit, & pignus repetere actione pigneratitia: quod ita latius explicandum est, licere debitori, pignus suum vendere alteri & ex pretio solvere. *l. quamvis 6. pr. D. hoc tit.* quæ eleganter ait, inhumanum esse, cogi creditorem, cujus gratia hoc pactum interpositum fuit, vendere pignus, posse tamen debitorem ipsum pignus vendere alteri, & ita in fiducia simpliciter contracta, id est, sine adjectione pacti commissorii, ut creditor sit dominus fiduciarius & jure Quiritium. Potuit tamen debitor vendere fiduciam aliis, ita ut ex pretio ejusdem pecuniam offerret creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori præstaret, ut docet Paullus *lib. 2. sent. tit. 13. §. 3.* quæ Paulli sententia generaliter accipienda est, etiam non soluta sua die pecunia, cum scilicet hoc actum non est nominatim, ut non soluta rem haberet & abduceret pleno jure creditor, hoc enim pactum ante legem *ult. C. de pact. pign.* potuit adimere debitori actionem fiduciæ, vel pigneratitiam, sed pigneratitiam, vel fiduciæ actione adimere non potuit pactum vulgare, quo id nominatim actum est, licere creditori pignus distrahere, quod, ut dixi, libere vendere alteri potuit; quam tamen facultatem amittere potest contraria pactione, si conventum sit, non licere debitori pignus vendere *l. si creditor 7. §. 2. D. de distract. pign.* hoc enim casu nullam esse venditionem a debitore factam, ut pactione stetur, Marcianus ait: qua de re non immerito potuit dubitari, an scilicet talis pactio valeat, quia videtur contra jus posita, aufert enim omnem potestatem alienandi, & vett. glossæ annotarunt corrupta esse verba *d. §. ult.* & legendum esse *nullam esse conventionem* non *venditionem*, nullam inquam, esse pactionem illam, ne liceat debitori pignus, vel hypothecam vendere. Agitata fuit hæc lex a Bartolo, & Baldo, qui veterum emendationem admittebat, & ut constaret de vera & emendata lectione, miserunt Pisas, ubi tunc erant Pandectæ, quas Florentinas vocamus, ex his nil esse mutandum Bartolus convicit, & valere hoc pactum propter jus, quod habet creditor in re pignori, vel hypothecæ data, cujus tuendæ, vel conservandæ gratia, obtinuit, posse creditorem sibi cavere hac pactione, quæ sententia, licet alias dubitaverim, re tamen penitus perspecta, verissima mihi videtur. Hoc ergo pacto amittit debitor facultatem vendendi, hac ratione, quam Bartolus non observat. Datur pignus creditori, ut in tuto sit creditum, quod non cogitur vendere *d. l. quamvis 6. pr.* potest tamen debitor vendere, licet hæc venditio nihil detrahat de jure creditoris, quod retinet illibatum adversus quemlibet possessorem *l. sicut 8. § supervacuum 7. D. quib. mod. pign.* nec potest usucapione mutari jus pignoris *l. justo 44. §. non mutat 5. D. de usucap. l. cum postulassem. 44. §. ult. D. de damn. inf.* potest

ta-

tamen bonæ fidei poſſeſſor longi temporis poſſeſſione excludere creditorem. *l.* 12. *D. de tempor. præſcrip. l.* 1. *&* 2 *C. ſi adverſ. debit. præſcr. oppon.* quod poſtquam ex conſtitutionibus receptum fuit, æquum viſum eſt, poſſe ſibi cavere creditorem hoc pacto, ut integrum habeat jus pignoris, quod dat debitor, ut magis ei pecunia credatur, & accipit creditor, ut magis in tuto ſit creditum *d. §. ult. Inſtit. quibus mod. re contrah. oblig.* & ut facilius creditor ad ſuum commodum pervenire poſſit *d. l. creditoris* 8. *D. de diſtract. pign.* hoc eſt ergo, quod beneficio hujus pacti habere & retinere poteſt creditor, cum debitor non poteſt vendere, ſed ſi hoc actum non ſit, concludamus, nulla habita ratione pacti vulgaris, debitorem poſſe vendere pignus, & ex pretio dimittere creditorem: in fiducia major poteſt eſſe dubitatio, ſi proponatur hoc pactum nominatim additum, quia dominium habet creditor, quo fretus, ut dixi, potuit fiduciam vendere, nec neceſſaria fuit hæc adjectio, eademque ratio efficit, ne debitor creditori fiduciam vendere poſſit, auctore Paullo *d. §.* 3. *tit* 13. *lib.* 2. *ſent.* & tamen pignus debitor creditori vendere poteſt, quod reſcriptum eſſe ab Imperatore, libellos agente Papiniano, Tryphoninus docet *l reſcriptum* 12. *pr. D. de diſtract. pign.* quia, inquit, pignus in dominio debitoris manet, id eſt, non, ut in fiducia, dominium tranſit, ideoque pignus creditori vendere poteſt, non fiduciam, quia creditor dominium habet. Cæterum non vacat in hujus juris obſoleti arcana diligentius inquirere, & ſufficit demonſtraſſe, hoc pactum non poſſe adimere creditori pigneratitiam actionem, eademque eſt ratio pacti ita concepti, non ſoluta pecunia, debitorem pignore ceſſurum, & in ſolutum daturum *l.* 1. *C. de pact. pign.* hoc enim pacto ait dicta lex, *debitor pignoris venditionem non contrahit.* ſed talis conventio *id comprehendit, quod jure ſuo in adipiſcendo pignore creditor habiturus erat. Communi itaque jure pignus creditor vendere debet*, id eſt, poteſt, ſi velit, vendere, *l. quamvis* 6. *pr. D. de pign. act.* & recte gloſſa notat, hoc pactum non eſſe pactum legis commiſſoriæ, nec habere quid ſimile, nam ætate Alexandri auctoris *d. leg.* etiam in pignore locum habere potuit lex commiſſaria, nam ſi ſit lex commiſſoria, jure illo veteri, non ſoluta pecunia, debitor amittit pigneratitiam actionem, quod etiam hodie locum habet in ſimili pacto, quod, quia nullam in ſe fraudem, vel iniquitatem continet, non ſuſtulit Conſtantinus *d. l. ult. C. de pact. pign.* ſi conventum ſit, ut, pecunia non ſoluta, emptionis jure pignus creditor habeat juſto pretio æſtimandum *l. Titius* 34. *D. hoc tit. l. ſi fundus* 16. *§. ult. D. de pign.* eſt enim conditionalis venditio perfecta, ut in ſpecie *l. ult. D. de contrah. empt.* nec res eſt integra, ut in ſuperioribus caſibus, quibus non obſtante pacto debitor ſolvere poteſt, & hæc quidem ita recte procedunt, pignore nondum diſtracto a creditore, ut poſui: & in *Recit. ad d. leg.* D. Cujacius ſatis habet annotare, proviſionem hujus legis hoc caſu locum habere, ſed laudo diligentiam gloſſæ, quæ recte cenſet, etiam diſtracto pignore, ex vulgari pacto non amittere debitorem pigneratitiam actionem, & ad hunc quoque caſum hanc legem reſpicere, ut puta, ſi ante diem pignus diſtractum ſit *l.* 5. *D. hoc tit. l. ult. §.* 1. *de jur. dom. impet.* vel ſi poſt tempus præſtitutum pignus vendiderit, ſed non bona fide & ſolemniter *l.* 4. *l. quæ ſpecialiter* 9. *C. de diſtract. pign.* vel ſi pluris vendiderit, quam ſibi debeatur, nam & hoc caſu

pa-

pactum vulgare non adimit, distracto pignore, debitori pigneratitiam actionem, ut superfluum repetere possit. *l.* 1. *C. hoc tit.* & hoc quoque casu habuit, fiducia contracta, debitor actionem fiduciæ adversus creditorem, ut supra ex Paullo docui. Summa ergo superioris disputationis hæc sit, ex pacto, quo nominatim id agitur, ut liceat creditori pignus vendere, nullum jus acquirere in pignore creditorem præter id, quod jure communi habet, & posse debitorem his casibus, sive pignus venditum sit, sive non sit venditum, agere pigneratitia actione adversus creditorem.

Ad

Ad Leges ſi creditor 5. *quæ fortuitis* 6. *ſi nulla* 8. *pignus* 9. C. de pignor. act.

LEX 5. IDEM A. DIOSCORIDÆ.

Si creditor ſine vitio ſuo argentum pignori datum perdiderit, reſtituere id non cogitur, ſed ſi culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifeſtis rationibus, ſe perdidiſſe, quanti debitoris intereſt, condemnari debet.

LEX 6. IDEM A. TROPHIMÆ.

Quæ fortuitis caſibus accidunt, cum prævideri non potuerint, (in quibus etiam aggreſſura latronum eſt) nullo bonæ fidei judicio præſtantur, & ideo creditor pignora, quæ hujusmodi caſu interierint, præſtare non compellitur: nec a petitione debiti ſubmovetur, niſi inter contrahentes placuerit, ut amiſſio pignorum liberet debitorem.

LEX 8. IMPP. PHILIPPUS A. ET PHILIPPUS C. SATURNINO.

Si nulla culpa, vel ſegnitia creditori imputari poteſt, pignorum amiſſorum diſpendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane ſi ſimulata amiſſione etiamnum eadem pignora, (ut adſeveras) a parte diverſa poſſidentur, adverſum eum experiri potes.

LEX 9. IMPP. DIOCLET. ET MAXIMIAN. AA. ET CC. GEORGIO.

Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipſi perire in dubium non venit. Cum igitur adſeveras in horreis pignora depoſita, conſequens eſt, ſecundum jus perpetuum pignoribus de-

bitori pereuntibus (ſi tamen in horreis, quibus & alii ſolebant publice uti, res depoſitæ ſint) perſonalem actionem debiti repoſcendi cauſſa integram te habere.

Proponuntur in his quatuor legibus quæſtiones duæ: prima eſt de amiſſione pignoris, an ad debitorem, vel ad creditorem, in quem translata eſt poſſeſſio, pertineat periculum rei amiſſæ; ſecunda de probatione, quam implere tenetur ſuper ipſa amiſſione, debitor, vel creditor.

Ad primam, primum notandum eſt, quod regulariter ait lex 9. pignus remanere in bonis debitoris, neque dominium, quod olim dictum fuit ex jure Quiritium, tranſire in creditorem, neque dominium, quod in bonis eſſe (*s*) dicitur ab Ulpiano *lib. reg. tit.* 1. vel, ut loquar cum Theophilo, creditorem neque eſſe dominum Quiritarium, neque bonitarium, ſed habere tantum, ut dixi, poſſeſſionem, quam Papinianus vocat corporalem, in *l. debitor* 40. §. *ult. D. hoc tit.* rem ergo pignori datam remanere pleno jure in bonis debitoris, ut Cajus loquitur in *l. generaliter* 29. *pr. D. qui & a quib. manum.* & ex hoc principio effici rem debitori perire, non creditori, quæ definitio ita paſſim tradita in *l.* 6. *l.* 9. *D. de nautic. fœnore. l. amiſſi* 52. *pr. D. de fidejuſſ.* & addita nominatim hac ratione in *l.* 9. quia remanet dominus, ſatis ex contrario innuit, aliud dicendum eſſe in eo pignoris genere, quo dominium transfertur in creditorem, id eſt, in fiducia, ut cum Triphoninus ait in *l. reſcriptum* 12. *pr. D. de diſtract. pign.* debitorem pignus vendere poſſe creditori, quia dominus manet, hoc dicit ad differentiam fiduciæ, cujus dominium transfertur in creditorem, fiduciam enim non poteſt debitor vendere creditori, ut Paullus docet *lib.* 2. *ſent. tit.* 13. §. 3. & cum Ulpian. dicit in *l ſi rem* 9. §. *pignus* 2. *hoc tit.* pignus proprie eſſe, cum poſſeſſio tranſit ad creditorem; hypothecam, cum nec poſſeſſio tranſit, hoc quoque dictum fuiſſe, Dominus Cujacius obſervat, ad differentiam fiduciæ, ut tunc fiducia ſit, cum dominium tranſit cum poſſeſſione, pignus, cum poſſeſſio tantum, hypotheca, cum nec dominium, nec poſſeſſio, & ita gradatim hæc diſtinguit D. Ambroſius *lib. de Tobia*, fiducias, pignora, hypothecas, ideoque in *d. l. generaliter* 29. Cajus ait, debitorem ſervum, pignori datum, poſſe manumittere, quia eſt pleno jure in bonis debitoris, niſi lex Aelia Sentia, quæ vetat manumitti in fraudem creditoris, impediat libertatem, & hoc cum dicit Cajus, profecto dicit ad differentiam ſervi fiduciæ dati, hic enim non remanet in bonis debitoris pleno jure, neque poteſt debitor in præjudicium creditoris fiduciarii ſervum fiduciæ datum manumittere, aliud obtinet in ſervo pignori dato, qui eſt pleno jure in bonis debitoris.

Hæc

(*s*) Ulpianus *fragm. tit.* 1. §. 16. non dicit dominium aliquod eſſe in bonis, ſed res mancipi ex cauſſa venditionis a cive, cui ſimpliciter tradita, necdum ab emtore per annum poſſeſſa, dicitur ibi in bonis emtoris eſſe, e jure vero Quiritium, venditoris.

Hæc eſt, ergo ratio regulæ in his legibus propoſitæ, pignus perire debitori, quia dominus eſt, & regulariter res perit domino, ſed hæc regula non ita eſt generaliter concipienda, addit enim lex 5. *ſi res amiſſa ſit ſine vitio creditoris*, & lex 8. *ſi ſine culpa, vel ſegnitia*, hæc eſt ergo ſumma & generalis definitio, quæ in his quatuor legibus proponitur, rem amiſſam ſine vitio & culpa creditoris, perire debitori. Sed quod de fiducia dixi, diligentius tractandum eſt, diſertis enim verbis Modeſtinus ſcribit in *fragm. ex lib. 2. different. Modeſtini.* quod nobis conſervavit pariator legis Moſaicæ cum lege Romana *tit.* x. in fiduciæ judicio creditorem fiduciarium præſtare dolum & culpam, quæ præſtatur in rei uxoriæ actione, addita nominatim hac ratione, quia utriusque contrahentis vertitur utilitas, quod & de pignore totidem verbis dicitur in §. *ult. Inſtit. quib. mod. re contrah. obl.* ut nulla hac in parte videatur conſtituenda differentia, inter fiduciam & pignus, ut ſupra docui in plerisque idem jus obtinere, & tamen rem perire creditori fiduciario, probari poteſt tam ex ſuperioribus argumentis, quam ex alia differentia, quam ſuggerit Paullus *lib.* 3. *ſent. tit. de leg.* §. *ſervis, juncta l. ſuos autem* 73. §. 2. *D. de leg.* 3. ſi quis ſervos ſuos legaverit, continentur ſervi pignori dati, quia debitoris ſunt, non continentur, ſervi fiduciæ dati, quia creditoris ſunt, non debitoris; ſed omnem dubitandi rationem in periculo fiduciæ removet in d. fragmento Modeſtinus, cum ait, *dolum & culpam præſtari in fiduciæ judicio, ut in rei uxoriæ actione*, & valde notanda eſt harum actionum conjunctio & comparatio, quia, ut in fiducia dominium tranſit ad creditorem, ſic maritum effici dominum rei dotalis, nemo eſt, qui neſciat, ex vulgata *l. doce ancillam 9. C. de rei vind. & ſimilibus.* & in his ergo merito dubitari potuit, an dolum & culpam creditor fiduciarius & maritus, qui domini etiam ſunt, præſtare tenentur. Sed quemadmodum lex *in rebus* 30. *C. de jur. dot.* ait, maritum dici dominum ſubtilitate juris, id eſt, eſſe potius fictitium & commentitium mariti dominium, quod juris ſubtilitas induxit, veluti commento & fictione quadam, quam verum & naturale dominium, quod retinere videtur uxor in re dotali, ad quam ſuis caſibus redire poteſt, ita quoque dicendum videtur, dominium in fiducia eſſe dominium, quod ſubtilitas juris induxit, non verum & naturale dominium, & tamen hoc dominium impedire poteſt manumiſſionem, quia debitor non eſt pleno jure dominus *d. l. generaliter* 29. *pr. D. qui & a quib. manum.* & hoc quoque efficere poteſt, ne poſſit debitor creditori vendere fiduciam, & ut non videatur teſtator, qui ſervos ſuos legavit, legaſſe ſervos fiduciæ datos. Sed cum agitur de fiduciæ judicio, ſoluta pecunia, ut cum agitur, ſoluto matrimonio, rei uxoriæ actione: & quæritur, quid creditor debitori, vel maritus uxori præſtare debeat, non habetur ratio civilis hujus & temporalis dominii, quod apud creditorem, vel maritum fuit; ſed ex natura contractuum, in quibus verſatur utriusque utilitas, dicimus, ex his actionibus teneri debitorem præſtare dolum & culpam, non omne periculum; neque rem perire creditori, vel marito, quamvis creditor & maritus interim domini ſint: qua ratione dubitari quidem potuit in fiducia, at in pignore, cujus dominium pleno jure remanet apud debitorem, dubitari non potuit: & hoc eſt, opinor, quod ait dicta lex 9. pignus in bonis debitoris remanere, ideoque ipſi perire, in dubium

bium non venire, quasi dicat, hoc quidem in dubium venire posse in re non simpliciter pignori, sed fiduciæ data, propter dominii translationem, sed in dubium venire non posse in simplici pignore, quia debitor remanet pleno jure dominus: in pignore ergo ex regula, quam naturalem (κατὰ φύσιν) interpres Græcus Attaliates ait in *synopsi*, rem perire sine ulla dubitatione ei, qui dominus est.

Sed placet valde, quod glossa ait, hanc non esse bonam & rectam rationem, & addendum esse, *nisi culpa creditoris intervenerit* Non fuerunt juris auctores aliquando solliciti in reddendis propriis & exactis rationibus juris recepti & explorati, ut cum *lex unic. C. de prohibita sequestratione pecuniæ.* ait, prohiberi sequestrationem pecuniæ, quia oportet prius convinci, ut damnatus solvere cogatur, hæc non est propria & vera ratio, comprehendit enim non solum pecuniam, in qua singulari ratione hoc inductum fuit, sed etiam cæteras res, in quibus procedere potest sequestratio, & recta ratio est, quia facile non potest interverti quantitas, id est, pecunia, & ut in *d. l.* latet recta ratio, ita quoque in *d. l. pignus*, præter naturalem illam rationem, addenda est propria & vera ratio. Recta autem & civilis ratio, quæ tam in pignore, quam in fiducia locum habet, hæc est: quia in contractibus, in quibus utriusque utilitas vertitur, receptum est, præstari tantum dolum & culpam, non omne periculum, ut Modestinus ait in *d. fragm.* & hoc est, quod vult lex 5. *hoc tit.* rem perire debitori, *si vitium creditoris non intervenerit*, & lex 8. *si nulla culpa, vel desidia, vel segnities creditori imputari possit*, quod lex 9. ait, *sine vitio*, id est, inquit glossa, sine dolo, vel lata culpa, vel levi, quod vero lex 8. *si nulla culpa, vel segnitia*, culpa, inquit, in faciendo, desidia in omittendo. Ut ergo liquido intelligamus textum & glossam, breviter de dolo & culpa adnotanda sunt, quæ vulgo non observantur, vel si observantur, longe alia ratione, aliaque methodo docentur: in his ergo, quæ dicturus sum, reperiet eruditus auditor, vel lector, quædam forsitan ab aliis dicta, sed non satis intellecta, & diligenter animadversa. Primum, ergo observandum est, culpæ nomen generale esse & speciale, culpam generaliter esse, quidquid committitur malitia, negligentia, inscitia, vel imperitia; culpam generaliter dici de crimine, delicto, admisso quolibet, ex quo quis criminari, accusari, argui potest: culpa enim dicta videtur a culpando, quasi culpa sit id, quod culpare, vituperare, arguere, accusare possumus, & crimen, quod criminari, & accusari potest. Vetus grammaticus, quem quidam Donatum esse censent, in illum Virg. locum. *lib.* IV. *Aen vs.* 172. *conjugium vocat, hoc prætexit nomine culpam.* observat, eruditum poëtam uti verbo juris, & culpam vocare pudoris amissionem: sic enim, inquit, definitum est, culpam esse mulieris, cum pudoris in causa peccaverit, & Servius ipse in illum ejusdem poëtæ versum 19. *d. lib. huic uni forsan potui succumbere culpæ.* cogitationem & meditationem secundarum nuptiarum, culpam dici potius, quam amorem, quia ex secundis nuptiis contrahebatur culpa, quæ binubas a sacerdotio repellebat, quod Tertullianus docet in *lib. de monogam.* mulieres enim binubæ, ait Servius, fortunam muliebrem non coronabant: sed & generalis significatio plerumque restringitur, & speciali nomine culpa dicitur admissum sine malitia, id quod excidit nobis insciis,

ſciüs, minus attentis, & negligentibus, ut & Donatus ait in Hecyram Terentii *ſc.* 1. *act.* 2. ad hæc verba, *non mea opera, neque pol culpa evenit. Culpa eſt, ſi neſcientes læſerimus*, quod enim fit certo conſilio & animo nocendi, acerbiore nomine dolus dicitur, & dolus eſt ſpecies culpæ, quæ ex malitia & animo nocendi proficiſcitur, culpa, quæ ex inſcitia, ignorantia, negligentia venit, & culpæ generale nomen proprium fuit & ſpeciale, quæ profecto fuit Æmilii Probi in Alcibiade *c.* 7. conſpicua mens, cum ita ſcribit, *ex quo fiebat, ut omnia minus proſpere geſta ejus culpæ tribuerent, cum eum aut negligenter, aut malitioſe feciſſe, loquerentur.* culpam enim dividit in eam, quæ ex malitia venit, & in eam, quæ ex negligentia. Non, ut vir doctus & anxie diligens Jacob. Rævardus voluit, quem Juſtus Lipſius vocat Belgicæ Cujacium, reſpicit ad ſubtilem illam, & communem diviſionem culpæ, perſpicuitatis cauſſa a JCtis excogitatam in culpam latam, quæ malitiæ proxima eſt, & culpam levem, quæ ex negligentia proficiſcitur. Hoc ergo primo notandum occurrit, etiam in jure culpam aliquando dici de dolo, qui proprie & vere dolus dicitur ut in *l.* 5. §. 1. *D. ad l. Aquil.* & in *l.* 3. *D depoſiti* Porro & ſecundo notandum eſt, variam eſſe in jure exiſtimationem & diſceptationem doli & culpæ, habita ratione cauſſarum & perſonarum; aliter enim in criminibus publicis, aliter in privatis delictis, aliter in contractibus, habetur ratio doli & culpæ, & de dolo, vel culpa criminum publicorum non eſt hic dicendi locus, qui proprie pertinet ad contractus, & ad contractus tantum, qui bonæ fidei eſſe dicuntur; in his enim aliquando tantum dolus præſtari dicitur, aliquando dolus & culpa; & ex his quosdam eſſe contractus, in quibus præter dolum & culpam præſtatur diligentia, vulgata *l. contractus* 23. *D. reg. jur.* In his ergo bonæ fidei contractibus diligentius quæritur, quid venire debeat in hac bonæ fidei formula, quam manare latiſſime Quintus Mucius Scævola JCtus ait apud M. Tull. *lib.* 3. *de Offic.* & bonam fidem dolum omnem excludere, nemo non videt, doli enim variæ poſſunt eſſe ſpecies, ut colligere licet ex his, quæ erudite Accurſius notavit, ad *l* 3. §. *nunc videamus* 5. *D. de ſuſp. tutor.* naſcitur enim ex malitia & calliditate, quæ, vel major, vel minor eſſe poteſt, ideoque nullus eſt contractus, in quo dolus non præſtetur, & obtinuit, in quibusdam non præſtari culpam, ratione propria ab aliis explicata. Sed quæritur in contractibus, in quibus bonæ fidei formula non ſolum dolum, ſed etiam culpam complectitur, quomodo culpa præſtanda ſit, culpa enim, ut cœpi dicere, naſcitur ex negligentia, cujus ſunt certi gradus, & ideo in contractibus omnis negligentia non videtur proprie dici culpa, ut ſi ſit negligentia leviſſima, quæ contraria eſt diligentiæ exactiſſimæ, & hoc eſt, quod Paullus ait in *l. magna* 226. *de verborum ſign. magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt.* ſi ſit ergo parva, vel minima negligentia, hæc negligentia ex Paullo non erit culpa, neque hanc præſtari conſtat in plerisque contractibus, quam tamen præſtari receptum eſt in quibusdam, ſed cum in his præſtari dicitur, non notatur, vel deſignatur nomine culpæ, ſed dicitur præter dolum & culpam præſtandam eſſe diligentiam, quod de exactiſſima diligentia vulgo accipitur. Sed huic ſententiæ obloquitur, quod in plerisque locis legimus, culpam eſſe deſidiam & negligentiam, ergo quælibet negligentia culpa

eſt; ſed obſervandum eſt, Paullum in hac lege unam tantum ſpeciem culpæ conſtituere, quamvis alias duæ ponantur culpæ ſpecies, imo & aliquando tres, ut una levis ſit, quam Paullus magnam negligentiam vocat, ad differentiam leviſſimæ negligentiæ, altera culpa lata, quam proprie dolum eſſe, ait Paullus, & hoc, vel illo modo plerumque culpa præſtari dicitur in contractibus, ex quorundam JCtorum ſententia culpa lata tamquam culpa; ex aliorum vero ſententia, quam magis probat Paullus, tanquam dolus. Eſt & tertia culpæ ſpecies in lege Aquilia, ex qua agitur de damno injuria dato, ubi injuriæ verbum ita accipiendum eſſe docet JCtus in *d. l. 5. §. 1. ad l. Aquil.* ut injuria ſit culpa, non contumelia, ut in tit. *de injur.* & hoc culpæ nomen, quo in lege Aquilia JCti utuntur, latiſſima ſignificatione ſic accipitur, ut & dolus plectatur, de quo dubitari non poteſt; & culpa levis, quam committit is, qui non præſtat id, quod diligens paterfam præſtare ſolet *l. ſi putator* 31. *D. eod. tit.* & rurſus præſtatur parva, vel minima negligentia, quam excludit diligentia exactiſſima hominis diligentiſſimi. In hac ergo lege hac ratione leviſſima culpa venire dicitur & conſtituitur tertia ſpecies culpæ, & explicatius, vel minima negligentia culpa dicitur, quæ tamen ſemper in eadem lege non præſtatur ſed certis caſibus *d. l. ſi putator* 31. & *l. liber homo* 54. §. 2. *D. de acq. rer. dom.* & hic unicus locus exſtat in jure, quo minima, vel parva negligentia culpæ nomine notatur, & deſignatur in damno injuria, id eſt, culpa dato, & fruſtra eſt vir doctus, qui hanc leviſſimam culpam contineri putat ſub ſpecie levis culpæ, quod falſum eſſe convincit dicta lex *ſi putator* 31. in qua præſtatur tantum levis culpa, non leviſſima, & in *d. l. liber homo* 54. §. 2. levis culpa dicitur gravior culpa, ad differentiam leviſſimæ culpæ, quæ ex dicta lege Aquilia præſtanda eſt ab extraneo, non a libero homine, qui bona fide ſervit, & in *d l. liber homo* 54., male in Florentinis libris ſcriptum eſt, *nec tamen levem, quam in extraneo*, & legendum eſt, *nec tam levem, quam in extraneo*, id eſt, liberum hominem præſtare levem culpam, non leviſſimam, quamvis regulariter in lege Aquilia, ſint tres culpæ gradus. Sed in contractibus Paullus, ut cœpi dicere, unam tantum ſpeciem culpæ conſtituit, & parvam negligentiam, vel minimam, culpam non dici, ait, ſed magnam negligentiam tantum; magnam autem culpam dolum eſſe potius, quam culpam, quamvis alias duo conſtituantur culpæ gradus, culpa levis, & culpa lata, ſed culpam latam dolum eſſe Paullus ait, qui hoc ſcripſit *lib. 1. manualium*, in quo de procuratoribus & de mandato tractavit, ut obſervare licet ex Indice Labitti, & docet Paullus, non quamlibet negligentiam, parvam puta, vel minimam, poſſe dici culpam, quæ nec in multis contractibus præſtatur, ſed magnam tantum: parvam, vel minimam præſtari in quibusdam, & tamen culpæ nomine non eſſe præſtandam, & ita his veluti gradibus adſcendit ad dolum, ex magna negligentia contrahi culpam, & hanc negligentiam culpæ nomine eſſe notandam, ſi quis eam diligentiam non adhibeat, quam adhibere ſolent, qui vulgo dicuntur diligentes, hanc negligentiam vulgo dici culpam; magnam autem culpam eſſe dolum inſinuamus, non omnem negligentiam poſſe dici culpam, ſed unam tantum, id eſt, magnam, & quam alii ſolent vocare magnam culpam, dolum eſſe, nec alia videtur fuiſſe mens Paulli. Cui rur-

rurſus objici poteſt, quod Cajus ait in *l.* 1. §. *is quoque* 5. *D. de obl. & act.* magnam negligentiam eſſe culpam, quæ cadit in doli crimen: non eſſe ergo verum, quod Paullus ait, magnam negligentiam eſſe culpam. quæ omnino ſeparatur a dolo, culpam, quæ vulgo dicitur levis. Sed reſpondeo, magnam negligentiam Cajum illo loco uſurpare pro maxima negligentia, eadem forma, qua exacta diligentia dicitur, pro exactiſſima, & ita plurimum differt magna negligentia Caji, quæ lata culpa dicitur, a negligentia media, quam magnam vocat Paullus, ad differentiam leviſſimæ culpæ, Paulli enim intentio fuit, docere, qua ratione, quove nomine, id, quod in contractibus contra bonam fidem committitur, æſtimandum ſit, cum hæc peccata originem ſuam trahant vel a negligentia, vel a malitia, & ait, magnam negligentiam notari & æſtimari culpæ nomine, ad differentiam minimæ, vel parvæ negligentiæ, quæ in contractibus culpa non dicitur, & culpam latam, quæ ſcilicet contrahitur ex majori negligentia, notari & æſtimari nomine doli, & ut magna negligentia culpa eſt, ita quoque magnam culpam eſſe dolum ex ſententia Nervæ, quæ Proculo diſplicebat. *l. quod Nerva* 32. *D. depoſ.* quia, ſi culpa eſt, dolus non eſt. Sed Nervæ ſententiam vindicat Celſus, & utitur exemplo depoſiti, in quo dolus tantum venit, & hæc lata culpa præſtatur in depoſito, tamquam dolus, & tamen quæ lata culpa dicitur in depoſitario, in ſocio, ut recte magiſtri noſtri cenſent, erit ratione propria culpa levis, propter partem, quam ſocius habet in re communi; licet enim in re ſua cuique eſſe negligenti, & ita hæc negligentia, quam magnam vocat Cajus, id eſt, maximam, aliquando erit media negligentia, id eſt, culpa levis, quam tamen recte Paullus vocat magnam, ad differentiam minimæ, vel leviſſimæ negligentiæ. Ex his apparet, in æſtimanda & definienda culpa diverſam eſſe rationem habito reſpectu perſonarum & cauſſarum, nec ſine controverſia obtinuiſſe, latam culpam poſſe dici dolum ex ſententia Nervæ, quam Paullus probat, improbat vero Proculus, Nervæ ſucceſſor, a quo & Proculejani dicti ſunt: Celſus in eadem ſchola Nervæ ſententiam vindicat, depoſitarium, qui de dolo tantum tenetur, non poſſe, ſalva fide, de hac lata culpa non teneri, ubi, *ſalva fide* eleganter ait, eadem forma, qua M. Tull. *lib.* 3. *de Offic. c.* 10. docet, veterum hanc formulam fuiſſe rogandi judicis, *quod ſalva fide, facere liceat* (*t*). Quidam ergo dicebant, latam culpam non eſſe dolum, quidam contra dolum eſſe, ſed obtinuiſſe videtur media ſententia, eam proprie non eſſe dolum, ſed in doli ſuſpicionem cadere, & hoc eſt, quod Cajus ait, in *d. l.* 1. §. 5. *D. d O. & A. placuit*, poſt varias ſcilicet controverſias JCtorum: in quibus obſer-

(*t*) Locus Ciceronis ita habet. *Itaque præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, ſi eum teneremus, quæ, ſalva fide, facere poſſit.* Pro *ſi eum teneremus*, vir inſignis J. G. Grævius in notis *ſi ea rogaremus.* Mihi, ſi jus ſuffragii ſit, nihil mutandum videtur: *ſi eum teneremus*, velut in parentheſi poſitum, eſt optantis; particula *ſi* pro *ô ſi.* ut apud Virgil. *Aen.* VI. *vſ.* 187. ubi Aeneas precatur: *ſi nunc ſe nobis ille aureus arbore ramus oſtendat!* Et apud ipſum Ciceronem *pro Flacco c.* 7. *O præclarum morem, quem a majoribus accepimus, ſi quidem teneremus!* & ſic quoque ſentit doctiſſimus Zacharias Pearce.

ſervare licet verborum potius, quam rei ipſius velitationem, nam, quod dolo proximum eſt, & cadit in crimen doli, dolus eſt, & jus eſt, quod eſt juri proximum *l. de quibus* 32. *D. de legg. & SCtis.* & ratio eſt, quod eſt rationi proximum, ut Higinus ait in *lib. de limitib. agr.*

Equidem in hac quæſtione deprehendere licet, verborum ambiguitatem parere difficultates, quæ prima fronte videri poſſunt inexplicabiles, nam ne longius aberrem a propoſito, id eſt, a pignoris contractu, quid eſt, quæſo, quod Paullus ait in *l.* 13. §. *ult. D. hoc tit.* in pignore venire dolum & culpam, ut in commodato? nam ſtatim objiciunt, in commodato præſtari etiam leviſſimam culpam, quæ non præſtatur in pignore, ideoque veteres & eruditiſſimi recentiores hunc nodum ita ſolvunt, venire quidem in pignus & commodatum dolum & culpam, ſed non eodem modo æſtimari, in commodato venire etiam leviſſimam, in pignore levem tantum, & hanc comparationem non eſſe per omnia veram, ſed verba non poſſumus cavillari, ait enim JCtus, idem jus in hac parte, id eſt, in dolo & culpa, obtinere in pignore & commodato, quod veriſſimum eſt: culpa enim hoc loco eſt culpa levis, culpa lata dolus eſt, parva, vel minima negligentia in contractibus non præſtatur, vel notatur culpæ nomine, & ut trimembris illa diviſio culpæ, bimembris fit excluſa leviſſima culpa, de qua ex lege Aquilia agitur, ita quoque unica culpa conſtituitur, culpa ſcilicet levis, ut ſupra ex Paullo docui. Et hæc eſt perſpicua mens JCti, dum ait, in pignore præſtari dolum & culpam, ut in commodato, de quo proximo loco ad edictum tractaverat, & hoc ait ad differentiam depoſiti & precarii, in quibus præſtatur dolus tantum; in commodato quidem præter dolum & culpam præſtatur diligentia exactiſſima, quæ non præſtatur in pignore, ut ad Sabinum Pomponius ſupplet in *d. l. contractus* 23. *D. de R. J.* his verbis, *& in his quidem diligentiam.* præcedentia enim verba Sabini eſſe videntur: ſed eodem modo, eademque ratione recte dicitur præſtari dolum & culpam in pignore & in commodato, ſi culpam unicam conſtituas, ſcilicet levem: eſt ergo, ut dixi, plerumque in verbis velitatio, non rei ipſius, vel de re ipſa controverſia, & in hoc tractatu diligenter obſervandum eſt, quo ſenſu verba proferantur. Addit tamen JCtus in pignore, præter dolum & culpam, præſtandam eſſe cuſtodiam, quod etiam reſcribit Imper. in *l. ſicut* 19. *C. de pign.* ut in commodato, præter dolum & culpam, præſtanda eſt diligentia. *d. l contractus* 23. *l.* 5. §. *ult. videndum* 2. *D. commod.* propter hanc adjectionem, & pignoris, & commodati manifeſtam comparationem, Græci interpretes ad *l. eum, qui* 14. §. *idem ſcribit* 6. *D. de furt.* exiſtimarunt, nullam eſſe differentiam conſtituendam inter pignus, & commodatum, & in utroque contractu præſtari diligentiam exactiſſimam, & ita diſtinguunt: ante ſolutum pignus creditor præſtat exactiſſimam diligentiam, poſt ſolutum pignus præſtat tantum levem culpam. Sed quis non videt, hanc diſtinctionem eſſe falſam & commentitiam? & ſatis mirari non poſſum, ab Antonio Contio, viro eruditiſſimo admiſſam fuiſſe, cum ait, Græcos hoc in loco candidiores eſſe, & rotundiores. Sed, omiſſis Græculorum nugis, videamus, cui bono ſit hæc adjectio *cuſtodiæ*? Nonne ſatis erat dicere, præſtari dolum & culpam, id eſt, culpam levem, cujus nomine venit cuſtodia, vel diligentia,

quam

quam præſtat diligens paterfam. ut dicitur in *l. ſeq.* 14. *eod. tit.* Obſervandum eſt, culpam aliquam dici de facto, & verſari in faciendo, non in non faciendo. *l. ſi ſervum* 91. *pr. D. de verb. obl.* ubi promiſſor præſtat culpam in faciendo, non, in non faciendo; culpæ tamen nomine regulariter venit culpa tam in faciendo, quam in non faciendo *l. qui non facit* 121. *de reg. jur.* & privatio actionis actio eſt, quod interpretatione receptum, ſed hæc interpretatio non ſemper locum habet, ut in *d. l. ſi ſervum* 91. & ſimilibus. Ita quoque dicendum, primo culpæ nomen datum fuiſſe negligentiæ, quæ conſiſtit in facto, ſi quid negligenter per culpam factum ſit, cum vero factum non eſt, quod facere quis debuit, hanc negligentiam, quæ in non faciendo conſiſtit, dicta quoque culpa fuit, ſed comparatione culpæ, quæ in facto verſatur, & hoc eſt opinor, quod ait *lex* 1. *C. de hered. tutor.* heredes tutoris *ex negligentia*, quæ *non latæ culpæ comparari poteſt*, non condemnari, ubi obſerva, quod ait *comparari*, eadem forma, qua latam culpam dicimus dolo comparari, ſpecies enim Imperatori propoſita fuit de neglectis quibusdam, quæ tutor ex officio ſuo gerere debuit, hoc caſu ex hac conſtitutione valde notanda, contra regulas juris civilis, heredes tenentur quidem de dolo & lata culpa, ut docet lex ult. *D. de fidejuſſ. tut.* ſed non tenentur de negligentia, quæ non poteſt latæ culpæ comparari, id eſt, de culpa, quæ vulgo dicitur levis, quod præſtantiſſ. Cujac. (*u*) concoquere non potuit, & negationem addendam eſſe in *d. l.* exiſtimavit, quaſi periculum eſſet dicere, heredes tutoris ex contractu bonæ fidei non teneri ex levi culpa, quod tamen melior factus mutavit *lib.* 21. *Obſ. c.* 2. ſed ad rem. Ut omnem ambiguitatem JCti removeant, & evidentius doceant, non ſolum eſſe cavendum, ne quid agatur, vel geratur doloſe, vel negligenter, ſed ſedulitatem & ſtudium accuratum eſſe præſtandum, & nihil eſſe prætermittendum, addere ſolent præter dolum & culpam præſtandam eſſe diligentiam exactam, vel etiam exactiſſimam, vel cuſtodiam, quæ aliquando dicitur plena, cum major quædam ſollicitudo, id eſt, exactiſſima diligentia deſideratur, ut *in l. 1. §. ult. & l. 2. D. de periculo & comm. rei vend.* & hoc eſt, quod Ulp. voluit in *d. l.* 13. §. *ult.* cum ait, venire dolum, & culpam, & cuſtodiam. Sed ut ſatisfaciam omnibus hoc compendio brevi, vel, ut Tertullianus loquitur, hoc retractatu, totam hanc quæſtionem concludendam eſſe cenſeo. Peccare ſolent homines malitia, calliditate, perſpicuis inſidiis; vel negligentia, ignorantia, & imperitia; quod ex malitia & nocendi animo proficiſcitur, dolus eſt, & dolum, cujuſcumque generis ſit, a contractibus bonæ fidei removendum eſſe, nemo non videt: de his autem, quæ committuntur negligentia, dubitari potuit, ſunt enim negligentiæ variæ ſpecies, & veluti certi gradus; in his autem gradibus conſtituendis & definiendis naturali ratione & intellectu, occurrere primum cœpit magna, craſſa & ſupina negligentia, ut loquitur lex 6. *D. de jur. & fact. ignor.* cu-

(*u*) *Obſ.* XIII. 39. ſecutus auctoritatem Græcorum in *Baſil. lib.* XXXVIII. *tit.* 7. *cap.* 9. ubi tamen Scholiaſtes affirmativo ſenſu locum recte exhibet.

cujus finis, id eſt, definitio, ὅρος, ut Græci loquuntur, eſſe dicitur, non intelligere ea, quæ omnes intelligunt. *l. latæ* 223. *D. de verb. ſign.* ſi quid ergo admiſſum eſt craſſa illa & ſupina negligentia, quæſitum fuit, an in culpa ſit is, qui non habuit animum & conſilium nocendi: & cujus defenſio, & excuſatio pendet ex ignorantia rei Sed merito diſplicuit hic prætextus ignorantiæ, quo quis contendit ſe ignoraſſe ea, quæ omnes ſciunt, ut Ulp. docet in *l. ſed ſi pupillus* 11. §. *proſcribere* 3. *D. de inſtit. act.* ubi ſi palam proſcriptum ſit, ne cum præpoſito, vel negociatore, vel inſtitore contrahatur, docet quid ſit palam proſcribere: *ſi proſcriptum ſit*, inquit, *claris litteris, unde de plano legi poſſit*, ut poſſint omnes liquido intelligere, prohibitum eſſe cum inſtitore contrahere, ut in Plauti Mercat. in prolog. *vſ.* 50, 51.

Conclamitare tota urbe & prædicare,
Omnes tenerent mutuanti credere.

hac proſcriptione palam facta Ulp. ait, neminem poſſe cauſſari, id eſt, allegare ignorantiam, & dicere, ſe ignoraſſe litteras, vel non obſervaſſe, quod propoſitum erat, cum multi legerent, cumque palam propoſitum eſſet, potuit enim ab his, qui legebant ſciſcitari, & percunctari, ut in *l.* 9. §. *ſed facti* 2. *D. de jur. & fact. ign.* & hoc ſenſu in egregio illo & præclaro monumento vetuſtatis, quo ut vir doctiſſimus (*v*) docuit, non Herodes ille, Judææ Regulus, ſed Herodes Atticus rhetor & præceptor Marci Imp. quemdam locum, Triopium dictum, in via Appia, cum ſolitis diris & execrationibus conſecravit & dedicavit, ne quis, ut Ulp. loquitur, cauſſari poſſit ignorantiam, proponitur hæc admonitio, *ſi cui hæc inaudita fuerint, neque ſciſcitatus fuerit, ſed inſuper habuerit, non impune feret*, qui locus dictam §. *proſcribere* 3., valde illuſtrat & viciſſim ab eo lucem accipit, hæc ergo ignorantia male adhibetur pro defenſione, & excuſatione culpæ. Sed quæſitum deinde fuit de negligentia, quæ non craſſa & ſupina eſt, ſed opponitur diligentiæ, quam præſtare ſolent homines, qui vulgo dicuntur diligentes, ſi quis hanc non præſtat, non videtur eſſe in culpa, quia non ignoravit, quæ omnes ſciunt & intelligunt, ſed ea, quæ ſciunt & intelligunt homines quidam diligentes. Obtinuit tamen in quibusdam negotiis enumeratis in *d. l. contractus* 23. *de R. J.* eum, qui non præſtat hanc diligentiam, eſſe reum culpæ, quæ ad differentiam ſuperioris culpæ dicta fuit levis culpa, illa vero magna culpa, lata, & latior culpa. His duodus gradibus culpæ conſtitutis, tractatum quoque fuit de alia negligentiæ ſpecie, quæ contraria eſt, & opponitur, non ut proxima, vulgari & mediæ diligentiæ, ſed exactiſſimæ diligentiæ, quam præſtant homines acerrimi & diligentiſſimi, nam & hanc in quibusdam contractibus eſſe præſtandam, ex ipſa contractuum natura æquum eſſe exiſtimaverunt, ut in commoda-

(*v*) Claudius Salmaſius, qui duas illas Inſcriptiones, Græcas, quarum altera continet conſecrationem templi in agro Herodis Attici Triopio, altera dedicationem ſtatuæ Regillæ, Herodi nuptæ, junctim edidit, notisque illuſtravit.

dato, mandato, tutela, negotiis geſtis, ut rectiſſime D. Cujacius docuit, & hac culpa dicta tandem fuit culpa leviſſima, quæ comparata cum ſuperioribus, vix culpa dici poteſt, nec eam notare plerumque ſolent culpæ nomine, ſed addunt præter dolum & culpam præſtandam eſſe diligentiam, id eſt, exactiſſimam diligentiam, ut jam docui, & tamen non dubito, eam aliquando etiam in contractibus culpæ nomine deſignari, ut in *l. a procuratore* 13. *C. mandat.* cum dicta lex ait, procuratorem præſtare omnem culpam, id eſt, etiam leviſſimam, ut contra veteres interpretes docuit D. Cujacius. Hoc progreſſu juris diligentius indagato, cœpi dubitare de interpretatione a me jam propoſita ad vexatam *l. magna negligentia* 226. *D. de verb. ſign.* quam tamen placuiſſe reperio Andreæ Alciato, viro ſummo, quem D. Cujac. *lib.* 1 *ad edictum Paulli, ad l. nominis* 4. *D. de verb. ſign.* ait melius ſcripſiſſe ad D. Tit. quam in nullam aliam partem juris; ſed poſt variam mentis meæ agitationem, animadverti, Paullum docere voluiſſe hunc certiſſimum juris progreſſum brevi hac clauſula, quæ plus habet in receſſu, quam in fronte, cum ait, magnam negligentiam culpam eſſe, id eſt, conſtare apud omnes, & jam ab initio ab omnibus receptum eſſe, hanc magnam craſſam & ſupinam negligentiam culpam eſſe & ſine ulla dubitatione culpæ nomine notandum eſſe, & poſtquam ita dicta fuit, & admiſſum quoque fuit, mediam negligentiam eſſe quoque culpam, imo & minimam; tum magna negligentia, quæ primum culpa dicta fuit, magna culpa dici cœpit, ad differentiam levis & leviſſimæ. Eodemque progreſſu tentari cœpit & tandem conſtitui ex ſententia plurium, culpam magnam potius eſſe dolum, quam culpam, quia, conſtitutis tribus culpæ gradibus, tum evidentius obſervatum fuit, hanc magnam culpam, comparatam cæteris levioribus culpis, proxime accedere ad dolum, & ut magnæ negligentiæ culpæ nomen datum primum fuit ſine ulla dubitatione, ita quoque magnæ culpæ, jam ſeparatæ & diſtinctæ a culpa levi & leviſſima, doli nomen recte dari poſſe, & ita magna culpa ſenſim dolus dici cœpit, & paſſim doli nomine continetur, leviſſima plerumque culpæ nomine non notatur, & remanſit vulgo culpæ nomen in ea culpa, quæ levis dicitur, & hoc ſenſu legimus paſſim, præſtari dolum & culpam, ut doli nomine veniat quoque culpa lata, quæ dolus eſt, culpæ vero nomine culpa levis, quod pluribus exemplis confirmari poteſt: quod ergo Ulp. in *l.* 13 §. *ult. D. hoc tit.* in pignore præſtari dolum & culpam, ut in commodato, abſolute veriſſimum eſt, ut jam docere cœpi, quia eodem ſenſu idem Ulp. *l.* 5. §. *nunc videndum* 2. *D. commod.* proximo ſuperiore tractatu, dixerat, in commodato præſtari dolum & culpam, id eſt, culpam levem, quæ proprie culpæ nomen tandem retinet, quia culpa lata, ut dixi, continetur nomine doli, & ut doceat Ulpianus, præter dolum & hanc culpam commodatarium præſtare debere majorem quamdam diligentiam, quæ excludat culpam, quæ aliquando leviſſima dicitur, ſubjicit, præſtandam eſſe diligentiam, ſcilicet exactiſſimam. *l. in rebus* 18. *pr. D. eod. tit.* hæc enim diligentia dicitur abſolute per eminentiam, imo in *d. l.* 5. §. *cuſtodiam* 5. addit præter diligentiam, & cuſtodiam eſſe præſtandam: hac enim multiplicatione verborum, plerumque non neceſſaria, ut Paullus loquitur in *l. pediculis* 32. §. *Labeo* 6. *D. de aur. & arg. leg.* uti ſolent JCti, ut

omnem dubitandi occaſionem removeant; cuſtodia enim pendet ex diligentia exacta, vel exactiſſima, ſed aliquando notatur ſpeciali nomine, ut in *d. §. cuſtodiam* 5. & in *d. l.* 13. §. *ult.* qui vero rem breviter dicere & expedire amant, ſimpliciter dicunt, præſtare dolum & culpam, ut Pomponius *d. l. contractus* 23. ubi culpæ nomine venit quoque cuſtodia, quam præſtat diligens paterfam., quod in hoc tractatu diligenter obſervandum eſt. Concludamus ergo breviter & regulariter, id eſt, brevi & regulari conjectione, ut loquitur lex 1. *D. de reg. jur.* dicendum eſſe, in pignore præſtari dolum & culpam, id eſt, culpam levem, ut jam probavi, & hoc eſſe, quod ait lex 5. *huj. tit. ſi ſine vitio*, id eſt, culpa levi, ut ex eadem lege colligere licet: nam ſubjicit, *ſi culpæ reus deprehenditur*, & ita paſſim vitium dicitur de culpa, ut in *l.* 22. *D. de neg. geſt. l.* 63. §. *ult. D. de evict. l* 95. §. *pen. D. de ſolut.* & cum dicimus de levi culpa teneri, plusquam manifeſtum eſt, eum quoque teneri de dolo, ſic *l* 8. *ſi nulla culpa alterius*; poteſt enim hujus culpæ levis variis modis reus eſſe, & ſubjicit dicta lex *ſine ſegnitia*, in hac enim culpa remanſit proprie negligentiæ, vel ſegnitiæ nomen, poſtquam magna negligentia dolus eſſe cœpit, minima vero negligentia vix dici poteſt negligentia, & ita in §. *ult. Inſtit. de ſociet. culpa, id eſt, deſidia & negligentia.* Non præſtat ergo creditor caſus fortuitos, id eſt, fatales, qui nullo humano conſilio provideri, vel prævideri poſſunt *l.* 2. §. *ſi eo tempore* 7. *D. de adm. rer. ad civit. pertin.* quod in omnibus bonæ fidei judiciis receptum eſſe, ait lex 6. *C. hoc tit.* hoc autem ait ad differentiam actionum ſtricti juris, non enim in omnibus ſtricti juris actionibus hæc regula locum habet, ut in mutuo *l. incendium* 11. *C. ſi cert. pet.* Sunt autem multi fortuiti caſus, qui vix numerari poſſunt, ut eleganter ait Imperator in *l.* 5. §. 1. *C. de tempor appell.* quosdam enumerat dicta lex *contractus* 23. & in his incendium, & tamen dubitatur, an incendium ſit caſus fortuitus, quia culpa fit, ut nominatim ait *l. ſi vendita* 11. *D. de per. & comm. rei vend.* & plerumque culpa inhabitantium *l.* 3. §. 2. *D de off. præf. vigil.* ſed reſpectu patrisfam. incendium dicitur caſus fortuitus, & ita Paullus *ſent. lib.* v. *tit.* 20. §. 3. quem locum reſtituit nobis D. Cujacius ex veteri codice Veſontino *lib.* XXI. *Obſ. cap* 21. incendia fortuita dicuntur, quæ fiunt injuria, vel culpa, reſpectu ſcilicet ejus, qui ex improviſo hunc caſum fortuitum patitur; idem enim obſervare licet in latrocinio, quod non committitur ſine dolo & delicto latronum.

Cæterum ſi paterfam. cauſſam ex culpa incendio dediſſe deprehendatur, ex regula generali dicendum eſt, teneri eum de culpa levi, ſcilicet in hoc contractu, & hoc eſt, quod docet dicta lex *ſi vendita* 11. furtum enim, quod ſeparandum eſt à latrocinio, regulariter non fit ſine culpa ejus, qui cuſtodiam præſtare tenetur, *l. cum duobus* 52. §. *damna* 3. *D. pro ſocio* ideoque non dicitur caſus fortuitus: ſed aliquando accidere poteſt furtum ſine culpa creditoris, ut in ſpecie *l.* 9. *hoc tit.* ubi creditor, qui pignora depoſuit in horreis, quibus alii uti publice ſolebant, amiſſis pignoribus, non tenetur, quamvis amiſſa ſint furto, ut in *l. dominus horreorum* 55. *pr. D. locati.* quia non eſt culpæ reus, qui id fecit, quod homines diligentes facere ſolent, id eſt, deponere pignora cuſtodiæ cauſſa in his horreis, quibus vulgo & publice omnes

utebantur: hujusmodi horrea fuisse Romæ innumera, docet Publius Victor in Descriptione Urbis Romæ. In nullo ergo bonæ fidei contractu casus fortuiti præstantur, nisi aliud convenerit, ut in *d. l. contractus* 23. *D. de R. J.* obligationum enim caussæ pactionibus mutari possunt *l. nec ex prætorio* 27. *D. de reg. jur.* ex qua explicanda videtur Accursii glossa ad *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* cum ait, pactum hoc, ut amissio pignoris liberet creditorem, in continenti, id est, in ipso contractu esse adhibendum.

An ergo nullius momenti erit pactum ex intervallo? & si prodest in continenti, cur non proderit ex intervallo? nam prætor cum pacta tueri solet, non potest hoc pactum improbare, quia non est contra leges & bonos mores. *l* 7. §. 7. *D. de pact. junct. l.* 1. §. *si convenerit* 6. *D. depositi*, quo casu neque in continenti appositum valere potest, ut in *d. l. contractus* 23. & in *d.* §. *si convenerit* 6. scriptum est de pacto, ne dolus præstetur. Animadvertendum est, hanc fuisse videri Accursii mentem, pactum hoc in continenti esse adhibendum, ut ipso jure infirmetur actio, qua creditor, amisso casu fortuito pignore, regulariter debitum petere potest. §. *ult. Inst. quib. mod. re contrah. obl.* nam si ex intervallo pactum interpositum sit, non potest tutus esse debitor ipso jure, sed danda est exceptio, ut in *l. pacta conv* 72 *pr. D. de contrah. empt.* illo loco, *sed quo casu agente emptore non valet pactum. d. l. nec ex prætoria* 27. *D. de R. J.* Hanc differentiam inter pacta in continenti & ex intervallo non videtur ignorasse Accursius, ut colligere licet ex his, quæ adnotavit ad *d. l. nec ex prætorio* 27. cujus tamen postrema verba liquido non intellexit, hæc scilicet, *quia actionum modus per legem, vel per prætorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi, cum inchoatur actio, inter eos convenerit.* ait Pompon. *cum inchoatur actio.* ut recte scriptum est in Florentinis, & imperitissime, quidam legunt *cum inchoatur pactio.* hac enim clausula, ut eruditissime D. Cujacius docuit, subjicit rationem & interpretationem superioris sententiæ, obligationum caussas posse pactione mutari, vel ipso jure, vel per exceptionem, nam si quis, inquit, roget Pomponium, cur dixisti, per pacti conventi exceptionem, vel ipso jure? respondebit, quia opponi exceptionem necesse est, nisi in ipso initio actionis, cum inchoatur actio (*x*), id est, in ipso contractu convenerit, & forsitan Accursius, cum af-

(*x*) *Actio* igitur in fine legis 27. *D. de R. J.* minime ponitur pro *actu*, sed retinet ordinariam significationem, uti jam monuit J. Gothofredus in *Comm. ad illam legem in fin* & sane constat, modum actionum posse privatorum pactis immutari; non tantum, cum inchoatur actus, hoc est, cum contractus incipit celebrari, sed donec perficitur: adeo ut & pacta, in continenti subsecuta, pro adjectis in continenti habenda sint *l.* 7. §. 5. *D. de pact* atqui tum, cum perficitur contractus, inchoatur, seu initium capit actio. Hac occasione dignum quæsitu, an *actio mandati* in vexatissima lege 25. *D. de fidejussor.* dicatur pro *actu mandandi*? quin totum illud fragmentum, quamvis ab hoc loco alienum videri possit, dignissimum est, quod excutiamus. Verba Ulpiani hæc sunt: *Marcellus scribit; si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Duæ, uti novissime monuit vir Amplissimus Cornelius van Bynkershoek *Obs. lib.* v. *c.* 20. difficultates ex hoc

affinxit hanc gloſſam habuit in animo dicta verba, *l. nec ex prætorio* 27. quæ prima fronte dicere videntur, ad infirmandam actionem pactum in continenti, cum

textu oriuntur, altera, quod ipſa fidejuſſio, facta pro pupillo, furioſo, prodigo ſine tutorum curatorumve auctoritate obligatis, inutilis ipſo jure videatur, adeoque ineptum ſit dubitare, an fidejuſſori ſubveniendum ſit, multoque ineptius reſpondere, non eſſe ei ſubveniendum. Altera difficultas eſt, quod, quomodo ratio ſubjecta cohæreat cum definitione præmiſſa, vix ac ne vix quidem perſpici poſſit. Sanequam, quod ad priorem difficultatem attinet, ipſe Ulpianus in *l. 6. D. de V. O.* ſcribit, pro furioſo, & prodigo ne intervenire quidem fidejuſſorem poſſe. Idem de furioſo teſtatur Cajus in *l.* 70 §. 4. *D. de fidejuſſ.* ut adeo Ulpianus in noſtra lege 25. reſpectu furioſi & prodigi cum Cajo, tum etiam ſibi ipſe contradixiſſe videatur. Et quamvis ratione pupilli forſan tolli difficultas poſſet, ſi poneremus pupillum pubertati proximum, quippe qui naturaliter obligatur, & pro qua obligatione naturali recte fidejuſſor intervenit, ita ut teneat obligatio acceſſoria *l.* 127. *D. de V. O. l.* 95. §. 4. *D. de ſolut.* tamen cum una ſerie memorentur pupillus, prodigus, furioſus, videtur Marcello Ulpianoque ſermo eſſe de tali pupillo, qui furioſo prodigoque ſimilis eſt, hoc eſt, de infante, vel infantiæ proximo. Hi certe, quia nihil intelligunt, naturaliter non obligantur, adeoque pro iis non magis, quam pro furioſo prodigove intervenire fidejuſſor poteſt. Conf. §. 10. *Inſt. de inutil. ſtip.* Solida igitur eſt illa difficultas prior. Ad poſteriorem, quod attinet, quam ſolam tractavit Cl. van Bynkershoek, non poſſumus de nexu, quem intercedere oportet inter definitionem præmiſſam, & id, quod rationis loco adjicitur, judicare, niſi prius conſtet, quid Ulpianus, vel, ſi mavis, Marcellus definire voluerit his verbis, *magis eſt, ut ei non ſubveniatur*, hoc eſt, quænam ſit horum verborum ſententia, quin imo, niſi conſtet prius, hanc eſſe veram lectionem. Cum autem viri docti mirifice diſſentiant in explicanda definitione præmiſſa, illi ipſi quoque, quos vir illuſtris citat, mirum non eſt, inter eosdem de ratione ſubjecta, ejusque nexu nihilo melius convenire. Ipſe Præſes Ampliſſimus hactenus adſtipulatur Cujacio ad *l.* 19. *D. de uſurp. & uſuc.* & imprimis ad *l. 6. D. de V. O.* ut ponat, Marcellum loqui de pupillo, prodigo, furioſo, valide & efficaciter obligatis: dari enim caſus, quibus hoc hominum genus etiam ſine tutore vel curatore ſuo valide obligentur, notavit jam Accurſius ad hanc *l* 25. & notiſſima in hoc genere eſt lex 46. *D. de O. & A.* Poſito autem, agere Marcellum de obligatione valida, poterit ſine dubio intervenire fidejuſſor, etiam pro furioſo, & prodigo: & ſic evaneſcet pugna inter hanc legem 25. legesque 6. *D. de V. O.* & 70. §. 4. *D. de fidejuſſ.* Verum idem Ampl. Bynkershoek in eo diffidet a Cujacio, quod hic quidem τὸ *magis eſt, ut ei non ſubveniatur* referat ad creditorem hoc ſenſu, „ non ſubvenietur fidejuſſori contra creditorem." Mox autem pro *quoniam* ſubſtituens *quanquam* & omittens τὸ *his* efficiat adverſativum argumentandi genus hoc modo „ quanquam fidejuſſori non „ competet actio contraria adverſus pupillum prodigum furioſum, non tamen ei „ ſuccurretur contra creditorem": Bynkershoekius vero inſuper ponit, fidejuſſorem jam ſolviſſe, refertque τὸ *non ſubveniatur* ad judicium mandati contrarium hoc ſenſu: „ non ſubvenietur fidejuſſori judicio mandati contra pupillum, prodigum, furioſum; cur non? quia his actio mandati, hoc eſt, (ex mente viri Ampl.) actus „ mandandi non competit". Videsne, amice lector, rationem a Marcello ſubjectam varie admodum exponi, & cum præmiſſa definitione connecti, prout quisque aliter ſentit de definitione ipſa. Vir Nobiliſſimus Marcus Lyclama a Nyholt, qui antiqua Friſiorum ſtirpe oriundus, cauſſarum primum patronus, deinde pandectarum Profeſſor, tandem vero ad ampliſſimos honores & munera graviſſima, cum patriæ ſuæ, tum univerſi Belgii Fœderati nomine admotus, juris civilis ſtudium a reip.

cura

cùm inchoatur actio, esse adhibendum. Sed debeo apertius dicere, quid sit, ipso jure actionem infirmari, quid per exceptionem; ipso jure, id est, jure ci-

cura nunquam sejunxit; is, inquam Marcus Lyclama *Membran. lib* VI. *eclog.* 8. itidem τὸ *non subveniatur* refert ad actionem mandati, seu ad facultatem repetendi jam soluti: & huc quoque redit sententia Antonii Merendæ *Controvers. jur. lib.* XXI. *c.* 22. nisi, quod hic non ordinariam mandati actionem adversus debitorem, sed extraordinarium remedium contra creditorem, ad repetendum nempe a creditore solutum, denegari illis verbis existimet. Uterque vero & Lyclama & Merenda sensisse Marcellum Ulpianumque putant de fidejussoria obligatione invalida, adeoque docere nos voluisse, fidejussorem, qui pro furioso prodigoque juxta legem 6. *D. de V. O.* item pro pupillo sine tutoris auctoritate promittente inutiliter intervenit, & nihilominus solvit, repetere solutum non posse, non a debitore, pro quo solvit, secundum Lyclamam; non a creditore, cui solvit, secundum Merendam. Ita formatæ pro cujusque genio definitioni quisque, quam potest commodissime, connectit rationem subjectam. Vir Clarissimus Gerardus Noodt in *Comm. ad tit. D. de minorib.* §. *non minus elegans*, secutus primum Antonium Contium *Var. Lect. lib.* II. *c.* 3. pronomina *ei*, *his* transponit, legitque — — — *ut his non subveniatur*, *quoniam ei mandati actio non competit.* Mox textum ita explicat: „ si quis fidejus„ serit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo furiosove, non „ est *his*, id est, pupillo prodigo, furioso necessaria in integrum restitutio, quia satis „ muniti sunt jure communi, cum *huic*, id est, fidejussori adversus ipsos nulla jure „ civili competat mandati actio." Non obstreperem illi pronominum transpositioni, si sic omnia ad liquidum deducerentur. Sed cave putes. Nam 1. τὸ *non subvenitur* (per restitutionem in integrum) significare prorsus nequit, restitutionem non esse necessariam. Imo vero hoc ipso, quod negatur *subveniendum* esse, affirmatur, ei, vel illis, quibus subveniri non debeat, necessariam esse, vel restitutionem in integrum, vel simile remedium, cujus ope ex damno emergant, adeoque non esse eos ipso jure tutos. 2. Si credamus Noodtio, lex nostra 25. olim cohæsit cum lege 16. *D. de minorib.* cum autem ibi Ulpianus sine hæsitatione dicat, non esse ei, qui mero jure tutus est, restitutionis auxilium tribuendum, quî potuit idem Ulpianus mox idem dogma proponere per τὸ *magis est*, hoc est, cum aliqua diffidentia, quasi vero subsit justa dubitandi caussa? 3. Secundum interpretationem istam ratio subjecta prorsus non cohæret thesi præmissæ. Thesis Noodtiana hæc est: *pupillus*, *prodigus*, *furiosus absque tutore*, *vel curatore inutiliter promittentes*, *non indigent restitutione in integrum contra creditorem*: ratio vero, si Noodtio credas, hæc erit, *quia fidejussori*, *ubi solvit*, *adversus ipsos mandati actio non competit.* Hæc ratio evincit quidem, pupillum, prodigum ipso jure adversus fidejussorem tutos esse, minime vero demonstrat, quod demonstrandum erat, eos contra creditorem esse jure communi munitos. Et sane non valet argumentum ab actione mandati ad actionem debiti, seu a fidejussore ad creditorem, Exempli gratia. Is, pro quo invito alius fidejussit, ipso jure adversus fidejussorem tutus est, sed non ideo quoque tutus erit contra creditorem. Cum igitur Noodtiana interpretatio tot difficultatibus laboret, facile patet, quid de isthac pronominum transpositione habendum sit. Et sane repugnat ei Codex Florentinus, sicuti ipsi explicationi Noodtianæ hactenus repugnant Græci Basilic. *lib.* XXVI. *tit.* 1. *c.* 25. ut τὸ *non subveniatur* intelligant de fidejussore, non de principali debitore, non adjuvando. Et tamen Noodtius hic vir, hic est, qui veluti claves nobis porrigit ad veram Marcelli Ulpianique mentem referandam: Noodtius certe observavit, hoc fragmentum ex libro Ulpiani XI. ad edictum esse, eoque libro illum exposuisse titulum edicti *de minoribus* XXV. *annis.* Noodtius igitur rectissime τὸ *non subveniatur* ex mente auctoris retulit ad restitutio-

civili, auctoritate juris civilis, quod per eminentiam dicitur ipsum jus; auxilio prætoris per exceptionem, id est, jure prætorio & prætoris auxilio. qui da-

tionem in integrum. Eandem viam jam olim calcavit Accursius, qui præterea in eo etiam laudandus, quod pronomen *ei* suo loco relictum explicet *fidejussori*, hoc sensu: „ si quis pro pupillo &c. fidejusserit, non est fidejussori ope restitutionis „ succurrendum contra creditorem". Quem sensum cum Accursius quoque non nisi ex inscriptione, collata cum inscriptionibus aliorum Ulpiani fragmentorum, sub titulo *de minorib.* occurrentium discere potuerit, indicio illud est, huic glossatori minime incognitum fuisse inscriptionum in D. explicandis usum insignem. Genuinam esse, quam Accursius tentavit interpretationem, eique optime cohærere rationem subjectam, unusquisque perspiceret, si modo exularent verba *prodigove*, *vel furioso*, quæ sane omnem illam interpretationis varietatem pepererunt, & Accursio etiam fuerunt molesta. Seponamus igitur paulisper illa vocabula, & quod iis connexum est τὸ *his*, seorsum de illis mox acturi, legamusque ita: *si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam mandati actio non competit*, (vel si mavis cum Marq. Frehero Parerg. 11. *c.* 23. *quoniam hic.*) Ponunt JCti pupillum sine tutoris auctoritate obligatum; quod cum Accursio intelligo de pupillo pubertati proximo, eoque ex contractu vero, quem sine tutore iniit, naturaliter obligato; minime vero de pupillo ex quasi contractu, aliave de caussa obligato civiliter. Posse certe tali obligationi talis pupilli fidejussorem accedere docent lex 127. *D. de V. O.* & *lex* 95. §. 4. *D. de solut.* JCtos autem loqui non de alio pupillo, nec de alia obligatione, colligitur inde, quod quæstio proponatur de fidejussore in integrum restituendo. Quæ quæstio locum habere nequit, si ponas, pupillum infantem, vel infantiæ proximum: hi enim ne naturaliter quidem promittendo obligantur, sed furiosis similes sunt, utpote nihil intelligentes §. 10. *Inst. de inutil. stip.* adeoque nec fidejussor pro his intervenire poterit. Nec magis de fidejussore in integrum restituendo, vel non restituendo quæri potest, si ponas, pupillum sine tutore quidem, sed tamen civiliter obligatum: quia cardo quæstionis in eo vertitur, an ex persona pupilli, & in hujus favorem restituendus sit fidejussor, uti mox clarius patebit. Atqui pupillus sine tutore civiliter obligatus, puta ex quasi contractu, vel si ex vero contractu locupletior factus est, ipse non restituetur, proinde nec fidejussor ex ejus persona. Accedit, quod ænigmatis instar sit, per pupillum *sine tutoris auctoritate obligatum*, intelligi velle pupillum civiliter obligatum: JCti quoties monere aliquid volunt de pupillo civiliter obligato, ponere solent, eum, tutore auctore, promisisse, vel ex negotio locupletiorem esse, vel ex re nasci obligationem. Pro pupillo igitur, qui jam ejus ætatis est, ut intelligat, quid agat, & propterea ex negotio, quod sine tutoris auctoritate gessit, naturaliter obligatus est, si quis fidejusserit, quærit ex Marcello Ulpianus, an huic fidejussori restitutio in integrum danda sit? Ratio dubitandi, quæ quodammodo delitescit in locutione *magis est*, consistit in eo, quod ipse pupillus, nisi jure communi tutus a creditore foret, in integrum restitui posset: edictum enim de minoribus etiam ad impuberes pertinet. *l. pen. D. de minor.* nec videbatur fidejussori deneganda restitutio, propter personam ipsius pupilli: nam si fidejussor ad solvendum a creditore adigitur, mox per actionem mandati contrariam omne damnum recidet in pupilli caput, cui proinde parum proderit, & jure communi, & prætorio, quasi duplici clipeo adversus creditorem fuisse munitum. Dubium igitur omne oritur ex eo, quod principalis debitor sit ex eo hominum genere, quibus prætor ætatis beneficium impertit: quo licet ipse debitor in casu proposito, quippe mero jure tutus, non indigeat, concedendum tamen illud prima fronte videtur fidejussori, ex persona debitoris, & in hujus ipsius gratiam: fidejussor enim non est ipso jure tutus, & nisi

datis exceptionibus tueri pacta ſolet, pacta enim in continenti appoſita ita agnovit jus civile, ut ineſſe contractui videantur, & valeant ex jure civili ad for-

niſi huic ſubvenias, eveniet, ut per ejus latus pulſetur debitor. Nihilominus negant JCti, ſubveniendum fidejuſſori eſſe. Quare? *quia mandati actio non competit.* Elegantiſſima profecto ratio, & qua nullam nervoſiorem in jure reperies. Valet enim eo, ut doceamur, nihil periculi pupillo imminere ex condemnatione fidejuſſoris. Vis igitur argumenti ſolidiſſimi hæc eſt. „ Quemadmodum competitura con„ tra pupillum actio mandati efficeret, ut fidejuſſori contra creditorem opem ferre „ deberemus, ſic in caſu propoſito ceſſans mandati actio efficit, ut fidejuſſori non „ debeat ſuccurri: nihil enim tunc intereſt pupilli, fidejuſſorem condemnari." Familiare hoc argumenti genus eſt JCtis, ut nempe defenſionem aliquam, Titio competentem, concedant etiam Mævio, ſi huic condemnato regreſſus contra Titium pateret: ſi nullus regreſſus Mævio ſit futurus, ob hoc ipſum ei denegent. Appoſite iterum Accurſius adfert legem 32. *D. de pact.* ubi pactum de non petendo, initum a reo dicitur fidejuſſori prodeſſe, *propter rei perſonam, ne mandati judicio conveniatur.* Ex quo Paullus ipſe ſic colligit: *igitur ſi mandati actio nulla ſit — — fidejuſſori non prodeſſe exceptionem.* Similiter ex duobus reis alteri convento proderit pactum ab altero initum, vel liberatio alteri legata, ſi ſint ſocii. *l* 21. §. *ult. D. de pact. l.* 3. §. 3. *D. de liberat. legat.* non proderit, ſi ſocii non ſunt. *d. l* 3. §. 3. eodem denique modo exceptio SCti Macedoniani competit fidejuſſori propter perſonam filiif. ne hic actione mandati deinceps pulſetur, ſed quia fidejuſſori, qui donandi animo intervenit, actio mandati non competit, ideo nec contra creditorem adjuvatur exceptione. *l.* 9. §. 3. *D. ad SCt. Maced.* Fere ſimile eſt Ulpiani noſtri ratiocinium, & quidem in hac ipſa noſtra materia in *l.* 13. *pr. D. de minor* ibi quippe itidem negat, fidejuſſori minoris ſuccurrendum eſſe his verbis — — *non eſt æquum, fidejuſſori in necem meam ſubveniri, ſed potius ipſi denegabitur mandati actio.* Videsne, poſterius illud adjici, ut occurratur difficultati, ab imminente mandati actione movendæ? Ratio autem, cur Ulpianus in *d. l.* 13. *pr.* per remotivum loquendi genus, *ſed potius*, theſin ſuam confirmet; in noſtra vero lege 25. ad eandem theſin confirmandam forma loquendi decretoria *quoniam* utatur, in eo eſt, quia in caſu dictæ legis 13. ſermo ei eſt de fidejuſſore, qui ex mandato valido intervenerat, ut enim principalis, ſic & fidejuſſoria obligatio ibi tenebat, in hac noſtra lege autem de eo, qui ex invalido mandato fidejuſſerat. Jam vero ex invalido mandato ad fidejubendum nulla *competit* actio: nec proinde ſcrupulum movere quisquam poterat ab actione mandati. Verum idem ſcrupulus recte injicitur, ubi mandatum valet: hoc caſu competitura eſt actio, ſed, ut eleganter in *d. l.* 13. dicitur, jurisdictionis ope *deneganda.* Ex his, quæ hactenus diſputavi, apparet, quam elegans hoc fragmentum futurum ſit, quamque ſimplex & ſolida Ulpiani ex Marcello doctrina, ſi modo abſint verba *prodigove, vel furioſo.* Ut igitur de his, quod ſentio, dicam, ita cenſeo, eſſe illa, vel ſpuria, vel a Triboniano ejusque ſociis textui inſerta. Spuria tamen quo minus credam, facit auctoritas cum Florentini Codicis, tum etiam Græcorum in Baſil. *loco ante allegato.* Proximum igitur eſt, ut in Tribonianum hanc cudamus fabam. Scio equidem, hoc plenum eſſe invidiæ, & exemplo ſæpe noxium, ſed huc me impellit non modo ſenſus, niſi fallor, aptior multo, quam ceteri interpretes, etiam eruditiſſimi, dum Marcellum Ulpianumque uno tenore de pupilli prodigi, furioſi fidejuſſore egiſſe putant, hactenus elicere potuerunt, verum præterea aliud quidpiam. Nimirum, ut ante docui, omnis quæſtio, ex mente Marcelli & Ulpiani, in eo eſt, an fidejuſſori danda reſtitutio in integrum ſit contra creditorem, & quidem propter perſonam debitoris. Hæc quæſtio, uti res ipſa clamat, uſu non venit, ſi principalis debitor non eſt ex eorum nume-

formandam actionem in contractibus bonæ fidei *l.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pact.* In contractibus vero stricti juris, ad infirmandam actionem *l. lecta* 40. *D. de reb.*

ro, quibus prætor hoc beneficium impertit. Foret enim oppido absurdum, dubitare, an ex persona debitoris & in hujus gratiam fidejussor restituendus sit, ubi constat, debitorem ipsum, ubi convenitur, hujus remedii expertem esse. Atqui furiosus & prodigus non sunt ex eorum numero, quos prætor, caussa cognita, in integrum restituit: solis ille minoribus XXV. annis subvenit. Neque Ulpianus, Marcellus, aut ullus, quod sciam, veterum edictum de minoribus ad furiosos prodigosque extenderunt: quin imo vetat hoc ratio juris in *l.* 14. *l.* 16. *D. de legib.* Accedit, quod prodigi eo beneficio indigni sint, quippe qui nequitia sua effecerunt, ut datus illis curator sit. Aliter tamen de furiosis prodigisque sentit Cl. Joh. Voet *ad tit. D. de minor.* §. *ult.* nisi ille non tam tradit, quid jus civile ferat, quam quod ex pravo juris intellectu, & inveterato fori usu hodie observetur. Restitutione igitur in integrum ad furiosos prodigosque non pertinente, quî potuerunt Marcellus & Ulpianus, facta horum mentione, subdubitare, an fidejussores ex eorum persona & in eorum gratiam restituendi sint? Cui certe, recta via convento, denegatur restitutio, hunc per latus fidejussoris petitum nemo adjuvandum dixerit. Præterea si mentio furiosi prodigique sit ab ipsis JCtis, non solum eos pro vero habuisse oportet, edictum de minoribus etiam ad prodigos & furiosos pertinere, hoc est, rem falsam, sed hoc amplius, fuisse in ea opinione, ut pro furioso prodigoque, perinde ac pro pupillo pubertati proximo, recte interveniat fidejussor, eoque cum effectu, ut, non nisi restitutionis ope, creditorem repellere posset. Jam verò contrarium sedet Cajo in *l.* 70 §. 4. *D. de V. O.* quin Ulpiano ipsi in *l.* 6. *D. de V. O.* diserte testanti, pro furioso prodigoque ne accipi quidem fidejussorem posse, adeoque fidejussoriam obligationem nullius esse momenti. Quod si quis, parum his argumentis permotus, nihil neque Triboniano, neque librariis imputandum putet, videat ille, quomodo Ulpianum secum conciliet; quomodo item Ulpianum Marcellumque, quos utique nemo negaverit de restitutione in integrum illic loci locutos fuisse, a socordiæ crimine, res diversissimas, obligationem furiosi & pupilli assimilantium, absolvat. Non equidem is sum, qui perpetuo Tribonianum insectari cupio, imo ne librarios quidem, nisi correctionem ipsa modestia & genius cum artis, tum sermonis, commendent, onerare. Attamen, cum mens JCtorum perspicua sit, neque tamen verba ad eam se accommodari sinant, ceteris omnibus potior apud me est JCtorum existimatio. Ceterum post Accursium JCtorum mentem & ratiocinii vim optime quoque perspectam habuit Marquardus Freherus *Parerg. lib.* II. *c.* 23. Verum, quum ille prodigum & furiosum perinde naturaliter obligari scribat, (quod certe valde erroneum est) ac pupillum, ne sensisse quidem difficultatem videtur, quæ tot viros eruditissimos tam vehementer excruciavit. Quorum quidem non omnium interpretationes recensui, ac ne prolatas quidem, excepta Noodtiana, ad examen revocavi. Nam, si scripturam & mentem JCtorum adsecutus fuero, inutile fuerit alios refellere: sin minus, etiam invidiosum. Quod si *τὸ prodigove, vel furioso* Triboniano adscribantur, non poterit illis verbis auctoritas juris hodie denegari, verum cum jure Justinianeo differentiæ pupillum inter & furiosum prodigumque cum ratione obligationis naturalis, tum ratione restitutionis in integrum perdurent, totus textus in alium longe sensum, de quo JCti non cogitarunt, deflectendus erit, & quidem in talem, quo efficitur, ut, salva juris ratione, idem prædicetur de furiosi prodigique fidejussore, ac de fidejussore pupilli. Huc cum allaboraverint Marcus Lyclama, Antonius Merenda, Amplissimus C. van Bynkershoek aliique, laudandi profecto sunt eorum conatus. Ex omnibus tamen una Bynkershoekiana interpretatio minimum duritiei mihi habere videtur.

reb. cred. pacta vero ex intervallo jus civile non agnovit, sed prætor promisit exceptionem. Ratio hujus differentiæ hæc est perspicua: pactum in continenti pars est contractus, pactum ex intervallo est conventio, separata a contractu jam perfecto, nuda ergo conventio, quam prætor tuetur, data exceptione. His cognitis finge, Titius dedit Sempronio centum, accepto certo pignore, & in continenti adhibitum fuit hoc pactum, ut amissio pignoris liberet debitorem, quod necesse erit, nam si pactum sit adhibitum ex intervallo, debet prætor suppetias ferre debitori, & dare exceptionem, de qua judex datus ex jure prætorio cognoscere possit. Primo casu defensio debitoris erga creditorem non sumitur ex jure prætorio, sed ex ipso jure civili, & ait debitor, se ipso jure tutum esse; male agere creditorem, quia in ipso contractu, dum inchoatur, actio infirmata est, & ipso jure civili est inefficax. Secundo, jure civili est efficax, sed infirmari potest, jure prætorio beneficio exceptionis, quam nominatim prætor subjicere debet, hæc enim exceptio non inest, sed dari debet & nisi data sit, non potest judex a prætore datus de exceptione cognoscere. Cujus juris vestigia quædam retinemus hodie in foro, advocato auxilio Principis ad rescissionem contractus, quamvis ipso jure nullus sit, in minorum restitutionibus, & similibus casibus, quibus sine litteris Principis, vel, ut loquimur, *sans obtenir lettres en Chancelerie*, non possunt, vel non solent etiam majores judices, suam notionem adhibere, & hoc est, quod vulgo dicimus in foro: *En France voyes de nullité n'ont point de lieu, mais il fault impetrer lettres du Prince*, id est, in his casibus ipso jure nemo tutus est in Francia, sed tenetur impetrare rescriptum Principis, qui hoc non delegavit magistratibus, sed summæ & regiæ potestatis proprium esse, existimavit, & sic, hoc nostro jure civili, necesse est exceptionem opponere & impetrare a prætore, ut judex addictus actioni, quæ exceptione removetur; ut actioni, ita quoque exceptioni addictus censeatur, & de exceptione cognoscere valeat. Sed ut redeam ad Accursii glossam, & ad pactum in continenti appositum, potuit Accursius hoc scribere, desiderari pactum in continenti, non ob informandam ipso jure actionem, quæ creditori competit, sed ad informandam actionem pigneratitiam, qua, ut & Fulgosius observat, debitor possit intendere periculum amissionis pertinere ad creditorem, & ipsa amissione ex vi conventionis liberationem subsecutam, huic fini, ut teneatur creditor præstare, id, quod interest, si forte plus sit in pignore, quam in credito, quod etiam Odofredo, veteri interpreti, placuisse reperio, *quia*, inquit, *contractus ex conventione legem accipiunt l. 1. §. si convenerit 6. D. depositi.* qua interpretatione admissa, ita interpretanda est hæc lex hoc loco, *præstare non compellitur*, hæc verba non sunt notanda duobus punctis, sed sicilico, vel virgula, verba autem, quæ sequuntur, *nec a petitione debiti summovetur*: notanda sunt duobus punctis, ut ultima clausula, *nisi inter contrahentes &c.* referatur ad id, quod initio dixit, creditorem actione pigneratitia non cogi præstare usum fortuitum, nisi inter contrahentes convenerit initio contractus, & hæc sufficiant de prima quæstione de dolo & culpa, & casibus fortuitis.

Transeo ad secundam quæstionem de probatione amissionis, vel doli, vel culpæ, & omissis inutilibus interpretum velitationibus, observandum esse censeo,

seo, de hac probatione tractari in *l.* 5. & 8. *huj. tit.* & in his rescribere Impp., debitoribus, qui, soluta pecunia, agere solent pigneratitia, ut teneantur creditores pignus reddere: sic ergo species proponenda est. Vult Titius debitor adversus Sempronium creditorem agere pigneratitia, ait Sempronius, amissum fuisse pignus, quæritur, quid agere debeat debitor? &, vel certus est, verum esse, amissum fuisse pignus, quo casu ut recte & utiliter agat pigneratitia, debet dicere amissum fuisse pignus dolo, vel culpa creditoris, & consequenter probare dolum, vel culpam, nec ulla hoc casu desideratur probatio amissionis, quam non inficiatur creditor, & hoc est, quod ait dicta lex 5. *si culpæ reus deprehenditur*, a debitore scilicet, qui allegavit & probavit dolum, vel culpam, & lex 8. *si nulla culpa creditori imputari potest* a debitore agente pigneratitia, & intendente atque probante, amissum fuisse pignus dolo, vel culpa creditoris: vel contra certus est debitor, non fuisse amissum pignus, & creditorem non posse probare amissionem, ut in secunda parte legis 8. & hoc casu, si proponat creditor exceptionem amissionis, necesse non habet debitor, uti replicatione doli, vel culpæ, & ut loquitur *l.* 9. *C de exceptionibus.* debitori nulla defensio necessaria est, quia si creditor non probat amissionem, tenetur præstare id, quod interest, vel pignus restituere, & hoc est, quod ait dicta lex 5. *vel manifestis rationibus non probavit, se perdidisse*, ait autem eleganter, *manifestis rationibus*, id est, perspicuis argumentis, & legitimis probationibus, ut Phædrus, elegantissimus Tiberii libertus in *Fabell. lib.* v. *fab.* 5. *vs.* 3. *ad pœnitendum rebus manifestis agi.* ubi *res* sunt rationes, probationes, vel argumenta, ut illo Tertulliani loco in *lib de pallio*, *sit nunc aliunde res.* id est, repetamus aliunde res, vel argumenta. Quod si debitor incertus est, & dubitat amissum pignus, debet hoc casu contestari replicationem de dolo & culpa, id est, protestari de dolo & culpa, ut in *d. l.* 9. at postquam probavit creditor exceptionem amissi pignoris, debet debitor opponere replicationem doli & culpæ, & probare creditorem amisisse dolo, vel culpa Sed mutemus speciem, & fingamus, ut plerumque, creditorem, amisso pignore, petere debitum, hoc quoque casu adhibenda erit eadem distinctio, vel scit debitor amissum, vel scit non amissum, vel dubitat, & debet opponere exceptionem doli, vel culpæ, hoc colligo *ex d. l.* 9. & ita creditor probat casum fortuitum, cum exceptione amissionis utitur, cum negat debitor amissum, vel cum, amisso pignore, debitum petit; nam & hoc casu, id est, cum agit, probat, qui actor est, & affirmat amissum. *l.* 2. *D. de probat.* ita quoque cum excipit, tenetur exceptionem probare, reus in exceptione actor est, *l. agere* 1. *D. de except.* debitor quoque, cum intendit, dolo, vel culpa amissum, sive agat, sive conveniatur, exceptionem, vel replicationem probare tenetur, eadem ratione perspicua, & ita recte olim Martinus, Johannes, Azo & Accursius: vulgaris vero distinctio merito displicuit, quia si fatetur debitor amissum pignus, frustra probaret amissionem creditor, ut recte & fideliter vetus interpres Odofredus docet. Hodie jure, quo utimur in foro, ex utraque parte implentur probationes; & judex potioribus fidem adhibet. *On appointe les parties contraires en leurs faits, & chacun à la prouve, si bon lui semble.* Et ita id, quod olim locum habuit certis casibus, ut in *d. l.* 9. &

in

in *l. fallaciter* 3. *C. de Abolit.* & in *Novell.* 36. generaliter receptum & admissum fuit.

Ad Leg. creditor 7. *C.* de pignor. act.

IMP. GORDIANUS A. JULIANO.

Creditor, qui fundos, vel domos pignori, vel hypothecæ accepit, damnum, in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo, vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pignoratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuit tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pignoratitias fecit, exigere non prohibetur.

Ait, *creditor, qui fundus, vel domos pignori, vel hypothecæ accepit.* Pignus traditur, constituitur hypotheca nuda conventione, remanente possessione apud debitorem, ut ergo procedat hæc quæstio, fingendum est, creditorem per actionem hypothecariam revocasse possessionem, improprie enim dicitur hypotheca dari, vel accipi, cum nuda conventione constituatur, ut forte scripserit Imp. Gordianus, *pignori, vel fiduciæ.* sed Tribonianus ex usu sui temporis reposuit, pignori, vel hypothecæ, ut aliis plerisque locis, & ita Paullus scribit *lib* 3. *sent. tit. de legat.* 6. § 16. *rem legatam testator, si postea pignori, vel fiduciæ dederit, voluntatem non mutasse videtur*, qua de re exstat rescriptum Severi & Antonini *l.* 3. *Cod. eod. tit.* ubi non dubito, Impp. scripsisse, *pignori, vel fiduciæ*, ex sententia Paulli, sed Tribonianus maluit dicere, *pignori, vel hypothecæ*, veteres dicebant pignori fiduciæve dare, vel accipere, & frequens erat horum contractuum conjunctio, vel comparatio, ut in *l.* 9 *C. Th de infirm. iis, quæ sub tyrann. gest. s.* & aliis locis notissimis, in libris nostris semper Tribonianus reposuit, *pignori, vel hypothecæ*, quia tempore Justiniani sublatus fuerat fiduciæ usus, sed ad rem. Ait lex, creditorem damnum datum in cædendis arboribus, vel domibus destruendis, cogi deducere, verum, inquit, hoc damnum venire in pigneratitium judicium, ut loquitur lex *eleganter* 24. §. *ult. D. hoc tit.* quod verissimum est, sed evidentius docere vult hæc lex, quomodo, quave ratione damnum datum in hoc judicio, & qua forma intentionem suam concipere possit debitor, qui agit pigneratitia, & ait, intendere debere debitorem, teneri creditorem damnum datum, id est, æstimationem damni dati, in rationem debiti deducere, ut minus debere censeatur debitor, qui residuum tantum solvere tenetur, & ut perceptio fructuum minuit debitum in *l. ult. C. de pign. act.* ita quoque, æstimatio damni in hac

lege noſtra, & hoc eſt, quod eleganter ait, damnum datum in rationem debiti cogi deducere. Non eſt ergo mutanda, vel ſollicitanda lectio, quam conſtanter omnes libri retinent, nec ſemper adhibenda fides Baſilicis, imo ſi abeſſet vox *debiti*, ſententia efflagitat ſubintelligendam eſſe (*y*). Sequitur in hac lege, *ſi non dolo, vel culpa*, male, quamvis editio Harmenopuli (*z*), hanc lectionem confirmare videatur, nam D. Cujacius docet, (*a*). Codicem MS. Bibliothecæ regiæ hanc negationem non habere, quam ſuppoſititiam, quis non videt? Etenim ſi res deterior facta ſit, ſine dolo, vel culpa creditoris, non tenetur creditor, imo ſi perempta omnino ſit ſine dolo & culpa, non poteſt creditor teneri, ut conſtat ex ſuper. leg 6., tenetur ergo, ſi dolo, vel culpa deterior ſit facta res, nam deterior reddita pro non reddita eſt, ut eleganter ait *l.* 3. § 1. *l.* 18. §. 1. *D. commodati. l.* 1. §. *ſi res depoſita* 16. *D. depoſ.* tenetur autem creditor de re reddenda, vel reſtituenda, & hæc de creditore. In hac lege notanda ſunt, quæ in fine addit ex contrario, pigneratitia actione teneri debitorem præſtare neceſſarias impenſas, quas creditor fecit in rem pigneratitiam, ut in *l. ſi neceſſarias* 8. *pr. D. de pign. act.*

(*y*) Hic contradicit Cujacio *loco mox allegando.*
(*z*) *Lib.* 3. *tit.* 5. *cap. de rebus, quæ pignori hypothecæve obligantur, ſub init.*
(*a*) *Comment. ad tit. C. de pign. act. ad l.* 5. §. 7. *Oper. omn. Tom.* IX.

Ad

Ad Leg. nec creditores 10. *& l. quominus* 12. C. de pignor. act.

L. 10. IMPP. DIOCLET. ET MAXIMIAN. AA. ET CC. APOLLODORÆ.

Nec creditores, nec qui his ſucceſſerunt, adverſus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel, his non accipientibus, oblata & conſignata & depoſita, longi temporis præſcriptione muniri poſſunt. Unde intelligis, quod ſi originem rei probare potes, adverſario tenente vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defenſione ſe tueri poſſit, extorquetur ei neceſſitas probandi debiti, vel ſi tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: & tibi non erit difficilis, vel ſolutione, vel oblatione atque ſolenni depoſitione pignoris liberatio.

L. 12. IIDEM AA. ET CC. HERISCO.

Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac reſiduo debito ſoluto, vel ſi per creditorem factum fuerit, quo minus ſolveretur, oblato & conſignato & depoſito, pignora, quæ in eadem cauſſa durant, reſtituat debitori, nullo ſpatio longi temporis defenditur.

Duæ ſunt actiones, quibus debitor rem pignori datam repetere poteſt, nam præter actionem pigneratitiam, præter judicium, quod de pignore dato redditur, ut loquitur Papin. in *l. 2 D. de pignor.* habet debitor directam rei vindicationem, qua dominium rei pignori datæ vindicare poteſt, remanſit enim dominus *l. 9. C hoc tit.* & domino competere conſtat actionem in rem, qua de dominio agitur, *l. in rem 23. pr. D. de rei vindic. l. evictis 18. pr D. de uſur.* aliud obtinet in fiducia, debitor enim non potuit agere rei vindicatione, quia dominium non habebat, ſed, ſoluta pecunia, habuit tantum directam fiduciæ actionem. Sed quæritur, an debitor, qui agit hac, vel illa actione, id eſt, pigneratitia, vel rei vindicatione, excludatur præſcriptione longi temporis, id eſt, decennii inter præſentes, & vicennii inter abſentes, cum

cum creditori agenti hypothecaria actione obstare posse hanc præscriptionem, notissimum sit ex *l.* 12. *D. de diverſ. & temporal. præſcript. l.* 7. *& ult. D. de oblig. & act. l.* 1. *&* 2. *C. ſi adverſ. creditorem oppon. l.* 19. *C. de evict.* quod tamen procedit, si creditor adversus extraneum, non adversus debitorem ipsum experitur. Docet autem hæc lex 10. debitori agenti adversus creditorem, vel ipsius heredem non obstare, hanc præscriptionem, quia creditor non tam suo, quam alieno nomine possidet, imo qualis qualis creditoris possessio proficit debitori ad usucapionem *l. non ſolum* 33. §. *qui pignori* 4. *D. de uſucap.* heredem in idem jus eamdemque causam succedere constat *l. & non tantum* 19. *pr. D. de petit. heredit.* & uno verbo, esse succedaneum commodorum & incommodorum defuncti *l. cum heres* 11. *D. de diverſ. & temporal. præſcript.* quando ergo ait lex 10. *& ſucceſſores ejus.* id recte Accursius exposuit, de successoribus universalibus, non de successoribus in rem, id est, de his, qui bona fide emunt a creditore. His itaque constitutis, hanc præscriptionem non esse dandam creditori, vel ejus successori, rescribunt Impp. debitorem, qui cogitat de repetendo pignore, agere commodissime posse rei vindicatione adversus creditorem tenentem pignus sine ullo metu hujus præscriptionis, & hoc est, quod ait d. l. 10. *unde intelligis, quod ſi originem rei probare potes, adverſario* (creditore, vel ejus successore) *tenente, dominium vindicare debes* quibus verbis complectitur ea omnia, quæ in recte exercenda actione in rem necessaria sunt, debet enim, qui agit, probare dominium, vel, ut loquitur lex 10., originem rei, id est, auctoritatem, justum titulum, ex quo dicere potest, hanc rem meam esse aio. *l. officium* 9. *D. de rei vindic.* exstant, qui hæc verba, *originem rei*, intelligunt de origine obligationis, quasi debitor hanc probare debeat, sed origo rei est dominii, ut in *l. inſtrumenta* 24. *C. de fideicomm.* & hoc sensu Tertullianus in *Apolog.* utitur hoc verbo juris, *habemus origines firmas.* id est, justos titulos, ut Dominus Cujacius docet, quod & ante eum Bartolus vidit in *d. leg. Tenente adverſario.* pertinet quoque ad rei vindicationem, nam rei vindicatio datur adversus possessorem. *d. l. officium* 9. & ex præsenti possessione venit *l. non alias* 24. §. *ult. D. de judic.* hoc est, quod eleganter ait lex 1. *C. de alien. judic. mutandi, in rem actionem poſſeſſio parit adverſario.* (sic legendum ex vett. lib. MS. elegantissimo sensu) utilitas autem debitoris, qui agit rei vindicatione, in hoc versatur, quod creditor non aliter tueri possit causam & possessionem suam, quam opposita defensione pignoris, quæ vocatur exceptio pigneratitia in *l. ſi quis putans* 6. §. *idem Julianus* 9. *D. comm. divid.* hac exceptione opposita, suscipit creditor probationis onus, reus enim in exceptione actor est, ut jam supra docui, & hoc est, quod ait, *extorquetur ei neceſſitas probandi debiti.* & ut hanc necessitatem rejiciat debitor in creditorem, rei vindicatione agere debet, quod si forte debitor pignora possideat, idem quoque assequitur beneficio possessionis, quia creditor, qui pignus vindicat hypothecaria actione, probationis onus suscipere tenetur, & ita utroque casu, sive creditore opponente, cum debitor agit rei vindicatione; sive creditore agente hypothecaria, facilis erit debitori pignoris liberatio, vel solutione, vel obsignatione legitima, quæ pro solutione habetur *l. obſignatione* 9. *C. de ſolut. l. ſi creditrici* 6. *l. acceptam* 19. *C. de uſuc.*

Ex

Ex quibus apparet, rei vindicatione debitorem agere posse, etiam non soluta pecunia, quam tamen solvere debet, opposita & probata exceptione pigneratitia, quia, ut recte Fulgosius, statim competit domino rei vindicatio, pigneratitia actio statim non competit, nisi soluta pecunia, *l. pen. C. hoc tit.* & ante solutionem non recte agit, male agit, quia actionem non habet, sed errorem male institutæ actionis emendare potest, si in judicio offerat pecuniam *l. si reus* 9. §. *ult. D. hoc tit.* utilius ergo est debitori agere rei vindicatione, etiam non soluta pecunia, nam si vult agere pigneratitia, pecuniam prius solvere debet, vel in ipso judicio offerre, & ad hanc pigneratitiam pertinet lex ultima, quæ docet, eam nullo longi temporis spatio posse extingui, quamdiu manet pignoris caussa, quæ finiri potest, creditore jus suum exercente, ut loquitur lex *quis sit fugitivus* 17. §. *pignori* 11. *D. de ædilit. edict.* id est, creditore vendente & distrahente, & ita Paullus *lib.* 2. *sent. cap.* 13. ait, non finiri pignoris caussam, creditore emente per suppositam personam, & contra finiri, si creditor bona fide distraxerit: hoc est ergo, quod vult dicta lex ultima (*b*) cum ait, *quamdiu pignora in eadem caussa durant*, eademque forma totidemque verbis scriptum est in *l. & qui sub imagine* 10. *C. de distract. pign.* jure pignoris obligatum prædium in eadem caussa permanere, si non vere, sed per collusionem distractum sit. Faceſſat ergo interpretatio Accursii, qui, nescio quid, annotavit de perditis & diminutis pignoribus. Sunt autem hæc verba *d. l. ult.* recte & liquido intellecta valde notanda ad quæstionem celeberrimam, an debitor, qui non excluditur præscriptione longi temporis *d. l.* 10. *d. l. ult.* excludatur præscriptione longissimi temporis XXX. vel XL. annorum posteriorum Principum constitutionibus inducta, ad quam temere non sunt trahenda hæc Diocletiani & Maxim. rescripta de longi, non longissimi temporis præscriptione. Ex veteribus Accursius & plerique alii censent, sed contra ex Græcis Harmenopulus, ex Latinis Rogerius, Petrus, Bartolus, Fulgosius & Magnus Cujacius, idem jus obtinere censent in longissimi temporis præscriptione. Videamus quibus perspicuis argumentis prima sententia nitatur. Primum notissimum est, omnes omnino actiones a longissimi tem-

(*b*) Intuenti mihi verba hujus legis ultimæ suspecta visa sunt *τὰ oblato, obsignato & deposito.* Nam & sine his concinna locutio est *residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur*, qua & utuntur iidem Impp. in eadem hac caussa in *l.* 3. *C. de luit pign. pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quo minus solveretur.* Accedit, quod illa verba, teste Ludov. Charonda in *not. margin.* absint a MSS. quapropter damnat ea quoque Cujacius in *Comm. ad h. leg. in fin. Oper. omn. Tom.* IX. Videntur autem a male sedulo esse transcripta ex præcedenti lege 10. Ceterum cave, putes, me rem ipsam in dubium vocare. Ad luendum enim repetendumque pignus non solum oblatio, sed & obsignatio ac depositio debiti requiritur. *l.* 20. *C. de pignor. l. ult. C. de luit pign. l.* 2. *C. debitor. vend. pign. imped. non posse.* quia sola oblatio non liberat debitorem, præterquam in casu legis *qui decem* 72. *pr. D. de solut.* ope exceptionis doli, quod & ad pignus recuperandum tunc sufficiet. Itaque, quod Ulpianus in *l.* 9. §. *ult. D. de pign. act.* solius oblationis meminit; item quod Paullus in *l.* 20. §. 2. *D. eod.* dicit *recte agi pignoratitia, si per creditorem stetit, quo minus solvatur.* id ex illis locis Codicis ita accipiendum, ut obsignatio & depositio accedere debeat.

temporis præſcriptione, quæ generi humano profundiſſima quiete proſpexit, & quæ bonam fidem non requirit, extingui, hujus præſcriptionis auctores uti peremptorio vocabulo, quia dixerunt OMNES *actiones*, ut Valentin. ait in *Nov. de præſcript.* 30. *ann.* & evidentius *l.* 4. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann. omnia* jura tam privata, quam publica: ergo nec jus luendi pignoris, nec actiones, quæ debitori competunt, poſt tantæ ætatis *incuriam*, (ſic legendum in d. nov. Valentin., male vulgo, *injuriam*,) vivere poſſunt. Secundum, quo ſuperius valde confirmatur, deſumo ex *l.* 1. *C. de ann. except.* ubi Juſtinianus omnem ex profeſſo removet dubitandi occaſionem, & generaliter conſtituit, actiones omnes his terminis eſſe concludendas, exploſa ſubtilitate quorumdam, qui poſt ſuperiorum Principum peremptorias rubricas, ut Sidonius Apollinaris loquitur, quasdam actiones contendebant eſſe excipiendas, & propria & certa ratione nullo temporis ſpatio poſſe extingui; ergo poſt tam manifeſtam definitionem, debitor jus, quod in pignore habet, longiſſimo tempore amittere debet. Tertium ſubminiſtrat comparatio juris ejusdem, poſterior creditor habet jus offerendi debiti priori creditori, ut pignus luat & ſibi habeat. *l. potior* 4. §. *ult. D. qui potiores in pign. hab. l.* 1. *& 5. eod. tit.* at hoc jus amittit poſterior creditor longiſſimo tempore *l. cum notiſſimi* 7. §. *eo jure* 3. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* ergo debitor jus offerendi debiti, & luendi pignoris eodem tempore amittere debet. Addamus & quartum, creditor longiſſimo tempore amittit hypothecariam actionem, quam jure pignoris habet, & jus omne, quodquod habet in pignore *d. l. cum notiſſimi* 7. §. 1. ergo a contrario dicendum eſt, eodem tempore amittere debitorem jus omne, quod habuit in pignore, & procedere catholicum illud doctorum, eamdem correlatorum eſſe rationem. His argumentis niti poteſt prima ſententia, quam Senatum Pariſienſem confirmaſſe teſtatur Tiraquellus in *Syntagmate de retractu conventionali n.* 3. ſed in contrariam ſententiam proclivior ſum, vel quia doctorem meum, virum incomparabilem, hanc conſtanter defendere reperio, vel quia certis & indubitatis rationibus juris confirmari poteſt; eadem enim ratio, qua obtinuit, non extingui debitoris jus longi temporis præſcriptione, idem evincit in hac longiſſimi temporis præſcriptione, quamdiu, ut loquitur ipſa lex ult., pignus in eadem cauſſa durat. Multæ, fateor, dari poſſunt, ut recte Fulgoſius *ad l.* 10., ſed hæc eſt præcipua, quia creditor, ut docui, non ſuo ſed alieno nomine poſſidet, & ſi ſemper verum eſt, eum poſſidere nomine debitoris, nec longiſſimum tempus hanc actionem poteſt extinguere, & quamvis in longiſſimi temporis præſcriptione bona fides non ſit neceſſaria, certum tamen eſt, eum, qui alieno nomine poſſidet, hoc longiſſimo tempore non poſſe dominum excludere *l.* 2. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* vivit ergo hoc caſu rei vindicatio etiam poſt longiſſimum tempus, itemque pigneratitia actio, vel ideo, quia nondum nata eſt, naſcitur enim, ſoluta pecunia (*c*) *d. l. ſi rem* 9. §. *omnis*

(*c*) *Naſcitur enim &c.* Hoc dicitur quidem in all. *l.* 9. §. 3. (lex 59. *D.* ad SCt. Trebell. minus ad rem pertinet) ſed cum pignus traditione contrahatur § *ult. Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* contractus autem perfectus ſtatim obligationem & actionem pariat; dictum legis 9. §. 3. ita accipiendum videtur, ut actio non naſcatur

§. *omnis* 3. *D. hoc tit. l. debitor* 59. *D. ad Trebell.* non poteſt ergo extingui, antequam nata ſit, ut de ſervitute nondum conſtituta, eleganter Julianus ait *l. itinere* 28. *D. de ſervit. præd. ruſtic.* jus quoque luendi pignoris, id eſt, facultas, quam habet debitor ſolvendæ pecuniæ, quamdiu pignus in eadem cauſſa durat, neque longiſſimo tempore tollitur, quia ea, quæ facultatis ſunt, non præſcribuntur. *l.* 2. *D. de via publ. & de itin. pub.* Neque obſtant argumenta contrariæ ſententiæ, nam ad primum & ſecundum reſpondeo, etſi omnes actiones longiſſimo tempore præſcribuntur, remanere tamen hanc exceptionem, etiam in hac longiſſimi temporis præſcriptione, non procedere eam in eo, qui alieno nomine poſſidet, &, manente pignoris cauſſa, creditorem, tenentem pignus, ſemper teneri de reſtitutione pignoris, cui & hoc imputari poteſt, quod ſuum jus tanto tempore non exercuit, ſed retinere maluit, ut rem majoris pretii, lucrifaceret, & hac ratione improbata tandem fuit, ut docui, lex commiſſoria in pignoribus. *l. ult. C. de pact. pign.* non poteſt ergo longiſſima poſſeſſio obſtare debitori, rem ſuam vindicanti, & minus dubitari poteſt de pigneratitia actione, quia *d. lex* 1. *C. de annal. except.* nominatim loquitur de actione jam nata, pigneratitia autem naſcitur, ſoluta tantum pecunia. Ad tertium argumentum reſpondeo, manifeſtam eſſe differentiam inter creditorem poſteriorem, qui habet jus offerendi debiti priori creditori, & debitorem ipſum, qui ex bona fide tenetur ſolvere debitum, & hanc facultatem ex natura contractus habet, ut poſſit luere pignus ſoluta pecunia, qua facultate quominus utatur, non poteſt impediri a creditore, qui non ſibi, ſed debitori pignus poſſidet. Ad quartum reſpondeo, falſum eſſe plerumque catholicum illud doctorum, correlatorum eamdem eſſe rationem, ut colligere licet ex *l.* 1. *D. de rer. permut.* quæ docet plerumque differre præſtationes in contractibus, in quibus ex utroque latere competunt actiones etiam directæ, in quibus eadem & æqualis eſſe videtur contrahentium cauſſa, exempli gratia, emptor tenetur facere nummos accipientis & dominium transferre: venditor vero non tenetur dominium transferre, ſed tantum vacuam poſſeſſionem tradere, ideoque tandem obtinuit beneficium reſcindendæ venditionis, de quo in *l.* 2. *C. de reſcindenda vendit.* dandum eſſe venditori tantum, non emptori ex ſententia præſtantiſſimi Molinæi & D. Cujacii multis SCtis confirmata: in hac quoque parte diverſa eſt cauſſa debitoris, is facultatem habet luendi pignoris, quamdiu creditor voluit pignus in eadem cauſſa remanere: debitor duplici jure utitur, jure poſſeſſionis, cui ſemper adhæret pignoris cauſſa, & jure actionis: creditor vero utitur jure actionis tantum, quod jus nominatim tolli hac longiſſimi temporis præſcriptione *d. l. cum notiſſimi* 7. §. 1. conſtitu-

tur cum effectu. Sic & in *l.* 13. §. *offerri* 8. *D. de act. emt.* ante ſolutum pretium emti actio *non eſſe* dicitur. Sanequam naſci pignoratitiam ante ſolutum debitum, vel inde patet, quod aliquando poſſit antea inſtitui *l. ult. pr. D. de pign. act.* itaque præſcriptionem pignoratitiæ actionis a re tradita currere puto: at, ea impleta, ſupereſſe nihilominus debitori non modo facultatem pignoris luendi (id, quod meræ facultatis eſt) ſed & vindicandi ob *l.* 2. *C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* a Jano a Coſta allegatam.

tutum eſt, at contra in debitore non reperitur conſtitutum, & intacta remanere videtur ſumma illa ratio, qua utitur, dicta lex ult. *hoc tit.* quamdiu pignora in eadem cauſſa manent, nullo temporis ſpatio excludi poſſe debitorem, & in hanc ſententiam pronuntiatum fuiſſe in Supremo Germaniæ Senatu ſcribit Andræas Gaill. *lib.* 11. *Obſ. cap.* 18. & in Senatu Pariſienſi pro Catharina Medicea uxore Henrici II. adverſus Epiſcopum Claromontanenſem, ut teſtatur Lucius *lib.* 9. *Placit. Cur. Pariſ. tit.* v. *pag.* 196, 197. Concludamus ergo, tempus non eſſe legitimum modum extinguendi pignoris, creditore tenente & poſſidente, & ita Græci breviter *lib.* 25. *Synopſ. Baſilic. tit.* 1. *de pignor.* ἡ χρονία νομὴ οὐκ ἀναιρεῖ τὸ ἐνέχυρον. *Diutina poſſeſſio pignus non aufert.*

Ad L. pignoris cauſſa 11. C. de pignor. act.

IIDEM AA. ET CC. AMMIANO.

Pignoris cauſſa res obligatas, ſoluto debito, reſtitui debere, pignoratitiæ actionis natura declarat. Quo jure ſi titulo pignoris obligaſti mancipia, per eandem actionem uti potes: nec creditor citra conventionem, vel præſidialem juſſionem debiti cauſſa res debitoris arbitrio ſuo auferre poteſt.

Facilis eſt, prima pars hujus legis, ſecunda merito negotium faceſſit, cum dicit, NEC CREDITOR CITRA CONVENTIONEM, VEL PRÆSIDIALEM JUSSIONEM DEBITI CAUSSA RES DEBITORIS ARBITRIO SUO AUFERRE POTEST, & anxie quæritur interpretatio horum verborum, *citra conventionem, vel præſidialem juſſionem.* Veteres hæc verba referenda eſſe cenſent ad conventionem expreſſam, qua id nominatim actum ſit, ut rei pignoris, vel hypothecæ nomine obligatæ, ingredi poſſeſſionem arbitrio ſuo poſſit creditor, & uno verbo, hanc clauſulam explicandam eſſe ex *l.* 3. *C. de pignorib.* in qua de hac expreſſa conventione tractatur, & licet præter conventionem dicta lex deſiderare videatur judicis auctoritatem, eam tamen non eſſe neceſſariam, quia dicta lex 3 ſuadet, non jubet, & innuit tutius & urbanius eſſe, adhibere auctoritatem judicis; ſufficit ergo, vel ſola conventio expreſſa, vel ſola auctoritas judicis ex mente veterum. Sed hanc interpretationem improbat D. Cujacius in *Recitat. ad d. l. & ad d. l.* 3. & conventionem hoc loco accipit de pignoris, vel hypothecæ conventione, ex qua, inquit, accedente judicis auctoritate auferre poteſt creditor res obligatas, non autem non obligatas, & ex Baſilicis particulam *vel* eſſe accipiendam conjunctive, non disjunctive, ut ſenſus ſit, res obligatas creditorem auferre poſſe judicis auctoritate, id eſt, per actionem hypothecariam; ſed hanc interpretationem non dubito eſſe contra mentem & verba hujus legis, cujus perſpicua ſententia hæc eſt: in prima parte tracta-

tractavit de rebus pignoris cauſſa obligatis a debitore, in quibus jus ſuum exercere poteſt creditor, &, vice verſa, debitor, ſoluta pecunia, poteſt eas repetere pigneratitia actione: in hac vero parte tractat de rebus debitoris, quæ non ſunt pignoris cauſſa obligatæ, quod & D. Cujacius admittit, & hoc quæſitum fuiſſe ab Impp. ex hac ultima clauſula colligere licet, an arbitrio ſuo res quascumque debitoris auferre poteſt creditor, non ſolum eas, quæ obligatæ erant, ſed etiam eas, quas non erant obligatæ: finge ex rebus pignori datis non poſſe creditorem ſolidum conſequi, an poteſt auferre res debitoris, quæ non ſunt obligatæ, ex arbitrio ſuo jus pignoris in his conſtituere & exercere, vendere, diſtrahere; de his enim conſultor ille, quisquis ſit, non juſtam gerebat ſollicitudinem, ut loquitur *l.* 4 *C. ad Trebell.* ideoque reſcribunt Impp., creditorem arbitrio ſuo res debitoris auferre non poſſe, extra conventionem, vel præſidialem juſſionem: nam, ut poſſit auferre res debitoris, vel neceſſaria eſt conventio pignoris, vel hypothecæ, vel juſſio præſidialis, id eſt, vel debet eſſe contractum pignus conventionale, vel prætorium eſſe debet, aut judiciale, quod conſtituit auctoritas magiſtratus *l. non eſt mirum* 26. *D. hoc tit.* & hoc eſt, quod ait lex 2. *C. de prætor pignor.* duplex eſſe genus hypothecarum, unum, quod ex conventionibus & pactis hominum naſcitur, aliud, quod a judicibus datur, & prætorium nuncupatur. Hanc rem exprimit eleganter *lex* 1. *C. ſi in cauſſ. judic. pign.* ex conventione pignoris naſci obligationem ex cauſſa contractus: præſidialem juſſionem, quæ pignus conſtituit in vicem juſtæ obligationis accedere, & hoc eſt, quod ait ſecunda pars hujus legis *citra conventionem, vel juſſionem præſidialem*; nullum jus habere creditorem in rebus debitoris, niſi ſit pignus conventionale, vel prætorium, neque ſine hoc, vel illo pignore, ulla ratione arbitrio ſuo res debitoris auferre poteſt, at contra ex conventionali pignore, vel ex prætorio poteſt vendere & diſtrahere, & ex utroque pignore hypothecariam exercere, quam non videtur Juſtinianus primus induxiſſe in prætorio pignore *d. l.* 2. *C. de prætor. pign.* in qua nominatim ait, ſe veteris juris dubitationem reſecare, quia quidam dubitabant, & quidem ex hoc prætorio pignore dari pigneratitiam utilem creditori & ſequendum eſſe exemplum pignoris conventionalis ait Ulpianus in *l. is, cui* 5. § *quæri poterit D. ut in poſſeſſ. legat.* &, ſi pigneratitia utilis exemplo pignoris conventionalis dari poteſt, Ulpiano auctore, eodem quoque exemplo dicendum eſt, dandam eſſe hypothecariam. Sed docet Juſtinianus, quosdam dubitaſſe, quam dubitationem reſecandam eſſe cenſet, & ita petitionem hereditatis eſſe actionem bonæ fidei Paullus agnovit, in *l. plane* 38. *D. de petit. hered.* ſed quosdam Juſtinianus ait dubitaſſe *l. ult. C. eod.* & hac dubitatione explosa, nova conſtitutione ſua ait ſe conſtituere, petitionem hereditatis eſſe actionem bonæ fidei. Sed demus, ante Juſtinianum ex prætorio pignore numquam datam fuiſſe hypothecariam actionem, etiam hoc admiſſo, verum ſemper eſt, quod lex ait, ex conventionali pignore, vel ex prætorio in rebus debitoris jus ſuum exercere poſſe creditorem, ut perſpicue docet lex 1. *C. ſi in cauſſ. judic.* quæſtio autem *d. l.* 3. *C. de pignor.* quæ tam veteres interpretes, quam D. Cujacium, decepit, diverſa eſt ab ea, quæ in hac lege proponitur: non enim quæritur de rebus, quæ non ſunt creditori ſpeciali

conventione obligatæ, vel magiſtratus auctoritate obſtrictæ; ſed quæritur tantum de vi pacti additi nominatim contractui hypothecæ, ut non reddita pecunia, creditori propria auctoritate liceat ingredi poſſeſſionem fundi hypothecæ ſuppoſiti, & ait ingreſſum vim non committere, id eſt, non teneri lege Julia de vi privata, qua ſine hoc pacto teneretur *l. in poſſeſſionem 5. C. ad l. Juliam de vi publ. & priv.* & actione vi bonorum raptorum *l. 3. C. vi bonorum rapt.* tenetur tamen, ut recte Azo, Bartolus, & D. Cujacius interdicto momentariæ poſſeſſionis, qua debitor turbatam a creditore poſſeſſionem recipere poteſt, arg. *l. 6. C. unde vi.* ideoque ſubjecit dicta lex 3. creditorem auctoritate judicis adipiſci, vel apiſci poſſeſſionem, ut eam ſcilicet optimo jure retinere poſſit, quod tamen referendum non eſſe veteres cenſent, ut cœpi dicere, ad neceſſitatem quandam injectam creditori, ſed ad cautionem, qua adhibita, poteſt tutius & urbanius poſſeſſionem adipiſci, quod recte rejicit D. Cujacius, & neceſſariam eſſe judicis auctoritatem, & ita teneri creditorem exercere actionem hypothecariam & rem repetere per judicem. Quod ſi admittitur, nulla erit fere hujus pacti nominatim adhibiti utilitas, & perinde erit, ac ſi non ſit interpoſitum, ſi ſemper tenetur creditor hypothecariam actionem exercere. Nec dicere poſſumus, hoc pactum eſſe videri contra jus publicum, quia & manus injectionem unicuique recipere licet *l. pen. D. de ſerv. export.* qua ratione fretus, exiſtimo, quod ait dicta lex 3. de auctoritate judicis, id non eſſe accipiendum de auctoritate, quæ cum plena notione interponitur, creditore exercente hypothecariam actionem, ſed de ſimplici juſſione, qua judex, habita ratione pacti, ſine alia notione permittit creditori poſſeſſionem ex pacto adipiſci, nec poteſt videri hæc juſſio extraordinaria, propter pactum nominatim additum, quod prætor tuetur & ſequitur. Denique lex pen. hoc tantum & ſimpliciter vult, arbitrio ſuo creditorem non poſſe res debitoris auferre, vel occupare, niſi ex conventione pignoris traditæ fuerint ab ipſo debitore, vel ex juſſione præſidiali, auctoritate magiſtratus acceperit, pignore prætorio, vel judiciali conſtituto, his enim duobus modis creditor res debitoris auferre, occupare, tenere, & poſſidere poteſt. Et ita dato pignore ex conventione, non eſt neceſſaria judicis miſſio, quia eſt res tradita ab ipſo debitore ex conventione: cum enim pignus datur, pignus creditor aufert ex conventione. *l. 1. D. hoc tit.* & ſine conventione judicis juſſio pignus conſtituere poteſt, & jure pignoris poteſt creditor res debitoris auferre, tenere & poſſidere; uno verbo, lex penultima breviter explicat ſententiam edicti Divi Marci, cujus eleganter poteſt dici ſummarium, vel paratitlum, ut legere licet ex *l. 13. D. quod metus cauſſa.* & ex *l. pen. D. ad L. Jul. de vi priv.* ubi dictum edictum proponitur, non poſſe creditores auferre, occupare, res debitorum, niſi fuerint datæ, vel traditæ, (ex conventione ſcilicet), vel niſi judicis auctoritas intervenerit; quod miror, non fuiſſe obſervatum, & ita eſt ſeparanda ſententia hujus legis penultimæ a quæſtione propoſita in *d. l. 3.* in qua quæritur de poſſeſſione hypothecæ, quæ non fuit tradita creditori, an ſaltem ex pacto eam apiſci poſſit creditor propria auctoritate, ſine judice. Idemque quæri poteſt de creditore, qui pignoris traditi poſſeſſionem amiſit, an eam ſine judice vindicare & perſequi poſſit, qua de re exſtat ſententia Paulli *lib 5. ſent.*

sent. tit. 26. §. *ult.* creditorem fiduciam & pignora apud se depoſita perſequi, & ſine auctoritate judicis vindicare non prohiberi, quod receptum videtur ex vi traditionis & conventionis, & ex natura horum contractuum, quibus vel dominium, vel poſſeſſio transfertur in creditorem; ideoque ſine ulla judicis auctoritate ſuo jure auferet, quod ex contractu habere & poſſidere debet, nec ullam vim facere videtur, ſignanda enim ſunt verba, ait enim, *fiduciam, vel pignora apud ſe depoſita*, quia hoc agitur his contractibus. Sed quod cuſtodite Paullus ait de pignoribus apud creditorem depoſitis, non eſt trahendum ad hypothecas, quas non licet ſine judicis auctoritate vindicare & perſequi, ut jam probavi; & ſi pactum nominatim adjiciatur, ut ingredi poſſeſſionem liceat, ſaltem ſimplex juſſio deſideratur, quia hypotheca non ſolet transferre poſſeſſionem, ut pignus, ut fiducia, & hoc pactum additum hypothecæ non poteſt omnino transformare naturam hujus contractus. Summa ſuperioris diſſertationis hæc eſt, in hac quæſtione duas eſſe inſpectiones, prima, creditorem auferre non poſſe res debitoris, eas occupare tenere & poſſidere, niſi ex conventione traditio fiat, vel ex juſſu Magiſtratus, qui conſtituere ſolet prætorium, vel judiciale pignus, & hoc eſt, quod vult dicta lex penultima; ſecunda, rei obligatæ poſſeſſionem, quam forte amiſit creditor, propria auctoritate & ſine judice creditorem perſequi poſſe, ut in dicto loco *ſentent. Paulli* poſſeſſionem autem, quam nunquam habuit, ut ſi ſit nuda hypotheca, ſine judice numquam apiſci poſſe, nam ſine pacto, de quo in *d. l.* 3. exercere debet hypothecariam actionem, & per judicem petere, vel ſi hoc pactum additum fuerit, ſufficere videtur ſimplex judicis juſſio, ut jam docui.

Ad Tit. de periculo & commodo rei venditæ 48. *lib.* 4. *Cod.*

Quam voluntate contracta venditio reſcinditur, tam maxime ea, quæ neceſſitate fit, qualis eſt ea, quæ fit, diſtrahente fiſco propter publicas penſitationes temporius non diſſolutas, ſubjacet periculo reſciſſionis, ſi non ſolemnia, quæ ſervanda ſunt, diſtricte ſervata ſint; ut conſtitit tit 46. qui titulus ſuperiorem invitavit, aut verius traxit; nam & de publica penſitatione eſt; & ex cauſſa retenti a creditore cenſus, vel in totum venditio reſcinditur; vel ſaltem illa pactis, quæ reprobatur conſtitutionibus, ſic reſcinditur, ut nec inter ipſos contrahentes valeat: quomodo etiam imperfecta lex ſit, uti demonſtravi. Cum autem bene firma eſt venditio, ut reſcindi nequeat; inter cætera jura contractus emptionis, inprimis occurrit quærere, res quæ væniit, quæque etiamnum ut plurimum eſt apud venditorem, ſi periit, ut non extet; vel ex vitio pejor facta eſt; vel ſi in ea cauſſa eſt, ut emptori habere non liceat: item ex diverſo, ſi rei venditæ quid accidat, ut melior eſſet & pretioſior; cujus periculo, vel commodo id eſt futurum, nam periculum & incommodum ſunt ſynonyma, & pro eodem dicuntur; ut ſtatim in *l.* 1. *hoc tit.* & *l. ubi* 4. §. *idem Julianus* 4. *D. de in diem addict. l. id, quod* 7. *D. hoc tit.*

&

& periculum ſive incommodum diſpendii; commodum lucri vocabulo deſignatur in *l. ſi ea res* 31. *pr. D. de actionibus empti.*

Ad Leg. 1. *C.* de peric. & comm. rei vend.

IMP. ALEXANDER A. APOLLONIO.

Poſt perfectam venditionem omne commodum & incommodum, quod rei venditæ contingit, ad emtorem pertinet. Auctor enim ex his tantum caſibus ſuo ordine tenetur, quæ ex præcedente tempore cauſſam evictionis parant, & ita, ſi ei denuntiatum eſt, ut cauſſæ agendæ adeſſet, & non abſente emtore, contra eum pronuntiatum eſt.

Quæſtio leg. primæ eſt, periculum evictionis utrum ſequatur contrahentium, emtorem, an venditorem? Evictionis clauſula in hoc eſt, emptori ut rem habere liceat. *l ex empto* 11. §. *venditorem* 7. *l. Julianus* 13. §. 1. *D. de actionib. empti. l. venditor* 8. *l. ſi rem* 62. *pr. l. habere* 57. *pr. D. de evictionib.* an igitur ex quacumque cauſſa venditam rem habere emptori non licet, tenetur venditor auctoritatis, id eſt, evictionis nomine? quod dijudicandum eſt hoc modo.

Poſt perfectam venditionem, quæ ſit pure contracta, quamdiu moram venditor non facit tradendæ rei venditæ, omne commodum & incommodum, quod rei accidit, ad emptorem ſpectat, etiamſi res non ſit tradita, & ſic non impleta venditio, ut hîc dicitur, & *l. id, quod* 7. *pr. l.* 8. *pr. D. hoc tit.* §. *cum autem* 3. *Inſtit. de emptione & venditione.* neque enim venditor emptori præſtat fortuitos caſus, aut vim majorem, cui reſiſti non poteſt: itaque, perfecta venditione, ſi ædes nondum traditas incendium abſumpſerit, periculo emptoris pereunt *l. pen. C. hoc tit. l. ſi vendita* 11. *D. eod.* & ejusdem periculo venditus ſervus, necdum traditus, moritur. *l. ult. C. hoc tit.* & transportatis principali auctoritate colonis, aſſignatur veteranis in præmium fundus venditus, nec traditus fundus, periculo emptoris. *l. Lucius Titius* 11. *D. de evictionib.* (*d*). Et fundum inundat, vel totum, vel partem ejus, vicinum flu-

(*d*) Si hæc lex undecima *D. de eviction.* doceat periculum rei venditæ, nondum traditæ, emtoris eſſe, (in qua quæſtione variavit Cujacius vid. Em. Merillium *Variant. ex Cujacio lib.* 1. *c.* 26.) vereor, ne contrarium probet lex 33. *D. locat.* nam quod Arn. Vinnius *in Comm. ad* §. 3. *Inſt. de emt. vend.* & U. Huber. *ad eund. tit.* §. 10. aliique ad hanc legem excipiunt, fundum ibi vel culpa venditoris publicatum, vel ejus pretium a fiſco venditori refuſum fuiſſe, neutrius veſtigium in textu exſtat: & ſi culpa venditoris aliqua interveniſſet, utique *per eum ſtetiſſet, quo minus tra-*

flumen, ejusdem emptoris periculo, *l. id, quod* 7. *pr. D. hoc tit.* ut contra, emptorem ſequitur commodum (*e*), ſi quod rei accidit poſt perfectam vendi-

traderetur, debuiſſetque venditor non ſolum pretium refundere, ſed omne, quod intereſt, præſtare. Dicamus igitur, neutrum textum ad tritam illam controverſiam pertinere, quia agunt non de fundo pereunte, ſed publicato. Per publicationem, re ſalva, injuria fit poſſeſſori, cujus perſonam egredi non debet. Itaque ſi venditus fundus ante traditionem publicetur, poterit pretium jam ſolutum repeti *d. l.* 33. ſin poſt traditionem, injuria fit emtori, isque nihilominus ſolvere pretium tenebitur *d. l.* 11. agi enim ibi de fundo jam tradito innuit *evictionis* mentio; evincitur enim res vendita emtori, non venditori.

(*e*) Per *commodum, quod rei venditæ contingit*, in hac lege 1. intelliguntur alluvionis incrementum, aliaque, quæ extrinſecus nec opinato accedunt, non vero, me judice, fructus, partus, fœtus rei venditæ. Priora enim ex die emtionis indiſtincte emtori cedunt, *hac l.* 1. *l.* 7. *pr. D. de peric. & comm. rei vind.* §. 3. *Inſt. de emt. vend. l.* 11. §. 9. *D. quod vi aut clam.* Poſteriora non aliter, quam ſi pretium numeratum ſit *l.* 41. §. 5. *D. de fideicomm. libertatib.* Paullus *ſent. lib.* 11, *tit.* 17. §. 7. ubi alia quædam, notavit Cl. A. Schulting. lectu quidem digniſſima, ſed hic non deſcribenda. Quod ſi pretii ſolutio in diem collata eſt, nihilominus ex die emtionis fructus cedent emtori, quia venditor propter ſolutionis diem prorogatam carius vendidiſſe cenſetur: ſed emtor ejus temporis, quo ipſe in mora ſolvendi fuerit, nullos feret fructus, ſicut nec venditor pretium petens, uſuras ejus temporis, quo in tradendo ceſſavit. *l.* 16. §. 1. *D. de uſur.* Quin imo fructus ex die emtionis cedent emtori, licet rei tradendæ dies ſit dictus, niſi hoc factum appareat eo animo, ut ad venditorem fructus medio tempore percepti pertinerent. *l.* 13. § 18. *in fin. D. de act. emt.* quæ conjectura facilius induci videtur, quoties rei tradendæ, & pretio ſive toti, ſive parti ſolvendæ idem dies dictus eſt. Unde ſi, fructibus jam maturis, ager diſtrahitur ea lege, ut tradatur, pretiumque ſolvatur Calendis Januariis, fructus illi manere penes venditorem videntur, quaſi tacite ita convenerit; nec obſtat lex 13 §. 10. *D. de act. emt.* ibi enim quæſtio de maturis fructibus non plane pro emtore deciditur, ſed ex eo, quod convenerit (expreſſe, an tacite, nihil intereſt) ſuſpenditur. Hactenus de fructibus naturalibus. Ad fructus civiles, quod attinet, ſi ager prædiumve urbanum tempore venditionis in locatis eſt, penſiones utique cedent ei, qui locaverat, niſi aliud nominatim convenerit *l.* 13. §. 11. *D. de act. emt.* nempe penſiones, quarum dies jam ante contractam venditionem venit, aut quæ præſtantur pro fructibus jam ante venditionem perceptis, uti bene locum illum accepit A. Faber *Conjectur. l.* 1. *c.* 13. ſic enim antitheſis erit inter fructus maturos, de quibus § præced. actum fuerat, & has penſiones. Sic quoque ſatisfit particulis *utique*, *nominatim*, caſum minime dubium ibi tractari, indicantibus. Penſiones vero agri, quarum dies poſt emtionem perfectam exiit, aut certe, quæ præſtantur pro fructibus a colono poſt perceptis, non video, cur non cedant emtori, ſicuti ipſi fructus naturales, quorum naturam ſequuntur. Id ſane de mercede ex operis ſervorum, item vecturis jumentorum naviumve quæſita aperte docetur in eadem *l.* 13. §. 13. Et ſic quoque penſionem ædium cedere emtori puto, pro rata ſcilicet temporis, quo inquilinus poſt contractam emtionem habitavit, ut adeo huc cum A. Fabro *dict. loc.* trahendam putem diſtinctionem inter mercedem agri & ædium mercedem in cauſſa uſusfructus proditam in *l.* 26. *& l.* 58. *pr. D. de uſufr.* quod & fecit Clariſſ. J. Voet *ad tit. D. de peric. & comm. rei vend. n.* 9. Diſſentiunt Cujacius *Obſ.* XXV. 31. & A. Schultingius in *Theſib. Controv. decad.* LXVIII. *th.* 9. qui legem 13. §. 11 *D. de act. emt.* intelligunt de penſionibus poſt emtionem perfectam deberi cœptis. Has locatori quoque tribuunt indiſtincte;

ditionem, necdum impletam: ut incrementum alluvionis; fructus venditi fundi, ancillæ venditæ partus; pecorum fœtus, & similia, quæ bene notat Accursius. Videndum, an id ita sit constitutum, quia haberi videatur, quod peti potest, & de quo quis habet actionem, *l. id apud* 143. *D. de verb. sign. l. is, qui* 14. *D. de reg. jur.* at cum res evincitur judicio ex caussa, quæ sit venditione antiquior, etiamsi impleta venditio sit, & res tradita, hujusmodi evictionis periculum respicit venditorem, ut hic dicitur, & *l. emptor* 8. *C. de evictionib.* nam caussa evictionis ideo acquisita est emptori, quia venditor, cum rem venderet, dominus ejus non fuit, & potuit ab eo ipso petitor auferre; qui casus est, quo commissa stipulatione duplæ, vel ex stipulatu; vel, si non est interposita stipulatio, ex empto agitur propter evictionem, *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 26. *D. de ædilit. edicto.* Sed cum res evincitur, etiamsi antiquior venditione est caussa evictionis, venditor recte defugit auctoritatem, ut Terentius loquitur, neque tenentur de evictione his casibus, quos perstringit hæc lex, & lex *emptor* 8. *C. de evictionib.* Primus est, si, mota adversum se in rem actione, emptor venditori non denuntiaverit, ut judicio adesset, & se defenderet. Id veteres dicebant laudare auctorem. *l. tenetur* 6. §. *si tibi. iter* 5. *D. de actionib. empti. l. Herennius* 63. §. 1. *D. de eviction. l. auctore* 7. *C. eod.* laudare autem in civilibus actionibus est nominare, teste Gellio *lib.* 2. *cap.* 6. & apud Festum in *Laudare*, & passim, & etiam in Glossis *Laudare* ὀνομάζειν, nam præsenti auctori denuntiabat in judicio emptor. *l. si ideo* 55. §. *ult. D. de evictionib.* eumque laudabat hac formula, quam integram habemus de M. Valerio Probo. Q. T. I. J. C. P. U. A. F. hoc est, *quando te in jure conspicio, postulo, uti auctor fias.* Cujus formulæ partem Cicero expressit *in Orat. pro Cæcina c.* 19. *actio est*, inquit, *in auctorem præsentem his verbis, quando equidem te in jure conspicio &c.* Alter casus, quo amittit emptor actionem auctoritatis, est, si cum ageretur petitorio judicio adversus emptorem, emptor ipse judicio defuit, & ex eremodicio victus est, id est, deserta lite, & μονομερῶς pronuntiatum est, secundum petitorem, & hic, & *l. emptor* 1. *C. de evictionib.* quia propter absentiam suam, & vitio suo videtur emptor victus magis, quam quod caussam malam haberet *l. si ideo* 55. *pr. l. Herennius* 63. §. *ult. D. de evictionibus.*

Cujacius quidem ideo, quia ex negotiatione venditoris sunt, non ex re ipsa, Schultingius ab hanc caussam, quia locatori ex contractu debentur, & quia emtor expellere conductorem potest. Enimvero, an merces navium, jumentorum, servorumque non æque provenit ex negotiatione & ex contractu venditoris? Scilicet pensiones & mercedes solus quidem venditor exigere a locatore potest, sed exactas actione emti præstabit emtori arg. *d. l.* 13. §. 13. Jus autem expellendi emtor exercere quidem potest post traditionem, non antea, adeoque pertinebit illud ad consequendas in futurum mercedes, minime vero ad consequendas mercedes medii temporis, quod inter emtionem traditionemque interceSSit, de quibus quæstio proponitur. Summa igitur de fructibus civilibus hæc regula esto. Fructus civiles, ex re vendita ante traditionem provenientes, toties præstandi sunt emtori, quoties, si res non fuisset locata, ejusdem temporis fructus naturales, quorum in locum succedunt, emtorem sequerentur.

Ad

Ad Leg. 2. & leg. cum inter 4. & leg. penult. C. de peric. & comm. rei vend.

L. 2. IDEM A. JULIANO.

Cum convenit, ut ſingulæ amphoræ vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram menſuræ faciendæ non interpoſuit, non fuit. Cum autem univerſum, quod in horreis erat repoſitum, veniſſe ſine menſura, & claves emtoribus traditas, alleges poſt perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet: Hæc omnia locum habent, non ſolum ſi vinum, ſed etiam ſi oleum, vel frumentum, vel his ſimilia venierint, & ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint.

L. 4. IMP. GORDIANUS A. SILURO.

Cum inter emtorem & venditorem, contractu ſine ſcriptis inito, de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non interceſſit, periculo emtoris rem diſtractam eſſe, in dubium non venit.

L. 5. IMPP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. LEONTIO.

Cum ſpeciem venditam per violentiam ignis abſumtam dicas; ſi venditionem nulla conditio ſuſpenderat, amiſſæ rei periculum te non adſtringit.

Quia in definienda quæſtione hujus tituli, ad utrum pertineat periculum rei venditæ, vel commodum, conſtituendum eſt neceſſario, quando ſit perfecta venditio; (nam ex illo tempore incipit periculum eſſe emtoris, & commodum) & mora, ſive ſequitur periculum corruptæ rei, vel pejoratæ; ordo rerum exigebat, ut primo loco poneretur lex *cum inter 4. hoc tit.* ſed ſecutus eſt in ſerie conſtitutionum Tribonianus temporis ordinem, quo

illæ editæ, vel emiſſæ ſunt, ideo nos hujus expoſitionem præmittemus hoc loco, nam ex rerum & temporum diverſitate aliud atque aliud ſtatuendum eſt, ut dicatur perfecta eſſe venditio. Ante Juſtiniani conſtitutionem in *l. contractus* 17. *C. de fide inſtrumentorum*, quæ celebrandas in ſcriptis venditiones non vult perfici, nec valere, niſi ſcriptura completa & in mundum redacta; in ceteris quidem rebus indiſtincte conſtabat, venditionem perfectam eſſe ſtatim, ex quo de pretio convenit, ut ipſe idem agnoſcit, in *princ. Inſtit de emptione & venditione* & propter illam conſtitutionem verba hæc, *contractu ſive ſcriptis inito*, & hæc verba, *ſine ſcriptis*, in *l.* 2. *D. de contrahenda empt.* adjecta ſunt a Triboniano, quæ non erant auctorum, quod etiam Martinus & Accurſius ſenſerunt bene. In his autem rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant, non intelligitur ſtatim venditionem earum eſſe perfectam, cum de pretio convenit; vel ex ſupra dicta conſtitutione Juſtiniani, cum in mundum collatus eſt contractus venditionis, ſi eum convenerit in ſcriptis celebrari, ſed exigitur præterea, ut adpenſa ſint, quæ ad pondus veneunt; admenſa, quæ ad menſuram, adnumerata, quæ ad numerum. *l. quod ſæpe* 35. §. *in his* 5. *D. de contrah. empt.* vina autem, cum veneunt, non modo admenſa eſſe oportet, ſed hoc amplius, etiam deguſtari. *l. ſi quis vina* 4 §. *ſi in averſione* 1. *D. hoc tit.* nam donec deguſtentur, non pleniſſime videri vendita, *l.* 1. *D. eod.* id eſt, non videri perfectam eſſe eorum venditionem, ideoque, ut Sabinus putat, quæ ad numerum, pondus & menſuram veneunt, veneunt quaſi ſub hac conditione, ut in ſingulas metretas, vel modios, quos, quasve eris admenſus, ſi eris admenſus; vel in ſingulas libras, quas adpenderis, ſi appenderis; vel in ſingula corpora, quæ adnumerabis, ſi adnumeraveris, ſolvam aureos tot. *d. l quod ſæpe* 35. §. *in his* 1. Collata autem in incertum conditionis venditio, imperfecta eſt. *l. pen. C. hoc tit. l. neceſſario* 8. *D. eod.* nam quod illic diſtinguitur, ut ſi conditio non extiterit, in omnem caſum liberetur emptor & interitus, & vitii nomine, quaſi nulla venditione contracta: ſi vero quandoque extiterit, ut liberetur ab interitu rei emptor, id eſt, periculum ſit venditoris, deterioris autem factæ periculum emptor ſubeat, quia conditio, quæ exſtat, retrotrahitur ad initium contractus, & efficit, ut habeatur conditionalis venditio pro pura *l. potior* 11. §. 1. *D. qui potiores in pignore.* illa diſtinctio pertinet ad eas ſpecies, quæ non veneunt pondere, numero, aut menſura, & quarum periculum & commodum ſtatim pertinet ad emptorem, ut in ſpecie *l. pen. C. hoc tit.* incendium domus; in his enim rebus, quæ veneunt ad pondus, menſuram, ac numerum, donec adpenſæ, admenſæ, adnumeratæ ſint, inperfecta venditio eſt, ut dicitur in hac lege: itaque, pendente conditione, pejoribus illis factis, emptori licebit illas reprobare poſt eventum conditionis; quia imperfecta venditione contrahentibus eſt pœnitentiæ locus. *l. contractus* 17 *C. de fide inſtrumentor.* Ex ſupra poſitis facile intelligitur differentia, quæ conſtituitur hac lege 2. cujus ſpecies hæc eſt: vendidit Titius vinum omne, quod habebat in vinaria cella, aut vendidit oleum omne, quod habebat in olearia cella; vel frumentum omne, quod erat in horreo ſuo; & claves emptori tradidit horrei ſui, vel cellarum; ſi ſpecies venditæ, quæ illic erant, perierint, vel vitium contraxerint, cujus erit periculum? Reſcribitur,

tur, intereſſe plurimum, an vinum omne, quod erat in cella, venierit ad menſuram, puta, ut in ſingulas amphoras hoc, vel illud pretium annumeret, & ſic emptum habeat vinum, quod illic erit: an vero venierit vinum omne, quod illic erat ſine menſura, hoc eſt, ut non admenſum traderetur. Poſteriore hoc caſu fiet idem judicium, quod fieri ſolet in his rebus, quæ ad menſuram non veneunt, nec ad pondus, aut numerum; itaque ſtatim a pretio poſito; vel ex ſcriptura completa, perfecta venditione; omne periculum interitus, & vitii rei, quæ poſt venditionem contigerint, ad emptorem pertinet; ut hic dicitur, & *d. l. quod ſæpe* 35. ſuperiore autem caſu, cum vinum omne veniit ad menſuram, quia, antequam admetiatur vinum & deguſtetur, imperfecta venditio eſt, omne periculum & effuſi vini, & mutati, id eſt, acidi, aut mucidi, reſpicit venditorem; antequam, inquit hæc lex, vinum tradatur, quo dicto, ne intelligas traditionem eſſe neceſſariam, ut ſit periculum emptoris vini aut frumenti; nam poſt admenſum vinum, vel frumentum ſolent illa ſic reſidere apud venditorem, ut periculo ſint emptoris, ſola cuſtodia præſtanda a venditore; ſed hoc vult intelligi conſtitutio, ex eo ſolo, quod claves traditæ proponuntur, non videri vina tradita: non enim in omnem caſum clavium traditio eſt pro traditione mercium. *l. clavibus* 74. *D. de contrah. empt.* ut ſi forte traditæ ſint propter vinum deguſtandum, & deguſtaverit emptor, nam deguſtatio non fit ad perficiendam venditionem, ſed, ut emptori facultas ſit probandi vini, vel improbandi. *l. ſi in emptione* 34. §. *alia* 5. *D. de contrah. empt.* igitur, quia non ſint admenſa & deguſtata, periculum omne eſt venditoris imperfecta venditione, niſi, inquit lex, moram menſuræ faciendæ interpoſuit emptor. Quæ mora tum interveniſſe intelligenda eſt, cum venditor, cujus periculo res eſt, teſtato denuntiaverit emptori, ut admetiendo & deguſtando vino adeſſet, nec adfuit emptor, arg. *l.* 3. §. *pen. l.* 4. §. *ult. D. hoc tit.* ut ex diverſo cum res veniit, quæ pondere, numero, aut menſura non conſtat, & perfecta venditio eſt, ſic ut periculum ſit emptoris; deteſtari emptor poteſt, id eſt, denuntiare venditori cum teſtatione, ſibi ut rem tradat, poſtulato extra judicium venditore, ut ſibi res tradatur, arg. *l. debitores* 10. *C. de pignorib.* Cujusmodi teſtationes, ſive denuntiationes teſtato factæ exonerant omni periculo, qui eas facit, etiamſi ſit in mora; & illud periculum transferunt in diverſam partem: nam obtinuit, ut poſterior mora noceat. *l. illud* 17. *D. hoc tit.*

Ad Leg. 3. *C.* de peric. & comm. rei vend.

IMP. GORDIANUS A. DIAPHANIÆ.

Dolum auctoris bonæ fidei emtori non nocere, certi juris est.

Vix est in toto jure certior regula; quæ aliquanto latius concipitur in *l.* 37. *D. de actionib. empt.* æquum esse dolum alterius emptori non nocere, nam in universum æque certo jure definitur in *l. is, qui* 9. *D. quæ in fraudum creditor.* ei duntaxat dolum nocere, qui eum admisit; itaque latissime ea patet; sed aptissima & convenientia titulo exempla periculi quærenda esse Accursius submonet. Primum igitur esto: Dixi ad *l.* 2. *hoc tit.* periculum fere comitari moratorem, *fere*, dixi, quia si ex contrahentibus alter sit in mora, alter versetur in dolo, præponderat dolus, ut in *l. si per emptorem* 5. *D. hoc tit.* quatenus dolo venditoris nocitum est emptori, qui est in mora, eatenus præstat periculum venditor. Alterum exemplum est in *l. si vina* 15. *D. hoc tit.* quod etiam Accursius adfert, si vinum veniit, quod ad diem certum avehi debuit per emptorem, nec avectum est; mutati vini periculum, sive degustavit, sive non degustavit, est emptoris; quia ultra custodiam, non debuit venditor quicquam præstare. *l.* 4. §. *ult. D. hoc tit.* cui etiam tum licet vinum effundere per corbes. *l.* 1. §. *pen. D. eodem.* sed tamen futurum est periculum venditoris post diem dictam avectioni, si, cum venderet, scivit, & non admonuit emptorem, non duraturam vini bonitatem; quia forte cognitam haberet naturam soli non generantis vina, quæ perennent; vel quia vendidit expressum e vitibus novellis vinum: nam hujus generis male ætatem ferre docet Columella *lib.* 12. *de Re Rustica cap.* 19. cui incommodo etiam illic remedium docet: ideo autem mutati vini periculum venditor præstat, quia non convenit bonæ fidei quidquam vitii, quod rei insit, venditorem scire, quod emptor ignoret, *l.* 1. §. 1. *l. quæro* 39. *D. de action. empt.* & hæc est reticentiæ pœna, quam a Jurisconsultis constitutam Cicero scribit *lib.* 3. *de Offic. cap.* 16. proposito illic exemplo domus venditæ & traditæ a T. Claudio Centumalo, postquam jussus esset ab auguribus demoliri; nam M. Cato JCtus pronuntiavit, emptori damnum præstari oportere. Adjice exemplum *l. ult. hoc tit.* periculum mortis emptæ ancillæ post perfectam venditionem, ante traditionem pertinet ad emptorem; sed si mors acciderit ex morbo, qui sit vetustior venditione, periculum est venditoris *d. l.* 1. §. 1. cum hoc tamen temperamento, si sciverit venditor, & emptor ignoravit, id enim supplendum huic legi.

Ad Leg. ult. C. de peric. & comm. rei vend.

DIOCLET. ET MAXIMIAN. AA. CERULO.

Mortis casus ancillæ distractæ etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, sed ad emtorem pertinet: & hac non ex præterito vitio rebus humanis exempta, solutionem pretii emtor non recte recusat.

Exposita est lex ultima partim ad *leg.* 1. partim in fine superioris notæ ad *leg.* 3. superest ex illa hic articulus, perempta re vendita ante traditionem, ejus pretium ab emptore nihilominus deberi, & peti posse: id enim est consequens ei, quod dicitur in *l.* 1. post perfectam venditionem periculum omne esse emptoris, itaque id ipsum similiter definitur in *l. Lucius Titius* 11. *D. de evictionib.* & in §. *cum autem* 3. *Instit. de empt. & vendit.*

His adjice *l. si in emptione* 34 §. *pen D. de contrah. empt.* cujus hæc est species, vendidi Stichum aut Pamphilum aureis tot; unus ex his venditus intelligitur is, quem ego volo; itaque prius mortui periculum est meum venditoris, & superstitem ex empto petet emptor, hunc enim debeo *l cum is* 32. *pr. D. de condict. indebiti. l. Stichum* 95. *pr. D. de solut.* posterior perit emptori, qui apud me moritur, si vero apud me pariter sint mortui, forte eadem ruina domus oppressi, vel eodem incendio absumpti, vel eodem naufragio mersi, ut nesciatur, quis prior, quis posterior expiraverit, pretium debetur ab emptore, ideo quia unus periculo emptoris fuit. Sic certissima est regula supra posita, cui tamen obstat validissime *l. si fundus* 33. *D locati*, quam sic intelligo; proponi in illa tres casus, quibus ex conducto non tenetur locator conductori, qui frui non potest; unus, quia chasmate perierit fundus, vel hiatu terræ absumptus; alter, quia sit publicatus; tertius, quia vi majore aut potentia ereptus, ut in specie *d. l. Lucius Titius* 11. *D de evict.* & Eclogæ primæ Virgilianæ, nam casus fortuitus, vel vis major, quæ locatæ rei accidit, respicit rei dominum, non conductorem ejus. *l. si quis domum* 9. §. 1. *&* § 4. *l. ex conducto* 15. §. 2. *in fine D. locati.* e tribus his casibus unus applicatur ab Africano venditioni, cum res vendita publicatur; non etiam duo alii, nam nec posse supra ostendimus ad *l.* 1. publicari autem fundum intelligimus, etiam cum ex jure constituto ille committitur; in *l.* 2. *C. de bonis proscriptorum. l.* 3. *D. de bonis damnator.* veluti, locupletabant fiscum & ærarium Voconiæ & Juliæ leges, ait Plinius in *Panegyrico ad Trajanum.* instituta ex asse fœmina, quod fit contra legem, hereditatem respublica invadebat; cælibe contra legem Juliam instituto herede, vel legato ei relicto; ex eadem lege Julia & Papia similiter caduca hereditas committebatur fisco, Ulpianus *lib. singulari regul. tit. de caducis, & tit. qui heredes instituí possunt.* Sed Voconia antiquata est a Justiniano in §. 3. *Inst. de legitima agnator*

tor ſucceſſ. ut & caduca ab eodem ſublata, quæ ex lege Julia & Papia deſcendebant. *l. un. C. de caduc. tollend.* Item, ex SCto Sylaniano committitur hereditas, & acquiritur fiſco, etiam hodie, ſi heres ſcriptus inultam teſtatoris mortem patitur *l. cum fiſco 9. D. de SCto Sylaniano.* adjice & alios caſus, ex quibus aufertur hereditas, vel legatum, ut indigno, vel incapaci. Nunc finge fœminam ex majori parte, quam legitima, heredem ſcriptam, vel cœlibem; vel eum, qui ante aperuit tabulas teſtamenti, quam eſſet quæſtio habita de familia occiſi teſtatoris, quique mortem defuncti non eſt ultus; vendidiſſe fundum ex ea hereditate, quæ nondum denuntiata erat fiſco; & poſt perfectam venditionem, cum erepta hereditate fundum venditum, nec dum traditum, vindicaſſe præfectum ærario, vel procuratorem Cæſaris; Africanus ait teneri ex empto venditorem emptori, ut pretium reſtituat, non etiam id, quod intereſt: quia cum venderetur fundus, jam per leges erat ereptitius & publicandus. Hunc evictionis caſum, qui antecedit venditionem, præſtat venditor emptori *l. 1. C. hoc tit.* itaque cum poteſtatem non habeat venditor rei tradendæ, ex empto recte agit emptor in id, quod ſua intereſt rem non tradi *l. 1. D. de actionib. empt.* verum in hoc caſu cum perfecta, ſed non impleta venditio eſt, id eſt, res non tradita; ſic moderatur officium judicis Africanus, ut præter amiſſæ rei damnum ne habeat rationem lucri, ſive ejus, quod intereſt emptoris; ſed pretium refundi jubeat, quaſi reſolvat venditionem, (*f*) ſi vero emptione perfecta, & impleta, id eſt, poſt traditam emptori rem venditam, eam fiſcus per leges evincit ex ſupra ſcriptis cauſſis; cum venditio eo loco eſt, ut reſolvi jam non poſſit; habiturus eſt judex rationem etiam ejus, quod intereſt emptoris *l. evicta 70. D. de evictionib.* propter quam differentiam actionis ex empto, ſi ante, vel poſt traditionem exerceatur, adjecit Africanus hæc verba in *l. ſi fundus 33. priusquam vacuus traderetur*, quem locum non eſt exſecutus, quia obiter de traditione perſtrinxit. Idem ſervandum eſt, ſi fundus ſpecialiter publicetur, non cum univerſitate bonorum, uti nonnumquam contingit, ut in *l. aufertur 46. §. quod a præſide 2. D. de jure fiſci. l ſi qui orthodoxæ 10. C. de hæreticis & Manicheis. l. 1. C. ut nemo priv. titul. præd., vel ſuis, vel alien. impon. l. 1. C. de falſa moneta.* Si proponatur fundus, poſtquam fiſco commiſſus eſt, venditus, deinde publicatus; ſervanda ſuperior diſtinctio, ſi impleta, vel non impleta venditione, ſed cum publicantur omnia bona, vel pars bonorum ejus, qui fundum vendidit, adverſus fiſcum emptori actio ſupereſt, ſicut cæterorum creditorum ſuſcipit actiones, ut ſucceſſor bonorum *l. 2. D. de cap. minut. l ſi marito 31. pr. D ſoluto matrimon. l. 3. C. de ſentent. paſſis.* Rurſus objicitur *l. lectos 12.* & *l. quod ſi neque 14. pr. D. hoc tit.* Lectos in via poſitos lecticarius faber, forte cum ſic haberet, ut iter commeantium, vel actus vehiculorum impediretur, ædilis juſſerat amoveri; nam ejus rei ædilium eſt jurisdictio *l. 1. D. de via publica & ſi quid in ea fact. eſſe dic.* ſi lecticarius per contumaciam illic eos habeat; vel etiam ſi ædilis ambitioſe per officialem conſciderit, lex ait, non alias emptoris futuros periculo, quam ſi traditi emptori eſſent. Accur-

(*f*) Vide notam primam, quam appoſui ad *l. 1. C. hoc tit.*

curſus ſic ſe expedit, quia recepiſſet venditor periculum, & hoc quidem pacto fieri poteſt, ſi inveniretur interveniſſe. Nobis videtur, traditionem requiri perficiendæ venditioni rerum mobilium, vel frivolarum, vel non adeo pretioſarum, quas ſic habent propalam negotiatores, ut, qui æs afferat, mercem auferat, in quo genere venditionis fidem ſuam invicem non ſequuntur contrahentes, nec in creditum eunt; quod Græca fide mercari Plautus appellat, puto, propter verſum Epicharmi proverbialem χεῖρ χεῖρα νίπτει· id eſt, manus manum lavat; da aliquid & cape, ut propemodum venditio incipiat a traditione, vel certe cum re tradenda fieri videatur. Itaque in ſpecie. *l. ſi ſoluturus* 39. *in fine D. de ſolutionib.* periculum eſt emptoris; quia perfecta eſt emptio, puta, etiam antequam deponeretur, cum res jam deſtinata eſſet emptori, quem habere venditor mercem juſſit eo pretio, quod obtulit, ut de cætero, nullam cuſtodiam deberet. Eadem ratio adhibenda eſt in *d. l. quod ſi neque* 14. in ſpecie venditæ materiæ, id eſt, in ligno operi fabrili commodo, ſed non edolato. Itaque in *l. lectos* 12. venditoris ſunt periculo lecti, quos ædilis corrupit, dum indicat, id eſt, facit pretium venditor, & præſtinat emptor, id eſt, rem empturus tenet, ut apud Plautum exponit Feſtus: vel etiam nummos tenet, quos offerat venditori, ut Apulejus *lib.* 1. *de Aſino aureo.* Si vero, poſtquam deſtinavit rem venditor, uti loquitur idem Plautus *in Perſa*, & habere mercem emptori permiſit pro oblato a ſe pretio, illos lectos ædilis conſcidit, dum forte zonam reſolvit pretium ſoluturus; emptoris ſunt periculo, ſic, ut cedat venditor ſuis actionibus emptori pro injuria ædilis, quod exponere non eſt hujus loci. Hoc autem venditionis genere, quod fit Græca fide, veneunt ſive res, ut dixi, non adeo pretioſæ, & quæ ſunt diurni uſus, & quotidiani Plautus, Aſinaria. *act.* 1. *ſcen.* 3. *vſ.* 48.

Cum a piſtore panem petimus, vinum ex œnopolio,
Si æs habent, dant mercem.

mox:

Semper oculatæ ſunt noſtræ manus, credunt, quod vident.

Id eſt, ipſis in creditum non imus. Res autem mobiles & magni pretii, non usquequaque naturali traditione per venditionem alienabantur, Ulpianus *lib. reg. tit. de dominiis & acquiſit. rer.* XIX. Plinius de margaritis *lib.* 9. *cap.* 35. *in fin. & hoc tamen*, inquit, *æternæ prope poſſeſſionis eſt, ſequitur heredem, in mancipatum venit, ut prædium aliquod.*

Ad Tit. 66. Lib. 4. Cod. de jure Emphyteutico.

Emphyteusim, nemo est, qui nesciat, esse Græcum nomen, Romana civitate donatum, qua significatur insitio surculi in arbore & inde detorta vox Latino-barbara *impotus*, de qua Joannes Lydius in Glossis Latino-barbaris, & ex qua etiam hodie Belgas *inpoten* dicere pro *inserere*, idem auctor notat: ut & nos Aquitanici vulgo *empeant*, quasi *empheant* Franci vero compendio *enter* & *enté:* hujus autem insitionis nomine veteres significarunt omne culturæ genus, quo inserendo, plantando, poliendo agri meliores & fructuosiores fiunt, & emphyteusim vocarunt contractum, quo domini agros suos dare solent sub lege & conditione culturæ & meliorationis. Sed, quod viri docti observant, hunc contractum *insitionis* nomine Latino significari in Novella Valentiniani *de prædiis Pistoriis Afris deputandis* (g), plausibile quidem videtur, dubito tamen, an verum sit, vult enim Valentinianus in *d. Nov.* honoratis Afris post vastationem Vandalicam, possessionibus & prædiis propriis nudatis, deputari & assignari prædia juris emphyteutici, & domus divinæ in quibusdam provinciis a quibusdam male occupatæ; assignari inquam *sub eodem insitationis modo*, *quo nunc tenentur*, *omni subsignatione cessante*, sic enim habent omnes editiones, pro qua corrupta voce *insitationis* magni viri Cujacius & Pithœus legunt *insitionis*, quasi hæc sit Valentiniani mens, sub eadem lege & conditione emphyteuseos, id est, insitionis, hæc prædia emphyteutica Afris esse assignanda. Sed non dubito, esse legendum *sub eodem modo pensitationis* (sous mêmes rentes) ut in *l. 2. C. de fundis patrimonialib lib. 11. Cod.* sub eodem censu & præstatione: *omni*, inquit, *subsignatione cessante*, id est, obligatione pignorum de qua in *l. 7. & 11. eod. lib. & tit. Cod. subsignare*, est res suas obligare *l ult. §. defensionem 3. Cod de administ. tut.* & *l. 5. §. 10. D. de jure immunit.* Non igitur Latinum nomen *insitio*, sed Græcum ἐμφύτευσις usurpatum fuit, quamvis emphyteusis sit proprie insitio, & quamvis hoc contractus genere initio dati tantum videantur agri deserti, inculti & squallidi sub lege meliorationis, tamen emphyteusis tandem dicta fuit de omni datione perpetua sub annua præstatione, vel pensitatione, eademque forma veteres Franci agros incultos, sylvas, vel saltus dederunt sub lege rumpendi, scindendi & aperiendi, quod vulgo dicitur, *à la charge de rompre & ouvrir les terres*, & inde terræ istæ, vel possessiones ruptæ, sciissæ & apertæ detortis a Latina lingua nominibus dictæ fuerunt *rupturæ scindæ*, quasi sciissæ & *aprisiones*, quasi aperitiones pro novalibus, quæ lingua Francica & Teutonica dicuntur *exarta* & inde *exartare* in Capitularibus Carol. Magni vulgo *essarts* & *essairrer*. De rupturis ex-

(g) Quæ exstat inter Novellas ante-Justinianeas, post Codicem Theodosianum excusas *libro 1. Novell. 40.*

exſtat inſignis locus in bulla privilegiorum Monaſterii St. Felicis in Arragonia, *Decimas & primitias de novis rupturis, quæ factæ ſunt in allodio St. Felicis*, id eſt, de decimis novalium, & ita hodie vocamus *rotures* ab hac voce *ruptura* agros ruſticis datos initio ſub lege rumpendi & meliorandi eadem plane forma, qua Latini emphyteuticos, ſic viam ſtratam & ruptam vocamus *route*, a qua tamen voce diverſa eſt alia vox Francica *rutta* ſine *p.* qua ut Gulielmus Neubrigenſis docet *lib. 2. Rerum Anglicar. cap. 27. & lib. 5. cap. 15.* ſignificatur turma ſtipendiariorum militum & corrupte apud Gulielmum Brittonem Aremoricum *lib. 5. Philippidos*, duobus locis ſcriptum eſt *rupta* cum *p.*, cum ſit legendum *rutta* ſine *p.* & inde ruttarii, ſive roturii, routiers, ut in veteribus libris ſcriptum eſſe, Hoſtienſis notat in *cap. pen. extra. ne clerici, vel monachi negot. ſecul. ſe immiſc.* illo loco, *nullus clericus ruttariis, vel rotariis aut balliſtariis aut ejusmodi viris ſanguinum præponatur:* horum enim ruttariorum militum nomen infame eſſe cœpit ob frequentia latrocinia & populationes: eodemque ſenſu hæreticos Albigenſes dictos fuiſſe ruttarios, Trithemius ſcribit in Chronico Monaſterii Uſpergenſis, non quia omnia rumpebant & diſſipabant, ut quidam male cenſent, ſed quia militum ruttariorum, ut & latronum, infame nomen fuit. A ruttariis igitur iſtis, id eſt, routiers ſeparandi ſunt ruptarii, (roturiers), qui non a rutta, ſed a ruptura totidem litteris dicuntur. Concludamus igitur, rupturam proprie eſſe terram ruptam, vel proſciſſam, a qua idiotismus Francicus accepit hanc vocem *roture*, ut a cultura *couſture:* eademque analogia terra ſciſſa dicitur *ſcincta*, vel *ſcinda*, a ſcindendo in veteri quadam conſtitutione Caroli Calvi, quam vocem terram cenſualem ſignificare, recte quidam cenſent, *de illo*, inquit dicta conſtitutio, *qui agros dominicos, id eſt, ad fiſcum pertinentes, propterea neglexit excolere, ut novas exinde non perſolvat & alienas ſcindas ad excolendum propter hoc accipi &c.* ſcinda igitur, quod ad culturam, ſciſſum eſt, ut loquitur *l. 9. tit. 1. lib. 10. Cod. Viſigot.* & ita hanc vocem explicatam reperio in Gloſſario MS. vocum Germanicarum, quæ extant in legibus Francicis, Salicis, Ripuariis & Alemanicis. Eadem quoque forma terra aperta dicta fuit *apriſio*, quaſi aperitio ab aperiendo, in primo præcepto conceſſionis, quod Ludovicus Pius dedit Hiſpanis, editum a P. Pithœo ex archivis inſignis Eccleſiæ Narbonenſis, *ſi quisquam eorum in partem, quam ille ad habitandum ſibi occupaverat, alios homines undecumque venientes attraxerit, & ſecum in portione ſua, quam apriſionem vocant, habitare fecerit.* Sic legendum ex ipſo Autographo, male editio Pithœana *portionem* pro *apriſionem*, quam lectionem veriſſimam eſſe, confirmat ſimile præceptum Caroli Calvi datum in Monaſterio St. Saturnini prope Tholoſam, quod exſtat in Hiſtoria Comitum Barcinonenſium, quæ confirmat ſuperiorem Ludovici Pii conceſſionem. Eodem quoque verbo utitur vetus inſtrumentum donationis factæ Romanæ Eccleſiæ a Berengario Raimundo Comite Barcinonenſi, quod Illuſt. Card. Baronius dedit *Tom. 11. Annal. ad ann. 1091. num. 9. ut omnes, qui mecum inſudaverint ad præfatæ urbis Taraconenſis inſtaurationem, habeant in confinio urbis ſuam apriſionem.* Apriſio igitur eſt terra in deſertis atque incultis locis aperta, ut loquitur dicta conſtitutio Caroli Calvi, ex qua legendum in ſecundo præcepto conceſſionis Lud. Pii edit. Pith., *cæteri vero, qui ſimul cum eis ve-*

nerunt & loca deserta occupaverunt, quidquid de deserto excoluerunt. Malè edit. Pith. *de incerto.* Ex his omnibus apparet, rupturam noſtram Francicam eadem forma & ratione dictam, deductam & derivatam fuiſſe, qua apud Romanos emphyteuſis, quod antea hominibus noſtris fuit incognitum. Quidam enim cenſent ſine auctore, *roturam* veterem eſſe vocem Teutonicam, quidam *Roturiers* dictos fuiſſe, quaſi ruricolas, vel ruſticos ſine ulla analogia, ſed hæc ſufficiant de nominum notatione vera: reſtat origo ipſius rei.

Agros emphyteuticarios dictos fuiſſe vectigales, conſtat ex *l.* 1. *D. ſi ager vectig. id eſt emphyteut.* & ex *l. pen.* §. 1. *D. qui ſatisd. cogant.* ſed obſervandum eſt, vectigales dici agros civitatum, quos, ut docet dicta lex 1., manente apud municipes dominio, in perpetuum locant hac lege, ut quandiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipſis, qui conduxerint, neque iis, qui in locum illorum ſucceſſerint, auferri eos liceat, & ita in D. libris paſſim vectigales agros eſſe accipiendos, recte Cujacius docuit, ut in *l. cum ſponſus* 12. §. *in vectigalibus* 2. *D. de publ. in rem act. l.* 4. §. *finium* 9. *D. fin. regund. l.* 1. *D. quib. mod. uſufruct. amitt. l.* 1. *D. de condict tritic. l.* 16. §. *ult. D. de pignerat act. l. ſi domus* 71. § *pen. & ult. de legat.* 1. *l. ſi finita* 15. §. *ſi de vectigalibus* 26. *D. de damn. infect. l.* 219. *D. de verb. ſignif.* ex quibus cum ſimilibus colligere licet, conductores, qui vectigalia prædia accipiebant, habuiſſe quoddam jus in ipſis prædiis, quod neque proprie eſt jus proprietatis, neque jus uſusfructus formalis, ut interpretes loquuntur, ſed proprium quoddam jus, quo quaſi domini prædiis vectigalibus utuntur fruuntur, dominio tamen ipſo vere apud municipes ipſos remanente, ideoque in *d. l. ſi finita* 15. §. *ſi vectigalibus* 26. ſi quis agat de damno infecto adverſus ipſos municipes, vere dominos ob prædium vectigale, & jubeatur ex ſecundo decreto prætoris poſſidere prædium, dominium tempore præſtituto acquirere poteſt, ſunt enim municipes domini, adverſus quos agit, & ex propria culpa & ſuomet facto, interveniente prætoris auctoritate, poſſunt amittere dominium, quod habent in prædio. Nec hunc caſum reſpicit lex *uſucapionem* 9. *D. de uſurp. & uſucap.* quæ occaſionem præbuit Alciato corrumpendæ dictæ legis 15. §. 26. *lib.* 3. *Diſpunct. cap* 10. quod ſi agatur adverſus conductorem ipſum ex contumacia conductoris, is, qui agit, dominium acquirere non poteſt, ſed conductoris loco conſtituitur, ut idem jus vectigale habeat, quod habet conductor, dominium enim pertinet ad municipes. Vectigale igitur prædium proprie eſt prædium municipum, ſed cave, ne te decipiat vectigalis nomen in *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *D. locati.* ubi ex Papiniano Ulpianus docet, remiſſionem datam uno anno colono ob ſterilitatem, ſi deinde ſequentibus annis contingat ubertas, non obeſſe domino, ſed integram penſionem ejus anni, quo remiſit, eſſe exigendam: & hoc idem in vectigalis damno eſſe ſervandum, quæ poſtrema verba Latini interpretes referunt ad relevationem publici cenſus, ſive tributi, quæ tunc conceditur, cum, publicis tabulis delato modo agri, poſſeſſor certis ex cauſſis frui non poteſt, ut in *l. forma* 4. §. 1. *D. de cenſib.* Græci vero, quorum ſententiam Cujacius ſequitur, dicta verba putant eſſe accipienda de damno, quod quis in agro emphyteuticario patitur ob ſterilitatem, quaſi hoc caſu remiſſio danda ſit emphyteutæ, ſed errant tam Græci, quam Latini;

ni; nam hæc verba, *idem in vectigalis damno*, pertinent ad remiſſionem, quæ publicanis, id eſt, his, qui vectigalia publica conduxerunt, (quæ ſcilicet præſtantur ex mercibus, quæ evehuntur, vel advehuntur, aut ex aliis rebus, de quibus in *tit. D. de publican & vectigal.*) aliquando datur: & ita accipiendum eſt hoc verbum *vectigale* ſimpliciter poſitum ſine adjectione prædii, vel fundi, & vult dicta §. ob damnum, quod ex inopinata quadam cauſſa paſſi ſunt publicani, uno anno remiſſionem conceſſam non nocere fiſco, ſi ſequentibus annis magnum lucrum percipiant, eodemque ſenſu dicitur damnum vectigalis *l. verum* 63. §. *in heredem* 8. *D. pro ſocio.* Cenſorinus *de Die Natali cap.* 20. aut *publici redemptor*, id eſt, publicanus, *ex anni magnitudine in lucro damnove eſſet.* Cicero *de Provinciis Conſularib. cap.* 5. *an ſi quis frui publico non potuit per hoſtem, hic tegitur ipſa lege Cenſoria.* Non pertinet igitur hic locus ad fundos vectigales civitatum, vel ad tributarios populi Romani, ſed ad redemptores vectigalium P. R. uti loquitur *l.* 16. *D. de verb. ſign.* Porro hujusmodi agros vectigales habuiſſe quoque videntur collegia ſacerdotum paganæ ſuperſtitionis, & virgines Veſtales, ut docent auctores *de conditionibus & limitibus agrorum*; privati vero hac lege, vel conditione agros ſuos non dediſſe videntur, ut colligere licet ex *d. l.* 1. *D. ſi ager vectig* &, quod ait lex *vectigali* 31. *D. de pignorib.* hanc legem fundo dictam fuiſſe a domino, cave, ne accipias de domino privato, ſed de municipibus dominis, ut in *ll. ſupra notatis.* locaverunt quidem privati agros ſuos in perpetuum *l.* 10. *Cod. de locat.* quo genere civitates quoque, ut Paullus ait in *d. l.* 1. agros, qui vectigales non erant, locare ſolebant, quique, ut idem ait in *d. l.* 1. ita colendi dantur, ut nos privatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Concludamus igitur, vectigales agros in D. proprie dici agros civitatum, non privatorum: de perpetua locatione, & quomodo ab emphyteuſi differat, adde Cujacium *ad Novell.* 120. His cognitis, merito quæritur, quæ differentia conſtituenda ſit inter hanc dationem fundi vectigalis, qua agri vectigales dicuntur locari in perpetuum, & ſimplicem locationem perpetuam? Reſpondeo, eum, qui agrum vectigalem accepit, habere jus in re, id eſt, in prædio ipſo, ut jam præmunivi, ideoque jus prædii dicitur hoc jus. *l.* 3. §. *ſi jus* 4. *D. de reb. eor., qui ſub tut.* & propter hoc jus data ei fuit jure civili utilis rei vindicatio etiam adverſus dominos. *d. l.* 1. *ſi ager vectig.* quod non datum fuiſſe conductoribus, qui ſimpliciter prædia in perpetuum conduxerunt, notiſſimum eſt: ex hac differentia naſcitur alia, qui vectigalem agrum accepit, tunc tantum ex lege traditionis expellitur, cum conſtitutam penſionem non ſolvit; quod ex jure noſtro in Cod. Viſigothorum relatum eſt *lib.* 10. *tit.* 1. *l.* 2. his verbis, *terras, quæ ad placitum canonis datæ ſunt, quicumque ſuſcepit, ipſe poſſideat, & canonen domino ſingulis annis, qui fuerat defunctus, exſolvat*; qui fuerat antea *defunctus*, id eſt, *ſolutus*, niſi forte legendum ſit *definitus* pro *defunctus*, id eſt, conſtitutus, quam lectionem valde confirmat id, quod ſequitur in d. l. *quod ſi canonem conſtitutum ſingulis annis implere neglexerit, terras dominus pro ſuo jure defendat, quia ſua culpa beneficium, quod fuerat conſecutus, amittit, quia placitum non impleſſe convincitur.* Hoc igitur tantum caſu potuerunt domini expellere eum, qui ſub dicta lege vectigalem fundum acce-

perat, conductorem vero, qui ſimpliciter conduxit, etiam impune multis caſibus expellere licet *l.* 3. *C. de locat. l. cotem ferro ſubigendo* 11. §. 1. *D. de publ. & vectigalib.* quæ nominatim loquitur de locatione perpetua, imo ex *l. pen. C. eod. tit. de locat.* reſtituta ex Baſilicis a Cujac. *lib.* 12. *Obſervat. cap.* 38. etiam impune, nulla reddita cauſſa, intra annum, niſi forſitan aliud nominatim convenerit, & poſt d. l. frequentiſſima fuit conventio de non expellendo conductore intra præſtitutum tempus, qua ſcilicet firmabant contractum conductionis, ut in *cap. pen. extra ne prælati vices ſuas, vel eccleſias ſub annuo cenſu concedant*, ubi proponitur presbyter quidam locaſſe beneficium, & præſtita fide firmaſſe, quod usque ad præſtitutum terminum nullam exinde conductori moleſtiam, vel gravamen inferret, qui tamen expulſus fuit a locatore intra annum, quod eruditiſſime improbat ſummus Pontifex propter pactum illud firmationis; ex quo contractus locationis dici cœpit *ad firmam datio* ut *in cap. ex litteris extra. de jure patron.* cum ſimilibus & inde vulgo *bailler à ferme*, quod quidem pactum de non expellendo, ſi nominatim adjicitur locationi perpetuæ, facit contractum proxime accedere ad emphyteuſim, vel ad dationem ad reditum, vel cenſum, quo ſenſu Mathæus Pariſienſis ſcribit, nobiles Angliæ Joannem primum, qui Innocentio III. ſummo Pontifici annuum cenſum conceſſerat in Regno Angliæ, contumelioſe vocaſſe tributarium, firmarium, & vaſallum Romani Pontificis, & ita paſſim vulgo abutimur his verbis, *arrenter*, & *affermer*, id uſurpare ſolemus tam de ipſa emphyteuſi, quam de locatione, ſive perpetua, ſive temporali; abuſus enim verborum naſcitur ex abuſu rerum, ſed ſemper remanet ſuperior illa differentia & genuina, eum, qui agrum vectigalem accepit, habere jus in re, quod non habet is, qui in perpetuum conduxit. Eſt igitur datio vectigalis prædii abalienatio fundi, quamobrem videntur privati primum agros ſuos locaſſe quidem in perpetuum, pleno jure illibato remanente penes dominos, ſed non dediſſe eo modo, quo civitates dabant vectigales agros, deducto ſcilicet & delibato eo jure, quod in prædiis vectigalibus conſtitutum fuit, hoc enim in agris publicis, ſive communibus, quæ ſunt univerſitatis, non ſingulorum, facile permiſerunt municipes, quod initio non facile admiſiſſe videntur privati, qui prædiis ſuis conſtituto hoc novo jure, quod proxime accedit ad dominium, in perpetuum carere noluerunt. Hoc autem jus vetuſtiſſimum eſſe, non dubito, & hac lege plerasque civitates dediſſe prædia ſua tam in Italiæ, quam in provinciis, antequam Pop. R. omnium gentium potiretur, ut loquitur Siculus Flaccus *initio libri de conditionib. agrorum*, & ad hanc agrorum dationem omnino pertinere id, quod de Byzantiis jam adnotatum eſt ex Ariſtotele *lib.* 2. *Oeconom.* Byzantios fertilia prædia dediſſe ad tempus, ſterilia vero in perpetuum, & tandem victis & proſtratis gentibus a Pop. R. nihil publicis utilitatibus derogatum fuiſſe, idem Siculus Flaccus nominatim docet: itaque civitates agros, publicis utilitatibus addictos, & cætera vectigalia antea inſtituta habuiſſe & retinuiſſe, conſtat, ad differentiam horum vectigalium, quæ ad civitates pertinent, vectigalia P. R. per eminentiam dicta fuerunt publica, ut in ænea tabula legis ſocialis inter Pop. Rom. & Themenſes, & in *l.* 15. *&* 16. *D. de verb. ſign.* ad quæ ſcilicet pertinet edictum *de publicanis & vectigalibus*, quod

quod tamen interpretatione tractum fuit ad vectigalia civitatum *l.* 13. §. 1. *D. de publ. & vectig.* Remansit igitur post insignes Pop. Rom. victorias vectigalium agrorum nomen in ipsa Italia, ac innotescere & frequentari cœpit hoc dationis genus, quod Græco nomine Ulpianus in *l.* 3. §. *si jus* 4. *D. de reb. eor.*, *qui sub tut.*, *vel curat. sunt*, vocat emphyteuticum, ut res ipsa cum nomine a Græcis civitatibus accepta videatur: equidem Populus R. agros publicos, quos in ipsa Italia habuit, hac dedisse lege non videtur, sed locasse, vel in singula lustra, vel in annos centenos, ut ex Hygino *lib.* 1. *de limitib. agror.* & aliis auctoribus notissimum est, & quod Appianus scribit *lib.* 1. *de Bello Civili*, quod bellorum injuria incultum supererat, populum R. privatis quibusdam personis assignasse, parte decima fructuum sibi retenta in agris sativis; in plantariis, aut arboreis quinta, non pertinet ad hoc dationis genus, quo civitates prædia sua dabant sub dicta lege, & majus fuisse videtur jus eorum, qui hæc prædia a pop. R. accipiebant proprio quodam & hereditario jure, ut Frontinus loquitur in *lib. de Coloniis.* ubi de agro Spoletino, *multa loca*, inquit, *hereditario jure accepit ejus populus:* & de agro Cingulario, *multa loca hereditaria accepit populus*, & de agro Hostiensi; *Hostiensis ager*, inquit, *ab Impp. Vespasiano, Trajano & Adriano, colonis*, (id est, civibus Romanis in colonias deductis) *est assignatus: sed postea Severus, & Antoninus, & Commodus aliqua privatis concesserunt*, illo scilicet hereditario jure. His privatis valde similes sunt hi, qui in posteriorum Imperatorum constitutionibus dicuntur διακατοχοὶ, id est, possessores, ut in *l.* 1. *Cod. Theod. de fisci debitor*, qui diacatochiæ, ut loquitur *l.* 7. *C. de omni agro deserto lib* 11. id est, titulo & nomine possessionis prædia, quæ fisco canonem solvunt, possident, & habere dicuntur dominium possessionis, ut erudite ad *l.* 7. Cujacius exposuit. Eodem fere jure fuisse videntur provincialia prædia, quæ tributaria & stipendiaria proprie dicta sunt §. *per traditionem* 40. *Instit de rerum divis.* non erant, fateor, provinciales veri domini prædiorum, habita ratione imperii & dominii publici, quod fuit penes pop. Rom. in cujus recognitionem, ut loquitur, tributa præstabant; proprio tamen, & peculiari quodam jure prædia sua possidebant, & saltem fuerunt domini possessores, quo sensu passim possessores dicuntur, possessores, inquam, tanquam proprio nomine, non alieno possidentes prædia, non illo quidem subtili jure, quo Italici Italica prædia possidebant & mancipabant, sed jure gentium, quo per traditionem prædia sua transferebant & alienabant *l.* 2. *&* 4. *C. Theod. de donat* nondum in hanc rem notatis: at prædia civitatum sub dicta lege data fuerunt non ratione imperii, & dominii summi, non jure belli, quod in victos victores exercere solent, sed jure & dominio privato ex contractu privato habito inter civitates & privatos, ideoque hi, qui a civitatibus prædia sua dicta lege acceperunt, non fuerunt possessores proprio nomine, sed alieno *l. cum notissimi* 7. §. *ult. C. de præscript* 30. *vel* 40. *annor.* & custodite *d. l. pen.* §. 1. *D. qui satisd. cog.* qui vectigalem agrum, id est, emphyteuticum possideat, possessor intelligitur; ubi observa, quod ait *intelligitur:* proprie enim non est possessor, sed pro possessore benigna interpretatione in illa parte edicti habetur, proprie enim possessor agri non est, qui jus quidem in prædio habet, sed non habet prædium

dium ipsum, ut loquitur *d. l.* 3. §. *si jus* 4. *D. de reb. eor. qui sub tut.*, *vel cur. sunt*, ut nominatim possessores ab emphyteuticariis separentur in *l.* 12. *de fundis patrimonialib. lib.* 11. *Cod.* De his igitur agris vectigalibus civitatum agitur in *D.*, qui scilicet jure emphyteutico dati sunt: nam origine inspecta, ager vectigalis in his libris proprie ager est, qui jure emphyteutico datus est, & ager vectigalis nihil aliud est, quam emphyteuticarius, quod perpetuum est in *D.* Sed observandum est, posteriores Principes patrimoniales agros, qui pertinent ad patrimonium principis (*les terres du domaine*,) inopes puta, atque jejunos, exemplo civitatum dedisse tandem in emphyteusim, ut deprehendere licet ex tit. *de omni agro deserto* & *de fund. patrim. lib.* 11. *C.* ex quibus colligimus quædam patrimonialia prædia esse juris emphyteutici: & hoc sensu in *l.* 13. *C. de præd. minor.* prædium patrimoniale, & emphyteuticum separatur a prædio vectigali civitatum, quod tamen emphyteuticum esse constat; vectigale enim proprie nihil aliud est, quam prædium emphyteuticum civitatum, ut supra docui, & retinet in Latio vetus nomen vectigale, tanquam proprium & primarium; emphyteuticum enim commune esse cœpit patrimonialibus prædiis in emphyteusim datis, & prædiis civitatum emphyteuticis, imo & agris privatorum, qui exemplo civitatum & principum cœperunt tandem agros suos dare in emphyteusim, & ita hoc jus cœpisse videtur a civitatibus, & tractum deinde fuisse tam ad prædia patrimonialia principis, quam ad prædia privatorum. Emphyteuticus igitur ager dictus tandem fuit ager patrimonialis in emphyteusim datus, itemque ager privati hominis sub eadem lege & forma datus, sed neque *patrimonialis*, neque privatus dictus fuit vectigalis, & retinuit hoc nomen, tanquam proprium ager emphyteuticus civitatum tam in D. quam in Cod. habuit tamen jus emphyteuticum patrimoniale singularia quædam, de quibus commodius dicendum erit ad singulas quæstiones, quæ in hoc tit. proponuntur. Illud interim adnotasse sufficiat, privatos non solum jure illo emphyteutico, quod primum fluxit a civitatibus, sed etiam eadem fere lege prædia sua dedisse posteriore sæculo, qua supra docuimus, populum R. Romanosque Principes prædia publica & patrimonialia privatis assignasse, jure privato & hereditario, ut ex Frontino jam docui; ut ab hoc jure omnino fluxisse videatur, quod Consuetudo Parisiensis vocare solet, *bailler à fin d'heritage ou bailler à cens*, ut in *cap.* 7. *extra. de reb. Eccl. alien. vel non* hereditario jure terras sub annuo censu concedere, quæ datio diligenter separanda est ab emphyteusi, adeo, ut ipsum census nomen, quo utimur, sumptum sit a tributariis provincialium prædiis, in quibus cum præstandæ pensitationis modus penderet a censu, id est, ex publica descriptione agrorum, & reliquarum fortunarum, in censum deferri solitarum, ut constat ex *tit. de censib. D.* obtinuit in provinciis, ut ipsum tributum appellaretur census, & hoc sensu, census dicitur ter in Euangelio St. Matthæi, & semel in Euang. D. Marci, pro pensitatione & tributo.

Ad Legem 1. *C.* de jur. emph.

IMP. ZENO A. SEBASTIANO P. P.

Jus emphyteuticarium, neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate, seu similitudine separatum: conceptionem definitionemque habere propriam, & justum esse validumque contractum: in quo cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente, habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut si interdum ea, quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quæ prorsus etiam ipsius rei, quæ per emphyteusin data est; faciat interitum; hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam, nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, imputetur, sin vero particulare, vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa penitus rei lædatur substantia; hoc emphyteuticarius non suis partibus dubitet adscribendum.

Postquam frequentissima esse cœpit emphyteusis, & prædia hoc jure data fuerunt tam sterilia, quam fertilia, non solum a civitatibus, ut olim, sed etiam a principibus & privatis hominibus; diligentius quæsitum & tractatum fuisse videtur de caussa & titulo, ex quo hoc jus pendet & acquiritur, vel constituitur. Veteres JCti in hac sententia fuisse videntur, hoc dationis genus nihil aliud esse, quam locationem conductionem, ut colligere licet ex *l.* 1. *D. si ager vectig. vel emphyt.* quosdam tamen existimasse, Zeno ait hac lege, videri potius venditionem, quam alienationis nomine designat, nam, ut Seneca ait *lib.* 5. *de beneficiis c.* 10. venditio proprie est alienatio rei suæ, jurisque sui in alium translatio, & hoc est, quod Justinianus ait in §. *adeo* 3. *Instit. de locatione & conduct. talis contractus inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur*, id est, quidam exi-

 sti-

ſtimabant proxime accedere ad locationem, quidem vero ad venditionem, eſſe quoddam genus locationis, vel venditionis, eſſe pro portione locationis, vel venditionis, ut Celſus loquitur in *l. ult. D. de condict. cauſſ. dat.* de illa conventione dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, quæritur, an genere quodam ſit emptio, vel permutatio, quæ portio quædam videtur emptionis, & inſtar emptionis dicitur; & concludit Celſus, non eſſe emptionem, quia ita data eſt pecunia, ut teneatur Stichum facere accipientis: dare enim illo loco ſignificat dominii translationem, ut in *l.* 4. *D. de uſur.* at hæc præſtatio, ut venditor transferre teneatur dominium, non eſt civilis, id eſt, jure civili non ita obligatur venditor, ut dominium transferre teneatur *l.* 1. *D. de permutat.* cum hoc igitur ſit contra præſtationes in venditione jure civili receptas, id contractus genus nulla ratione ad emptionem accedere poteſt, nec pro portione emptionis venditionis eſt, ut Celſus loquitur in *d. l.* & Plautus Rudente eadem forma *act.* IV. *ſcen.* 4. *vſ.* 71. *tum pol pro portione, nec vir, nec mulier mihi es.* Non eſt permutatio, ut quidam ex Latinis tentant; & Græci probant, quia pecuniæ quantitas data proponitur ſimpliciter, & male fingitur, datam fuiſſe, tanquam corpus, hoc enim commentitium eſt, &, quia pecunia data fuit, merito tentari potuit, eſſe emptionem, vel genus quoddam emptionis: pecunia enim eſt ſymbolum contractæ emptionis; tentari, inquam, potuit quamvis conventio de dando Sticho notiſſimos emptionis terminos egrediatur; ſed in contrariam ſententiam proclivior eſt Celſus, ut nullam aliam obligationem, quam ob rem dati re non ſecuta; eſſe tertium quid ab emptione & permutatione ſeparatum, & neque civilem actionem directam poſſe competere, quia non eſt emptio, neque utilem præſcriptis verbis, quia non eſt permutatio, ſed dandam tantum eſſe condictionem naturalem ad repetendam pecuniam. Eadem fere fuiſſe videtur dubitatio ſuper hoc negotii genere, quo prædia noſtra fruenda tradimus ſub dicta lege & conditione; videntur enim in perpetuum potius locata, quam vendita, quia nominatim hoc agi videtur, ut dominium non tranſeat, & ut certo caſu dominus proprio jure prædia auferre poſſit, eſt igitur locatio, non venditio *l. pen.* §. *ult. D. de contrah. empt.* & ut in locatione fieri ſolet, ſingulis annis certa penſio, vel merces præſtatur, qua conſtituta locatio & conductio contrahi intelligitur §. 1. *Inſtit. de locat. & cond.* Sed contra quidam venditionem potius eſſe dicebant: qui enim hac lege prædium accipit in perpetuum, quocumque genere alienationis, quoquomodo, ut Juſtinianus loquitur *d.* §. *adeo* 3. in alium poteſt transferre, qua ratione Theophilus cenſet, quosdam exiſtimaſſe, venditionem potius eſſe, quam locationem, ſed aliam D. Cujacius affert, quæ neceſſaria videtur, ut cenſeatur venditio, quæ non contrahitur ſine certo pretio *l. neceſſario* 8. *initio D. de per. & comm. rei vend.* hoc conſtituere videtur merces ſive penſio, quæ ſingulis annis ſolvitur. Hæ tamen rationes prima fronte ſatis leves videri poſſunt: nam quod attinet ad alienationem, non prædium ipſum alienat emphyteuta, ſed jus, quod in prædio habet *l.* 3. §. *ſi jus* 4. *D. de reb. eor. qui ſub tut.* & hac in parte ſimilis videtur fructuario, qui jus uſusfructus etiam locatione acquirere poteſt *l ſi domina* 10. *C. de uſufr.* quod vendere, locare, aut donare poteſt §. 1. *Inſtit. de uſu & habit.* Nec obſtat, quod jus emphyteuticum tran-

tranſit ad heredem, nam idem obtinet in locatione perpetua & in temporali intra tempora locationis. *l.* 10. *C. de locato & conduct.* nec merces, quæ ſingulis annis ſolvitur, videri poteſt ita pretium conſtituere, ut venditio potius ſit, quam locatio; nam eadem dubitatio cadere quoque poteſt in locationem perpetuam & hac quoque ratione Cajus locationem & conductionem proximam eſſe, ait, emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis conſiſtere *l.* 2. *D. locat.* & *initio tit. Inſtit. de locat. & cond.* & valde notandum eſt, quod idem Cajus ait in *l.* 19. *juncta l.* 20. *D. de act. empt.* veteres emptionis venditionis verbis promiſcue uti ſolitos etiam in locatione, & conductione, ut D. Cujacius docuit *lib.* 9. *Obſerv. cap.* 15. id eſt, locationem venditionem ſæpe appellaſſe & conductorem emptorem, ſive redemptorem, quod confirmat notiſſimis Hygini & Feſti locis, in quibus Publicani ſive mancipes dicuntur emere vectigalia, quos tamen conducere conſtat. Hoc & a Græcis uſurpatum fuiſſe, nominatim Ulpianus obſervat in orationem Demoſthenis adverſus Timocratem, conductores vectigalium dici aliquando emptores, quamvis propric emptores non ſint, nemo enim ſolet emere, ſed conducere vectigalia: ἴδεις γὰρ τὰ τέλη τὰ δημόσια ἀγοραζόμενα, cum igitur adeo proxima ſit locatio venditioni, non ſine cauſſa hæc locatio propius accedere ad venditionem videbitur, quamvis enim locare dicatur is, qui prædium ſuum in emphyteuſim dat, tamen quodammodo prædium ſuum alienare videtur, in quo hoc jus conſtituitur, quod acquiritur emphyteutæ. Eſt igitur venditio potius, quam locatio, quia locatio nullum jus in prædio conſtituit, eandemque dubitationem veteres male habuiſſe obſervo in negotio huic valde ſimili, quo quis in alieno ſolo acquirit jus ſuperficiarium, quod ἐμβατευτικὸν dicitur in *l.* 3. §. *ſi jus* 4. *D. de reb. eor. qui ſub tut.* hoc autem jus acquiri & conſtitui dicitur, vel ex cauſſa conductionis, vel ex cauſſa emptionis in *l.* 1. §. 1. *D. de ſuperf.* ex cauſſa emptionis, ſi quis a domino ſoli emit ſuperficiem, id eſt, jus in alieno ſolo habendi ædificium, ea lege, ut ſingulis annis ſolvat domino mercedem, quæ a ſolo ſolarium dicitur in *l.* 2. §. *ſi quis nemine* 17. *D. ne quid in loco publico* ex cauſſa vero conductionis, ſi a domino ſuperficiem conduxit, habet igitur ſuperficiarius adverſus dominum, ſi eum prohibeat, actionem ex empto, ſi emit, ſi vero conduxit, ex conducto, ſin autem ab alio prohibeatur, præſtare ei ſuas actiones dominus tenetur & cedere. Cum igitur hac, vel illa actione civili ſatis ſuperque tutus videatur ſuperficiarius, quærit Ulpianus in *d.* §. 1. cui bono prætor polliceatur ei interdictum, quod in *d. tit.* proponitur & quaſi in rem actionem, id eſt, utilem actionem, prætoriam, cujus rei duplicem rationem affert. Prima hæc eſt, quia incertum erat, an *locati* exiſteret, ſic legunt Florentini, cæteri vero non male: *an locatio exiſteret.* Altera hæc eſt, quia melius eſt poſſidere, & in rem agere, quam in perſonam experiri. Sed prima ratio vulgo non intelligitur, quæ tamen eſt elegantiſſima, & conſervavit nobis inſigne veſtigium veteris controverſiæ, quia incertum erat, inquit, an locati, vel an locatio exiſteret, quorum verborum non alius, quam hic ſenſus eſſe poteſt, quia cum prætor novo remedio cœpit ſubvenire ſuperficiario, dubitabatur inter JCtos, vel, ut Ulpianus loquitur, incertum erat, illo caſu, cum ſuperficiarius conduxerat ſuperficiem, utrum locati actio ex

hoc negotio exiſteret, id eſt, locati conducti; ſi retineas Florentinam lectionem, vel an locatio exiſteret, ſi ſequi velis vulgarem, nec enim locatio videri potuit, quæ tale jus conſtituit in ipſo ſolo, quamvis nominatim hoc ageretur inter contrahentes, & in hac dubitatione prætori longe utilius viſum eſt, ſubvenire ſuperficiario, datis utilibus actionibus in rem & interdictis poſſeſſoriis; nam & in caſu emptionis, de quo non dubitabatur, utilius viſum eſt ſuperficiarium agere poſſe in rem, & ad hunc caſum pertinet ſecunda ratio, prima ratio pertinet ad caſum conductionis, quia incertum erat, an locatio exiſteret, cum ſcilicet ſuperficiarius conduxerat ſuperficiem, obtinuiſſe quidem tandem videtur actionem ex conducto competere poſſe, ut Ulpianus pro certo ponere videtur initio *d.* §. & Paullus in *l.* 18 §. *ei qui in conducto* 4. *D. de damn. infect.* ſed cum prætor ſuppetias tulit ſuperficiario, incertum erat, & dubitabatur; ex quo loco, quis adeo vervex eſt, ut animadvertere non poſſit, ſimilem omnino fuiſſe controverſiam in negotio, vel in jure, quod belliſſime huic noſtro comparatur in *d l.* 3. §. *ſi jus* 4. *D. de reb. eor.*, *qui ſub tut.*? Sed quæ ſublata antea fuit in jure ſuperficiario, controverſia remanſit in jure emphyteuticario usque ad tempora Zenonis, quibus cum frequentiſſimus eſſet hic contractus, & hoc jure paſſim concederentur prædia publica & privata, tam ſterilia, quam fertilia, forſitan uſurpari cœpit, quod tandem receptum fuiſſe docet Nov. Leonis 13. ut certam ſummam, tanquam pretium quoddam, non ſolum initio, ſed etiam certis annis, renovandi contractus cauſſa, emphyteuta præſtare teneretur, quod pretium dicta Novella vocat εἰσδεκτικὸν: quod ſi Zenonis tempore hæc pretii datio recepta fuit, potior fuiſſe videtur ſententia eorum, qui hunc contractum ad emptionem venditionem, quam qui ad locationem conductionem referebant, ſed id videtur tantum uſurpatum ab Eccleſiis & locis venerabilibus, a quibus hoc novi contractus genus inductum fuit, ut emphyteuſim ipſam a civitatibus cœpiſſe uſurpari jam docui, & quemadmodum fiſcalis emphyteuſis ſingularia quædam habet, ita & Eccleſiaſtica.

Non fuit igitur tempore Zenonis hoc jus receptum in emphyteuſi communi, de qua in hac conſtitutione, quæ veterem controverſiam inter veteres JCtos agitatam, ut nominatim ait dicta §. *adeo* 3. nova deciſione diſcingit, ait igitur, *jus emphyteuticarium*, noluit dicere *contractum emphyteuticarium*, quia nondum ita vocabatur, & primus Zeno hoc nomen impoſuit, & hunc contractum proprio jure, proprioque nomine dotavit, ut recte Theoph. notat ad *d.* §. *adeo* 3. ſed ait, jus emphyteuticarium, ſic enim dicitur in *d. l.* 3. §. *ſi jus* 4. quod ſcilicet eo modo conſtitutum, quo conſtitui receptum erat, quidam referebant ad conductionem, quidam vero ad venditionem, neque conductionis neque venditionis titulis eſſe adjiciendum, id eſt, non eſſe dicendum hoc jus conſtitui, vel acquiri, vel conductione, vel venditione, cenſeri jure conductionis, vel venditionis, ſed jus eſſe tertium ab omni ſocietate & ſimilitudine locationis & venditionis ſeparatum, quemadmodum Celſus in *d. l. ult. D. de condict. cauſſ. dat.* jus quoddam tertium conſtituit ex negotio ibi propoſito, omnino ſeparatum a jure emptionis & permutationis, quod latius explicat, dum ſubjicit hæc verba *conceptionem definitionemque habere propriam*, id

id eſt, ſubſtantiam per ſe capere, ſuisque regulis, (ſic enim interpretandus Theoph. dum ἰδίοις ὅροις ait) ita conſiſtere, ut nec ad conductionem, neque ad venditionem inclinare videatur, & hoc eſt, quod breviter Juſtinianus ait in *d.* §. *adeo* 3. emphyteuſeos contractus Zenonem propriam ſtatuiſſe naturam, ubi natura generaliter accipienda eſt, ut complectatur ſubſtantiam contractus, quam certa forma capere dicitur in *tit Inſtit. de obligat ex conſens.* & naturam ipſam, quam contractus, poſtquam ſubſtantiam accepit & perfectus eſt, habere cenſetur, quod his verbis Zeno deſignaſſe videtur, *conceptionem definitionemque habere propriam*, ut conceptio proprie pertineat ad ſubſtantiam, definitio ad naturam; quamvis enim his verbis *ſubſtantia*, & *natura* abutamur paſſim; ſeparantur tamen & diſtinguuntur aliquando, ut in *d. tit. Inſtit. de oblig. ex conſenſu.* emptionis ſubſtantia ex pretio conſiſtere dicitur a Papiniano in vexata *l. pacta conventa* 72. *D. de contrab. empt.* quia ſi de re certa certoque pretio conſenſus intervenerit, ſubſtantiam capit & conſiſtit emptio *d. l. neceſſario* 8. *pr. D. de peric. & comm. rei vend.* quo contractu perfecto, ſequuntur quædam contractum emptionis, quæ eleganter in *l. ſi duo* 13. §. *ſi quis juraverit* 3. *D. de jurejurand* dicuntur *cætera venditionis*, quæ non ſunt de ipſa ſubſtantia, ſine his enim ſubſiſtit contractus & ſubſtantiam capit, ſed eſſe dicuntur de natura contractus *l.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pactis*, de his loquitur Papinianus in prima parte *d. l. pacta* 72. ſi enim ex intervallo interpoſitum ſit pactum, quod aliquid detrahat de natura contractus, quæ talis eſt, ut cautio duplæ omnino præſtanda ſit, nuda tamen repromiſſione, ſine fidejuſſore, ita ut hoc naturaliter ineſſe contractui cenſeatur *l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua* 20. *D. de ædil. edict.* ſi, inquam, convenerit, ne cautio duplæ præſtetur, hoc pactum detrahens ineſſe dicitur, & contineri contractu, quia pactum eſt de ipſa natura contractus; aliud eſt, ſi ſit pactum adjiciens, ut ſi convenerit, ut cum fidejuſſore duplæ cautio præſtetur, hoc non poteſt ineſſe, vel contineri contractui quia eſt extra contractum, extra naturam contractus, & valere tamen poteſt jure exceptionis: nam ſi venditor agat actione ex vendito de pretio, poteſt emptor opponere exceptionem pacti, & beneficio exceptionis hoc conſequi, ut teneatur venditor dare fidejuſſores, & ita accipienda ſunt hæc verba, *ſed quo caſu, agente emptore, non valet pactum.* pactum ſcilicet, ut cum fidejuſſore duplæ cautio præſtetur, quod non ineſſe jam dixit, nec valere poſſe ad formandam actionem ex empto emptori, ut per hanc actionem intendere poſſit, teneri venditorem dare fidejuſſorem, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore, id eſt, ut dixi, venditore agente de pretio, emptor per exceptionem pacti hoc conſequi poteſt, quod per actionem habere non potuit, ut rectiſſime Gloſſa expoſuit. Nec verum eſt, quod tanto molimine Cujacius tentat, cum in *d. l.* naturam a ſubſtantia negat eſſe ſeparandam, quod non poſſe conſtare, manifeſta ſententia dictæ legis convincit ſatis, prima pars eſt de adminiculis contractus, quæ vel ſunt de natura, vel extra naturam, pactum, quod detrahit de natura, ineſſe dicitur; quod vero adjicit, non ineſſe: hoc conſtituto quærit in ſecunda parte Papinianus, an idem dicendum ſit, ſi pactum ſit interpoſitum de augendo, vel minuendo pretio, & an eadem diſtinctione uti debeamus, num adjiciat, an detrahat ali-

quid pretii, quod non immerito quæsitum esse ait, quia, inquit, emptionis substantia consistit in pretio, nihilque super hac quæstione respondet, & tamen satis innuit, hoc de substantia dici non posse, quia, ut subjicit nota Paulli, pacta postea facta de substantia novum contractum constituunt, pacta vero de natura reformant contractum eundem, insunt & continentur contractu. Substantiam igitur contractus capit conceptione & forma propria, quæ necessario concipienda est, ut sit contractus: naturam vero contractus accipit ex definitione juris, nec necesse est, eam nominatim concipere, consistit igitur ac subsistit per se hic contractus emphyteuticus & substantiam capit consensu adhibito de re tradenda in emphyteusim, ea lege, de qua in *d. l.* 1. *D. si ager vectig.* & in *d.* §. *adeo* 3. quæ conventio ita concepta conceptionem definitionemque habet propriam separatam a locatione & venditione: a locatione, quia constituit jus in ipso fundo, quod non constituit locatio, a venditione & alienatione, quia tanquam ex re sua singulis annis dominus pensionem, vel reditum percipit, quod abhorret a venditione & alienatione, ut recte Attaliates Græcus interpres. His ita constitutis, tandem concludit Zeno, justum esse validumque contractum, de quo scilicet dubitare non licet; ante Zenonem hic contractus dubitabatur, ait *d.* §. *adeo*, post Zenonem non dubitatum, sed justus est, validusque contractus, id est, contractus civilis, nominatus, certus, qui per se subsistit, & validus est: propriis viribus *consistit*, ut loquitur *l. obligationes* 27. *D. de obligat. & act.* id est, conceptione & definitione propria, in quo tamen contractu constituit Zeno cuncta, quæ inter contrahentes pactionibus, scriptura interveniente, habitis placuerint, firma illibataque esse, quibus verbis permittit contrahentibus in totum formare naturam hujus contractus, vel, ut Justinianus loquitur, fulcire naturam, omnem scilicet naturam: hæc enim verba, ut jam docere cœpi, generaliter accipienda sunt, ut *naturæ* verbum etiam substantiam complectatur. Valde igitur singulare est, quod Zeno constituit, licere contrahentibus non solum formare naturam hujus contractus in his, quæ naturaliter insunt, quæ sequuntur contractum, postquam substantiam habere cœpit, sed etiam formare substantiam, mutare conceptionem, qua contractus substantiam capere dicitur, quod plane est in totum naturam contractus constituere, & ita exaudienda sunt illa verba *super omnibus*, quæ verba male Glossa coarctat, dum interpretatur de his, quæ sequuntur contractum, de evictione, puta, de alienatione &c, nam hoc vult omnino Zeno, per omnia & in omnibus licere pactionibus formare hunc contractum, quod in contractibus bonæ fidei receptum quidem fuit in his, quæ pertinent ad naturam contractus, quam pactionibus augere, vel minuere licet. *l.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pact. l. ex empto* 11. § 1. *D. de action. empt.* cum similibus, sed non in his, quæ pertinent ad substantiam contractus, ad jus & causam contractus, ut loquitur *l. Titius* 24. *D. de præscr. verb.* Ideoque recte veteres interpretes dixerunt, pacta, quæ fiunt contra naturam valere & inesse, pacta, quæ fiunt contra substantiam non valere, uno verbo, licere formare contractum, salva tamen substantia contractus; at in hoc contractu omnia pacta valent, cuncta, quæ inter contrahentium partes placuerint super omnibus, ut ex sequentibus liquido constabit. Sed animadvertendum est, Zenonem consti-

ſtituere, non quascumque pactiones formare & transformare hunc contractum, ſed pactiones tantum, ſcriptura interveniente, habitas, & ita accipiendum eſt, quod Juſtinianus ait in *d.* §. *adeo* 3. legem Zenonianam propriam hujus contractus ſtatuiſſe naturam ſuis pactionibus fulciendam, ſcriptura ſcilicet interveniente, habitis, hæ enim ſunt pactiones, quas tanquam ſuas & proprias habet hic contractus ex lege Zenonis, ut his tantum liceat ejus fulcire naturam, & qua fronte poſſumus tam expreſſa Zenonis verba expungere: hoc autem præciſe voluiſſe Zenonen, confirmo duobus argumentis ex eodem Zenone ſumptis in re ſimili; primum deſumo ex *l. ne cui liceat* 32. *C. de locat. & cond.* ubi non licet ei, qui domum, vel locum, vel ergaſterium (boutique) conduxit, alteri, qui poſt eum, finita ſcilicet conductione, ad eandem conductionem acceſſit, litem inferre, niſi forte pacta per ſcripturam inita ſint, quibus intentionem ſuam valeat confirmare; hoc enim caſu, quia hæc pacta extraordinaria ſunt, neceſſariam eſſe voluit ſcripturam, quam etiam neceſſario deſiderat in pactionibus extraordinariis hac lege permiſſis, quod eruditiſſime Gloſſa notat ad *d. l.* 32. in verbo *per ſcripturam. Nota*, inquit, *per ſcripturam ſpeciale, ut infra tit. ult. l.* 1. Secundum deſumo ex *l.* 33. *ſupra eod. tit.* id eſt, ex conſtitutione Græca Zenonis, quæ, ut docui ad rubricam, permittit locatori & conductori intra annum reſcindere locationem, niſi initio contractus huic novæ conſtitutioni nominatim pacto, etiam ſine ſcriptis habito, renuntiaverint, hoc enim pactum ſine ſcriptis habitum ſufficere Zeno exiſtimat ex mero jure, quia, ut eleganter ait *l. ſi unus* 27. §. *quod & in ſpecie* 3. *D. de pact.* res facile ſuæ formæ & naturæ remittitur; cum enim hæc nova conſtitutio ſit contra naturam locationis & conductionis, facile pacto quolibet, etiam ſine ſcriptura, reſtituitur natura contractus, ideoque ſcripturam non deſiderat Zeno, dubitari potuit, utrum pactum ſine ſcriptura ſufficeret, ſed Zeno nominatim conſtituit ſufficere; at contra, ut pactiones formare poſſint novam quandam ſubſtantiam & naturam contractus ſtricti juris, deſiderat nominatim Zeno ſcripturam, *interveniente*, inquit, *ſcriptura*; ergo fulcienda eſt hæc natura pactionibus, ſcriptura interveniente, habitis; ſi Zenonis mens fuiſſet, ſufficere pactiones non ſcriptas, non grave ei fuiſſet hoc adjicere, ut in dicta conſtitutione, ſed nominatim in re magni momenti deſiderat ſcripturam, novo hoc jure conſtituendo, quo licet pactionibus in totum formare naturam contractus ſtricti juris. Hanc ſententiam veriſſimam eſſe, convincunt duæ ſequentes Juſtiniani conſtitutiones. In lege 2. Juſtin. ait, valere pactiones in inſtrumentis emphyteuticis conſcriptas, ergo non valent, quæ non ſunt conſcriptæ, & apertius in *l.* 3. valere pactionem quamlibet de alienatione meliorationum & juris emphyteutici, quæ tamen probetur inſtrumento; nam ſi inſtrumentum ſit forte deperditum, ſequi debent contrahentes jus a Juſtiniano inductum; ex quibus omnibus concludendum eſt, non fruſtra dicere Zenonem, valere pactiones, ſcriptura interveniente, habitas in contractu emphyteuſeos. Sed anxie quæritur, an hic contractus neceſſario fieri debeat in ſcriptis, dixit Zeno, pactiones, quæ in eo contractu interponuntur ad formandam naturam contractus valere, habitas interveniente ſcriptura, ex quibus verbis Gloſſa, quam viri magni nominis, tam veteres, quam recentiores ſequuntur, pri-

primum infert, hunc contractum necessario fieri debere in scriptis, quæ sententia vulgo communis dicitur. Sed contra quidam magnæ quoque dignationis & auctoritatis JCti posteriorem Glossæ sententiam probant, non esse necessariam scripturam, ut substantiam capiat hic contractus, licet in scriptis fieri dicatur in *h. l.* quod pragmaticorum Coryphæus C. Molinæus pluribus confirmat ad Consuetudines Parisienses in præfationibus *tit.* 2. *num.* 38. *&* 39. idem quoque placuit incomparabili & unico juris civilis pop. R. interpreti Jacobo Cujacio, quia, licet Zeno separaverit hunc contractum a locatione & venditione, tamen huic similis est *d.* §. *adeo* 3. si non nocet, inquit, amissio instrumenti emphyteutici, ergo nec omissio. Sed ex his, quæ jam præmunivi, facile est pacem conciliare inter has contrarias sententias. Non desiderat hic contractus scripturam, si prædia dentur simpliciter ea lege, qua etiam ante Zenonem dari receptum est, vult enim contractum per se subsistere Zeno, vult & justum esse validumque, sed si nova quædam substantia formanda est, vel natura, ut Zeno permittit, vult enim in hoc contractu cuncta, quæ contrahentibus placuerint, observari, licere contrahentibus fulcire naturam, ut loquitur *d.* §. *adeo* 3. & perinde valere, ac si natura talis contractus esset: sic enim legendum esse, recte Cujacius docuit, quod Theophilus confirmat; sane hoc casu pactiones istæ, quibus certam formam contractus accipit, necessario desiderant scripturam, ut constat ex superioribus. Hoc per nebulam vidisse videtur Joannes antiquus Glossographus eruditus & judicii acerrimi: is enim, ut Azo scribit in apparatu *ad h. l.* existimabat in pactis illis, quæ fiunt extra substantiam contractus, necessariam esse scripturam, nec tamen necessariam esse in ipso contractu, & hoc est, quod Glossa secundo loco notat, *vel dic, hoc dici de pactis, non de contractibus*; ex sententia scilicet Joannis, quæ tamen ita adjuvanda & supplenda est ex superiori interpretatione, ut in his pactionibus scriptura necessaria sit, quibus, ut dixi, mutatur & reformatur, vel constituitur substantia, vel natura contractus, & ita contractus, qui novam quandam formam accipit pactionibus, scripturam omnino desiderat, & hoc casu procedit prima sententia, sed scriptura non videtur necessaria in contractu, qui a jure communi formam & naturam habet, ut si contractus hic remaneat, ut ita dixerim, in puris naturalibus, quæ a jure ante Zenonem & post Zenonem habet, vel quæ dedit Justinianus in *l.* 2. *&* 3. hujus enim contractus, a Zenone comprobati, licet tibi, ut Justin. loquitur, pactionibus fulcire naturam, id est, mutare, formare, transformare pactionibus scilicet habitis, interveniente scriptura; ergo si non vis naturam fulcire pactionibus, non erit necessaria scriptura, & hoc casu procedit posterior sententia. Hoc evidentius erit, proposito exemplo contractus, qui dictus tandem fuit libellarius; hunc contractum nihil aliud esse, quam emphyteusim, plerique recte censent, est enim emphyteusis, cujus substantia pactione expressa ita formata est, ut teneatur emphyteuta, quasi pretii nomine initio certam summam præstare & certis annis renovare contractum, certo quoque pretio dato; in his enim differre videtur a recepta emphyteusi, & a quibusdam ideo ab emphyteusi separatur, imo ante Zenonem dici non potuit emphyteusis, sed Novella Leonis 13. nominatim vocat emphyteusim,

quæ

quæ pactione expreſſa, ut Zeno permittit, ſubſtantiam & naturam accepit, ſed pactione habita, interveniente ſcriptura, & inde nomen accepit a libello ſcilicet, vel ſcriptura brevi, ſine qua procedere non poteſt hic contractus emphyteuticus. Quidam male cenſent, hunc contractum vocari libellarium non a libello, ſed libella, numismatis ſpecie certa, errore non ferendo, quæ enim dicitur lex libellaria in Epiſtola Gerberti, eadem forma, qua dicimus legem commiſſoriam, vocatur lex tabularia inſtrumentis Fuldenſibus, *unaquæque de vobis per ſingulos annos duos denarios argenteos ſolvat*; a tabulis ſcilicet, quæ neceſſario deſiderantur ad hunc contractum perficiendum: eademque forma in lege Ripuariorum & de tabulariis: *tabularius*, inquit, *dicitur homo in Eccleſia manumiſſus, ſcriptura interveniente*, qui paſſim vocatur in capitularibus Caroli Magni chartularius homo, per chartam in Eccleſia manumiſſus. Idemque obtinet in precaria, quam Eccleſia quoque induxit, datur enim prædium a domino, ut aliud prædium accipiat addita eadem lege renovationis, nam & hæc nova pactio ſcripturam deſiderat, & in legibus Viſigothorum *lib.* 10. *tit.* 1. *l.* 12. ideo nominatim dicitur precaria epiſtola. His pactionibus poſt conſtitutionem Zenonis licet fulcire naturam emphyteuſeos, & ex frequentiſſimo uſu harum pactionum quidam exiſtimarunt, hoc eſſe ex natura hujus contractus emphyteutici, ut initio dominus aliquid accipiat pro prædio, quod dat in emphyteuſim, ut puta prædium, vel aliam rem, ut hoc ſit proprium domini, quæ fuit Azonis ſententia totidem verbis concepta in Summa hujus tituli & quamvis hoc non ſit ab omnibus admiſſum, tamen Fulgoſius, cujus diligentia ſæpe me juvit, conſultius eſſe cenſet dubitationis tollendæ cauſſa, ut aliquid detur, & confiteatur dominus in inveſtitura aliquid accepiſſe, vel par caponum, vel leporem, vel pecuniam; ſi tamen, inquit, non appareat aliquid datum, putarem tamen contractum tenere, &, ſi de nomine dubitetur, recurrendum eſſe ad actionem præſcriptis verbis. Non incidiſſent in has ſalebras, ſi veram mentem hujus Zenonianæ conſtitutionis, quam propoſui, tenere potuiſſent, quid enim apertius? Licet tibi pactione certa formare naturam hujus contractus: & quamvis a jure communi naturam quandam habeat, quam ſcilicet habuit ante Zenonem, & quam Zeno induxit in caſibus fortuitis, & Juſtin. in ejectione emphyteutæ non ſolventis penſionem, & in alienatione juris emphyteutici, hanc tamen tibi licet variare & mutare adhibita ſcriptura, uno verbo, hic contractus per ſe ſubſiſtit ex natura, quam habet a jure communi, ſed ſi quid convenerit, valet conventio, tanquam ſit ex ipſo contractu & format ipſum contractum: ſic enim recte Theoph., pacta formare naturam hujus contractus, & ita contractus formatus a pactionibus non poteſt conſiſtere ſine ſcriptura: quod ſi ore rotundo Joannes dixiſſet, fruſtra adverſus hanc ſententiam Azo poneret hoc argumentum, ſi dicatur ſcriptura neceſſaria in pactis, quæ pertinent ad contractum, ſatis videtur, quod in eodem contractu ſit neceſſaria, demus enim neceſſariam eſſe in ipſo contractu, qui ex pactionibus novam naturam accipit, vult enim Zeno pactiones hunc contractum ſtricti juris poſſe formare, ſi modo ſcriptæ ſint, ut vel in hoc differat a contractibus bonæ fidei. Ex his appareret, emphyteuſim ex variis pactionibus, quæ videbantur eſſe extra naturam

recepti contractus, varia nomina accepiſſe, & tandem, FEUDI nomen ſumpſiſſe, quia communia quædam cum feudo habere poteſt, ut ſi obſequium quoddam, vel ſervitium perſonale ex expreſſa conventione emphyteuta præſtare teneatur, ut fit in his dationibus, quas Conſuetudines Franciæ vocant *Coterie*, ut docuit rerum noſtrarum peritiſſimus Præſes Monetæ Fauchetius, & ut feudum paſſim beneficium dicitur, eodem nomine vocari reperio emphyteuſim in Cod. Viſigoth. *lib.* 10. *tit.* 1. *l.* 11. porro quidquid hic contractus extrarium recepiſſe videtur, id omne manaſſe dicendum eſt, ex hac conſtitutione, ut id cenſeatur eſſe, ex natura contractus, ſi ita nominatim, ſcriptura interveniente, convenerit, ut recte uſus hoc docuiſſe videatur, in tanta varietate pactionum ſcripturam eſſe neceſſariam, ut nihil ipſo jure ineſſe videatur præter id, quod de caſibus fortuitis in *h. l.* Zeno conſtituit, & quod Juſtin. in *l.* 2 de ejectione, & in *l.* 3. de alienatione juris emphyteutici. Ex hac igitur conſtitutione, ſi nihil nominatim dictum ſit de caſibus fortuitis, prædii amiſſi periculum pertinet ad dominum, ut ſi fundus chasmate, vel domus incendio perierit, ſed ſi portio dumtaxat perierit, vel aliud damnum contigerit, ſalva rei ſubſtantia, hoc damnum pertinet ad emphyteuticarium, nec propter vim majorem remiſſio fit, quaſi hoc initio conveniſſe videatur, ut omni caſu præſtetur certa penſio, quæ huic fini modica conſtituitur, ut colligere licet ex Nov. 7. Addit tamen temperamentum Bartolus in rei peremptione, oportere tantam rei partem remanere, ut ex ea percipere ſaltem poſſit emphyteuta id, quod nomine canonis ſolvitur, quod videtur æquiſſimum, & licet, ait Fulgoſius, littera id non dicat, tamen Bartolus habet neminem contradicentem. Reſtat, ut conſtituamus, quæ actio danda ſit ex hoc contractu, quem certum fecit Zeno, qua de re nihil nominatim reperitur ſcriptum, & quod ad emphyteutam attinet, eum habere conſtat veterem actionem in rem jure civili inductam, qua jus ſuum tueri & perſequi poteſt etiam adverſus dominum *l.* 1. *D. ſi ag. vectig.*, *id eſt*, *emphyt.* ei autem, qui in rem actionem habet, minus videdetur neceſſaria actio perſonalis arg. *d. l.* 1. §. 1. *D. de ſuperfic.* ex cujus vera interpretatione colligere licet, prudentes hanc actionem induxiſſe, quia dubitabatur de actione perſonali, an locati conducti, vel empti venditi exiſteret. Sed hodie, formato hoc contractu nova lege, dicendum eſt, competere condictionem ex hac lege, *l. unic. C. de condict. ex lege*, quod & Gloſſa notat, quæ male tamen cenſet, agi poſſe quoque actione incerta præſcriptis verbis, nam ſi certus contractus eſt, actio quoque certa ac directa eſſe debet, ſed ut colligitur ex lege 2. *infra h. t.* plerumque ſubjicitur his contractibus ſtipulatio pœnalis, ex qua quoque agere licet.

Ad

Ad Legem 2. *C.* de de jur. emph.

IMP. JUSTINIANUS A. DEMOSTHENI P. P.

In emphyteuticariis contractibus ſancimus, ſiquidem aliquæ pactiones in emphyteuticis inſtrumentis fuerint conſcriptæ, easdem & in omnibus aliis capitulis obſervari, & de rejectione ejus, qui emphyteuſin ſuſcepit, ſi ſolitam penſionem, vel publicarum functionum apochas non præſtiterit: ſin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, ſed per totum triennium neque pecunias ſolverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere, nulla ei in poſterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum, quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda, ſed omnimodo eo, ſi dominus voluerit, repellendo, neque prætendente, quod non eſt, ſuper hac cauſſa inquietatus: cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem exſpectare, ſed ultro ſe offerre, & debitum ſpontanea voluntate perſolvere, ſecundum quod & anteriore lege noſtri numinis generaliter cautum eſt. Ne autem ex hac cauſſa facultas oriatur emphyteutas ſuos repellere, & reditum minime velle ſuſcipere, ut ex hujusmodi machinatione, triennio elapſo, ſuo jure is, qui emphyteuſin ſuſcepit, cadat: licentiam ei concedimus, atteſtatione præmiſſa, pecunias offerre, hisque obſignatis & ſecundum legem depoſitis, minime dejectionis timere periculum.

Confirmat Juſtin. in *h. l.* 2. id, quod Zeno induxerat in *l.* 1. pactiones quascumque factas in omnibus caſibus, ſpeciebus, & capitulis inter dominum & emphyteuticarium eſſe ſervandas, & ſpecialiter in eo, quod convenerit de ejectione emphyteuticarii, ſi ſolitam penſionem, vel publicarum functionum (tailles) apochas non præſtiterit. Videtur quidem hoc eſſe ex natura hujus contractus, quem a civitatibus cœpiſſe docui, ut, non ſoluto canone, liceat auferre prædium. *l.* 1. *D. ſi ager vectig.* §. *adeo* 3. *Inſtit. de locat. & cond. l.* 1. *C. de admin. rer. public.* cui rei, exemplo locationis, præſtitutum fuiſſe videtur tempus biennii *l. quæro* 54. §. *inter* 1. *l. cum domini* 56.

D. locat. ut D. Cujacius docuit *ad Nov.* 7. aliquando expreſſa conventione certum tempus adjiciebant *l. lex vectigali* 31. *D. de pign.* & hoc jus obtinuit primum in prædiis vectigalibus civitatum, de quibus dictas leges accipiendas eſſe, ex communi ſententia eruditorum, confirmavi. Idem poſtea receptum fuit in fiſcalibus prædiis datis jure emphyteutico. *l.* 2. *C. de fund. patrimonialib. l.* 2. *C. de ſuſceptorib.* ut, non ſoluto canone, ſit commiſſo locus, id eſt, ut committatur & acquiratur prædium fiſco. Nec obſtat *lex* 4. *C. eod. tit. de fund. patrim.* quæ D. Cujacium in hanc ſententiam traxit, emphyteuticarium fiſcalem ob non ſolutum canonem non amittere jus emphyteuticum, ſed amitti prædium ab eo, qui non ſolvit tributum, & eſſe commiſſo locum ob non ſolutum tributum, non autem, ob non ſolutum canonem emphyteuticarium. Non obſtat, inquam, dicta lex 4. quæ nominatim loquitur de prædiis emphyteuticis, & de canone, quem ſolvit emphyteuta ratione prædii emphyteutici, non de tributo, ſed animadvertendum eſt in *d. l.* 4. tractari de prædiis patrimonialibus & emphyteuticis deſertis a primis poſſeſſoribus, ob ſterilitatem, aut alio modo ad domum Principis devolutis, quos Princeps, ut colligere licet ex *l.* 2. *C. de fundis rei privatæ.* poſcentibus concedebat, ea tamen lege, ut commiſſi metus non eſſet, ut hac ſcilicet benigna conditione inducti lubentius accederent ad petitionem horum fundorum, quos nova conceſſione, vel jure dominii concedebant, ut conſtat ex *d. l.* 4. vel ſimpliciter in perpetuum locabant *l. ult. C. Theod. de locat. fundor. jur. emphyt.* Cæterum regulariter in prædio emphyteutico patrimoniali commiſſo locus fuit *l.* 3. *Cod. Theod. de admin. tut.* ex qua ſumpta eſt *l. ſi tutoris* 23. *C. eod. tit.* eſt enim conſtitutio Conſtantini, quam erudite Anianus & Accurſius accipiunt de fundo emphyteutico fiſcali, quod ſuadent hæc verba, quæ extant in Cod. Th. *poſſeſſiones juris emphyteutici*, ſic enim loqui ſolent conſtitutiones de fundis patrimonialibus jure emphyteutico datis. Tribonianus dictæ legis verba interpolavit, ut ex uſu ſui temporis dictam legem generaliter etiam traheret ad prædia jure emphyteutico data a privatis, de quibus agitur in *d. l.* 2. & videtur commiſſum locum habuiſſe non ſolum in patrimonialibus prædiis, quæ jure privato concedebantur, & quæ in perpetuum locabantur, ut docui ad Rubricam, & ita accipienda eſt *d. l.* 2. *de fund. patrimonialib.* de quolibet fundo patrimoniali, quia generaliter loquitur de quacumque penſitatione patrimonialis fundi ſeu auraria, ſeu frumentaria, quam male de tributis accipit Cujacius. Nec verum eſt, quod tentat vir quidam doctus hujus ſæculi, (Loyſeau) qui eruditum ſyntagma Francico idiomate ſcripſit *du deguerpiſſement*, (*lib.* 1. *ch.* 4. *num.* 19, 20.) hac in re differentiam eſſe conſtituendam inter fundos patrimoniales juris emphyteutici & fundos patrimoniales juris privati. Quod ſi fuit commiſſo locus in fundis patrimonialibus juris privati, non male ab hoc jure ducto argumento dici poteſt, commiſſo quoque locum eſſe in contractu, quem *cenſualem* vulgo vocant, quod & Cujacio placuit *in fine recitationis ad hanc legem*, ut commiſſo locus ſit in omnibus annuis reditibus, hunc enim cenſualem contractum originem ſuam trahere ab hoc jure privato, quo fiſcus prædia patrimonialia concedere ſolebat, jam teſtatus ſum & multis argumentis alias, ſi Deus dederit, confirmabo. Separatur cenſualis contractus ab emphyteuſi, vel pre-

ca-

caria, quæ nihil aliud eſt, ut dixi, quam emphyteuſis ſua pactione firmata, notiſſima conſtitutione Caroli Magni, quæ exſtat in *lib.* 4. *legis Francicæ*, *ſi quis*, inquit, *in cenſibus reddendis & precariis renovandis negligens fuerit*, hos enim contractus in dationibus prædiorum majores noſtri uſurpaſſe videntur, & precariam, vel libellariam paſſim vocaſſe contractum emphyteuticum, quo ſenſu Gerbertus, qui floruit ſub Hugone Capeto Rege noſtro *in Epiſt.* 6. ita ſcribit ad Adelaidem Auguſtam. *Cum de beneficiis & libellariis ex parte veſtra, velle ex voto Domini Cæſaris executi ſumus*, id eſt, de feudis & emphyteuſibus, quibus ſcilicet terras concedere ſolebat, quas tamen facile auferri ægre ferebat, ut ſuadent verba, quæ ſequuntur, *terram, quam noſtris fidelibus heri conceſſimus, cras auferemus*, feuda enim nondum erant perpetua, & precarias ex conventione expreſſa plerumque, præſtituto tempore, revocare licebat, ut docet Codex Viſigoth. *lib.* 10. *tit.* 1. *l.* 12. ſi per precariam epiſtolam certus annorum numerus fuerit comprehenſus, ita ut ille, qui ſuſceperit terras, poſt illud tempus domino reformaret, juxta conditionem placiti terras reſtituere tenetur. Erat igitur ex hac pactione precaria emphyteuſis temporalis precariæ nomine; in hoc Regno Eccleſiis data fuit a poſſeſſoribus prædiorum eccleſiaſticorum certa pars fructuum, & præterea de unaquaque caſata cenſus nomine præſtabantur denarii duodecim, ut ex his, quæ vir doctus annotavit ad capitularia Caroli Magni in verbo *precaria* colligere licet, & ita in d. conſtitutione Caroli Magni, *ſi quis de nonis & decimis cenſibus reddendis, precariis renovandis.* tria, vel quatuor præſtationum genera poſſumus obſervare, nonas enim præſtabant ex cauſſa precariæ; decimas jure communi, quo ſcilicet decima fructuum debentur, cenſum vero denariorum jure cenſuali & inſuper aliquid certo tempore pro renovatione precariæ; & hodie cenſus nomine præſtatur certa pecunia, ſed modica, & inſuper reditus nomine certa penſitatio frumentaria, ſic enim commiſcentur & confunduntur hi contractus, adeo ut contractus cenſualis dicatur emphyteuſis in *cap. conſtitutus extra de religioſis domib.* ut erudite Gloſſa notat. Falſum tamen eſt, quod docet, generaliter in re cenſuali commiſſo non eſſe locum, quæ communis eſt Canoniſtarum ſententia, quam erudite rejicit Joannes Faber in §. *adeo* 3. *Inſtit. de loc. & conduct.* nam in ſpecie *d. cap.* hoc tantum obtinet in Eccleſiis, ſub certo cenſu conceſſis Monaſteriis ab Epiſcopis, nec ad omnes res cenſuales trahendum eſt, ut concludere liceat, veterem eſſe juris regulam, quam veteres Franci probaverunt; ut conſtat ex capitularibus Caroli Magni, *additione ultima cap.* 18. *qui negligit cenſum, perdat agrum*, ubi cenſus generaliter dicitur de quacumque præſtatione, ut in *tit. decretal. de cenſibus.* & obſervandum eſt, quod nominatim ait *d. cap.* 18. hoc eſſe juxta legale & antiquum dictum, eſt enim vetus traditio ex jure civili deſumpta, quam locum habuiſſe jam probavi tam in patrimonialibus prædiis juris emphyteutici, quam in prædiis patrimonialibus jure privato a Principe datis. Idem obtinere vult Juſtin. in *h. l.* 2. in fundis jure emphyteutico conceſſis a privatis, ut poſt triennii ceſſationem liceat expellere emphyteutam. In prædiis civitatum, & prædiis fiſcalibus videtur ſufficere ceſſatio biennii exemplo locationis, quod tempus in emphyteuſi eccleſiaſtica obſervandum eſſe, poſtea Juſtin. conſtituit in nov. 120. Sed

quæritur, an propria auctoritate expellere possit dominus emphyteutam? & vulgo receptum est, id domino non esse permittendum, quod Cujacius probat arg. *l. pen. supra de locat. & cond.* & *l. lex vectigali* 31. *D. de pignor.* sed verius esse, non dubito, id disertis verbis permittere Justin. in *h. l.* & evidentius in *nov.* 7. & 120. quod & Visigothos, quorum leges propius accedere ad jus civile, D. Cujacius docet in *lib. feudor.* admisisse reperio, & in suum codicem ex usu recepto transtulisse *lib.* 11. *tit.* 9. *l.* 11. his verbis: *Quod si canonem constitutum singulis annis implere neglexerit, terras dominus, pro suo jure defendat, quia sua culpa beneficium, quod fuerat consecutus, amittit, qui placitum non impleſſe convincitur.* Nam quod ait *terras defendat* id plane sumptum ex *d. nov.* 7. *cap.* 3. §. *scire autem*, ubi vetus interpres utitur eodem verbo *defendere*, pro quo Julianus anteceſſor habet prædia abstrahere, neque obstant leges a D. Cujacio & Glossa allatæ, quia his novis constitutionibus nominatim hoc jus concedit domino Justinianus, & ita in hac specie formal naturam hujus contractus, ut Zeno in *l.* 1. in casibus fortuitis, de quibus omnibus, hoc contractu constituto & separato a locatione & venditione, merito dubitari potuit. Hoc autem ita Justinian. permittit, ut nullam habere possit emphyteuta reputationem, vel imputationem meliorationum, quæ Græco nomine ἐμπονήματα dicuntur, ut Julianus anteceſſor docet ad *d. nov.* 7. cujus tamen reputationis in ejectione emphyteutæ olim habitam fuisse rationem, non dubito. Confirmat hanc interpretationem, quod Justin. ait, nulla in posterum allegatione nomine meliorationum, vel pœna imponenda, quod ait, *in posterum*, his enim verbis innuit ante hanc constitutionem hanc allegationem fuisse admissam, & idem videtur de pœna dicendum, quam quoque in posterum non vult esse opponendam. Sed ut dicam ingenue, valde anxius sum super interpretatione hujus pœnæ. D. Cujacius in *recitat. ad h. l.* probat Azonis sententiam, quam quoque Glossa affert, ut si emphyteuta pœnam sit stipulatus a domino, si expelleretur, & expellatur ab ceſſationem triennii, non possit emphyteuta agere ex stipulatu de pœna, nam casus hic semper exceptus intelligitur in hac stipulatione, nisi ceſſaverit in solvendo *d. l. quæro* 54. §. *inter* 1. *D. locat.* sed si hoc admittimus, dicendum est, pactionem fuisse interpositam inter dominum & emphyteutam super ipsa ejectione, & tamen, quod Justin. constituit, procedere tantum potest, cum, ut nominatim ait, nihil super hoc capitulo fuerit pactum, quod si convenerit, ne emphyteuta expellatur ob ceſſationem pensionis, valere hanc pactionem Glossa admittit, & hoc certi & indubitati juris esse, Cujacius ostendit, sedulo rejectis his, quæ contra possunt afferri. Et quidem, hæc sententia videtur confirmari initio hujus l. cum ait: *valere quascumque pactiones in emphyteuticis instrumentis conscriptas in omnibus capitulis & de rejectione ejus, qui emphyteusim suscepit*, quod si valet hæc pactio, ne expellatur, ex communi & recepta sententia, consequens est, valere stipulationem pœnalem, qua sibi cavere voluit emphyteuta: cum etiam eo casu, quo pactio non valet, valere possit stipulatio pœnalis *l. pen. D. de pact. juncta l.* 11. *D. de relig. & sumpt. l. stipulatio & a* 38. § *alteri* 17. *D. de verb. oblig.* De hac igitur pœna non videntur accipienda Justiniani verba, ne etiam hoc sequatur, non valere pactionem habi-

tam

tam de non expellendo emphyteuta, ob non ſolutam penſionem. Itaque placeret magis, hæc verba eſſe intelligenda non de ſtipulatione pœnali interpoſita ex parte emphyteutæ, ſed ex parte domini, qui pœnam ſtipulatus ſit, ſi penſionem non ſolvat emphyteuta, quaſi hac ſtipulatione, qua ſibi nominatim cavet, renuntiare videatur juri commiſſi, ut hoc poſſit recte intendere emphyteuta, non eſſe commiſſo locum, ſed pœnam eſſe exigendam, quam ſolvere paratus eſt, cujus allegationis nullam rationem eſſe habendam vult Juſtin. & Accurſius ipſe, qui hanc quæſtionem proponit, an hac ſtipulatione pœnali commiſſo videatur renuntiare dominus, recte reſpondet, non videri dominum renuntiare commiſſo, quod veriſſimum eſſe, oſtendit Cujacius, nam ſicut, inquit, ſtipulatio pœnalis non tollit ſortis obligationem, niſi aliud agatur, ita non tollit jus commiſſi, quod libere dominus exercere poteſt. Ad hanc igitur pœnam reſpexiſſe videtur Juſtin. dum ait, *vel pœna opponenda*, ſed adhuc vereor, ne ſub his verbis lateat alius reconditus ſenſus, quo magis ac magis confirmetur id, quod docui eſſe veriſſimum, poſſe dominum emphyteutam propria auctoritate expellere & ingredi poſſeſſionem fundi ſui, vel ſine judicis auctoritate. Hunc dum eruere tento, commodum occurrit interpretatio Odofredi veteris interpretis, quem inter cæteros tanquam eximium, & accuratum doctorem ſtudioſis ſuis indicantem & laudantem ſæpe audivi D. Cujacium tam publice, quam privatim, vult igitur Odofredus hæc verba, *vel pœna opponenda*, non eſſe accipienda de hac, vel illa ſtipulatione pœnali, ſed de pœna, quam conſtitutiones induxerunt adverſus invaſiones, quæ circa res ſoli etiam ab ipſis dominis fiunt §. *quod non ſolum* 1. *Inſtit. de bonis vi rapt.* ut dominus, qui ante adventum judiciarii arbitrii prædium ſuum invadit propria auctoritate, dominium amittat *l. ſi quis in tantam* 7. *C. unde vi.* quam in Italia eodem fere tempore recentavit Athalaricus, Rex Gothorum, edicto propoſito, quod exſtat apud Caſſiodor. *lib.* 9. *cap.* 18. & hanc pœnam, vel aliam legitimam, qua, ut loquitur lex 5. *C. unde vi.* invaſor tenetur, conſtituit Juſtinianus, non poſſe emphyteutam domino opponere, ut idem plane ſit, quod conſtituit *l. devotum poſſeſſorem* 5. *C. de metatis & epidemeticis lib.* 12. *tit.* 41. qua recte Accurſius in h. l. utitur, ut doceat, dominum habere plenum jus emphyteutæ expellendi, nam quemadmodum dicta lex vult, poſſeſſorem habere facultatem propria auctoritate expellendi metatoris, qui præparandi hoſpitii gratia ad poſſeſſionem accedit ſine metu criminis, vel pœnæ, ita quoque Juſtin. vult, dominum ſine metu pœnæ poſſe expellere emphyteutam poſt ceſſationem triennii propria auctoritate, nec poſſe emphyteutam opponere pœnam, qua dominus, tanquam invaſor, teneri videtur, ut utroque caſu jus ſingulare inducat Juſtin. non poſſe in poſterum opponere emphyteutam retentionem meliorationum, quam antea potuit opponere, neque pœnam, quam ante hanc conſtitutionem potuit quoque opponere, quaſi dominus videatur invaſor, qui ſine judice de prædio emphyteutam expellit. Verum enimvero hæc interpretatio, quæ prima fronte videtur plauſibilis, cumulate non facit ſatis animo meo, nam ſi creditor, cui ex conventione expreſſa licet, non ſoluta pecunia, ingredi poſſeſſionem fundi pignori oppoſiti, vim facere non videtur, ſi legem conventionis exerceat *l.* 3. *C. de pignor.* multominus

vim

vim feciſſe videri poteſt dominus, qui in traditione rei hanc legem dixit, ut ſibi ejicere liceat emphyteutam, quam proprie eſſe non ſolum ex natura, ſed etiam ex ſubſtantia hujus contractus, plusquam manifeſtum eſt, ex *d.* §. *adeo* 3. & ex *d. l.* 1. *D. ſi ager vectig., id eſt, emphyt.* Non poteſt igitur teneri tanquam invaſor pœna conſtitutionibus inducta, nec hanc pœnam reſpicit Juſtin. cum permittit domino, non ſoluta penſione, præſtituto tempore prædium, quod dedit, abſtrahere, ut loquitur Julianus anteceſſor, imo Juſtinian. his verbis, *vel pœna opponenda*, hoc innuere videtur non valere contrariam pactionem, ne liceat domino ejicere, & ſtipulationi pœnali ineſſe ſemper hanc conditionem, ſi modo penſionem ſolvat, ut docet Paullus in *d. l. quæro* 54. §. *inter* 1. *D. locat. cond.* Neque obſtat, quod ait initio hujus legis, ut ſiquidem pactiones factæ ſint & de cæteris emphyteuſeως capitulis, & de ejectione emphyteutæ, easdem tam in aliis capitulis, quam in emphyteutæ rejectione ſervari, nam, quod de rejectione dicitur, non id accipiendum eſt, ut contraria huic contractui pactione paciſci liceat, ne omnino rejiciatur emphyteuta, ſed ut pactio valeat, quæ ſuper modo & tempore ejectionis, ut puta ne liceat intra decennium, ſi non ſolvat, expellere, cum liceat vulgo intra triennium, inter contrahentes habita ſit: vel, ut Græci interpretes rectiſſime, quo pacto, quave ratione emphyteutam rejicere liceat περὶ ᾧ πῶς δεῖ τὸν ἐμφυτευτὴν ἀποβληθῆναι *lib.* 20. *Synopſis Baſilicῶν tit. de emphyteuſibus cap.* 2. nam ſi de aliis quidem capitulis quædam pactiones factæ ſint; at nihil de eo dictum ſit, quo pacto emphyteutam oporteat requirere, tum ſi per triennium nec emphyteuticum canonem, nec tributorum publicorum apocham domino reddiderit, vult Juſtin. poſſe dominum emphyteutam expellere. Non eſt igitur verum, quod Cujacius admittit ex ſententia Gloſſæ, valere pactionem, ne liceat domino ejicere, nec hoc Juſtin. vult, ſed valere pactionem quamlibet factam ſuper modo ejectionis, hæc enim pactio, ut ejicere liceat, ita eſt ex ſubſtantia hujus contractus, ut ſine hac lege contractus ipſe ſubſtantiam non capiat. Neque obſtat, quod jam docui *ad l.* 1., licere pactionibus formare ſubſtantiam hujus contractus: nam hoc ita accipiendum eſt, ſalva tamen manente primæva contractus ſubſtantia, ſemper enim neceſſe eſt, eſſe emphyteuſim, quæ tum contrahitur, cum dominio remanente penes dominum, prædium ita datur, ut quandiu penſionem ſolvit emphyteuta, tamdiu non ejiciat, & quemadmodum non valet pactio, qua id agitur, ut dominium transferatur in emphyteutam, tunc enim non eſt emphyteuſis, & ita recte receptum eſt, cenſualem contractum, ex quo transfertur dominium, ſeparandum eſſe ab emphyteuſi, ut recte Gloſſa docet *ad d. c. conſtitutum*, quamvis improprie & abuſive in textu dicatur emphyteuſis; eadem quoque ratione dicendum eſt, non valere pactionem, qua id agitur, ne omnino ejiciatur emphyteuta; expungit enim ſubſtantiam emphyteuſeως, quæ non ſubſiſtit ſine hac facultate, nam, ut dicam explicatius, Zeno in *d. l.* 1. confirmat hunc contractum ea forma conceptum, quæ jam recepta eſt, & ſeparat a locatione & venditione, & in hoc contractu ita ſubſiſtente valere vult quascumque pactiones, remanentibus tamen primævis ſubſtantialibus contractus, & quamvis etiam in contractibus bonæ fidei pactiones, quibus extra ſubſtantialia contractus quid adjicitur,

tur, alium contractum conſtituant, ut v. g. ſi quis paciſcitur extra ſubſtantiam venditionis, ut dominium transferre teneatur venditor, non eſt emptio *d. l. ult. D. de condict. cauſſ. dat.* ſi in mandato, quod gratuitum eſſe debet, aliquid de pretio convenerit, non eſt mandatum, quia hac pactione mutatur jus & cauſſa mandati *l. Titius* 24. *D. de præſcript. verb.* quod & multis exemplis poteſt confirmari; plus tamen permittit Zeno, nam etſi contractus hic ſubſtantiam capiat ex ſola traditione fundi in emphyteuſim dati ſub dicta lege, paciſci tamen licet extra ſubſtantiam contractus, ut vel pecunia, vel aliud prædium detur, ut fit in libellaria & precaria: etſi enim dubitatum ſit, an precaria, vel libellaria ſit emphyteuſis, & Juſtin. ipſe in *Nov.* 7. libellariam, qua id agitur, ut pecunia detur initio, dicat eſſe juri incognitam: nam jus colonarium & παροικικὸν, de quo in *d. Nov* nihil aliud eſſe, quam libellariam, paſſim viri docti recte animadvertunt; tamen tandem obtinuit pleniſſime, accepta Zenonis conſtitutione, libellariam eſſe emphyteuſim, ut docet *d. Nov.* 13. Leonis, & ita licere hac pactione formare ſubſtantiam emphyteuſis, quod non fuit admiſſum de pactione, qua id agitur, ut dominium tranſeat, ut fit in cenſuali contractu, quia ſi hoc agitur, non poteſt ſubſiſtere emphyteuſis, ut veriſſimum ſit, quod Fulgoſius ait, valere pactiones in hoc contractu etiam extra ſubſtantialia, quæ tamen non valere poſſunt in contractu bonæ fidei, ſalvo contractu, at valere non poſſe pactionem, quæ omnino ſubſtantiam expungit, ut ſi agatur, ne omnino liceat ejicere, nam, ut pactio non valet, qua precarium revocare non licet certo tempore *l. cum precario* 12. *pr. D. de precario*, ita non valet pactio, qua emphyteutam expellere non licet, ſi penſionem non ſolvat. His cognitis, facilis eſt ſententia hujus legis, ſi nihil de eo dictum ſit, quo pacto emphyteutam ejicere liceat, imo ſi dictum ſit, non poſſe dominum ejicere, addita ſtipulatione pœnali, ne ejiciatur emphyteuta, vel ſi caveat ſibi dominus ſtipulatione pœnali, emphyteuta non ſolvente penſionem, licere domino ejicere emphyteutam, nec poſſe emphyteutam opponere pœnam in ſtipulationem deductam & meliorationes, ſi quas fecit, amittere, neque poſſe contendere, neceſſariam eſſe comminationem, vel admonitionem domini, ut in hac mora conſtituatur emphyteuta, quia mora contrahitur ex ſolo triennii lapſu ſine interpellatione, idque ex definitione generali *l. magnam* 12. *Cod. de contrah. & committ. ſtip.* quam dubio procul Juſtin. intelligit. Ne autem ex hac conceſſione occaſio detur dominis ſtruendæ fraudulentæ machinationis, ut ſi forte detrectent debitum canonem accipere, ut, elapſo triennio, ſuo jure cadant emphyteutæ, conſtituit Juſtin. in fine *h. l.* emphyteutas liberari a periculo dejectionis oblatione & obſignatione pecuniæ debitæ, quam dominum amittere conſtat ex conſtitutione Græca, qua idem Juſtin. diligentius emphyteutis cavendum eſſe cenſuit: eſt autem lex 32. *C. de Epiſc. aud.*

Ad Leg. 3. *C.* de jur. emph.

IDEM A. JULIANO. P. P.

Cum dubitabatur, utrum emphyteuta &c.

Emphyteuta in alium potuit transferre jus, quod in prædio habuit *l.* 1. *D. ſi ager vectig.* ſed poſteaquam hic contractus, qui antea dubitabatur, a Zenone certam & propriam naturam accepit, natæ ſunt quædam dubitationes ſuper eo jure tam reſpectu domini, quam reſpectu emphyteutæ. Quæſitum enim fuit, ſi nihil dictum ſit de modo ejectionis, quomodo non ſolventem dominus poſſit expellere, ut habuimus in *l.* 2. in hac vero *l.* 3. cum conſtaret, poſſe emphyteutam hoc jus transferre, proponitur hæc dubitatio, an transferre poſſit ſine conſenſu domini, & valere vult Juſtin. pactiones ſuper alienatione habitas, ut in *l.* 2. pactiones ſuper dejectione. Quod ſi nihil dictum ſit, vel quod dictum & conventum fuit, non poſſit probari; Juſtinianus uno caſu vult conſenſum domini, eſſe neceſſarium, ſi vendere velit jus emphyteuticum, ſi vendere, inquam, velit, non alio modo transferre, permutatione, puta, donatione, legato, datione in dotem, heredis inſtitutione, ut rectiſſime Cujacius, cujus ſententia confirmatur in libro Leonis & Conſtantini Imperat., qui exſtat in 2. *parte juris Orientalis tit.* 24. *de emphyteuſibus*, ubi ita ſcriptum reperio: „ Liceat emphyteutæ jus talis emphyteuſis relinquere „ heredibus ſuis, donare, in dotem dare, vel alio modo cedere, ac vendere, „ ſi modo prælationis cauſſa per atteſtationem domino ante venditionem emen„ dum hujusmodi jus exhibeat." Eſt igitur prælationi tantum locus in venditione, illo vero recuſante emptionem, ſine ullo impedimento poſt menſes duos ab exhortatione ad dominum perſonis non prohibitis, (quæ ſunt hæ perſonæ, recte Gloſſa expoſuit) & meliorationes & emphyteuſis ejusmodi jus poteſt vendere. Et hæc eſt brevis ſynopſis hujus legis propoſitæ in d. libro Leonis & Conſtantini. Sed in h. l. negotium faceſſit, quod diſertis verbis videatur Juſtin. ſeparare alienationem meliorationum ab alienatione juris emphyteutici, ut emphyteuta, qui melius fecit prædium, poſſit ſeparatim vendere meliorationem, vineam puta, quam inſtituit, aut olivetum aut pomarium, aut quid ſimile, vel ſeparatim vendere jus emphyteuticum, quod quibusdam & veteribus, & recentioribus placuit, ſed verius puto, non huic fini hæc ita diſtingui & ſeparari in *h. l.* ſed quia in emphyteuſim data fuerunt tam inculta & rudia prædia, quam exculta, emphyteuta, qui transfert jus, quod habet in fundo exculto, transferre videtur ſimpliciter jus emphyteuticum, qui vero melius fecit, transferre dicitur meliorationes ſimul cum jure emphyteutico, & ita in verſiculo *neceſſitatem* is, qui emit meliorationes, dicitur nominatim emphyteuta, perinde ac is, qui emit jus emphyteuticum. Ergo alienatione meliorationis transfertur quoque jus emphyteuticum, quam interpretationem confirmat dictus liber Leonis & Conſtantini. Cæterum quam-

vis

vis libere poſſit alienare emphyteuta ſine conſenſu domini, ſi modo non vendat, tamen ſemper & indiſtincte debetur domino taxata quantitas pro laudimiis, ut loquuntur interpretes, ſi donaverit, permutaverit, legaverit, vel inſtitutionis genere in alium transtulerit, ut recte Cujacius colligit ex his verbis, *quinquageſimam pretii eſſe præſtandam, vel æſtimationis loci, qui in aliam perſonam*, alio modo, quam venditione transfertur; ut laudimia referantur ad quamlibet alienationem, quæ ſententia tandem in foro prævaluit.

In D. Juſtiniani novellas Conſtitutiones.

Præfatio.

Novellæ, quas interpretandas ſuſcipio, ſunt novæ leges Juſtiniani ab eo in unum volumen redactæ, ut nominatim ait auctor Hiſtoriæ Longobardorum lib. 1. novellæ dictæ, quia noviſſime editæ, ut in *l.* 29. *C. de inoffic. teſtam.* novella conſtitutio D. Leonis eſt nova lex, quæ exſtat in *l.* 17. *C. de collat.* & in *l. ſi quis ex curia* 160. *C. Theod. de Decurion.* novella lex dicitur præcedens omnes, data iisdem conſulibus & calendis, ſunt igitur novæ leges, quas novarum emergentium rerum neceſſitas perſuaſit, ut Theodoſius Imperator dixit in præfatione novellarum & confirmat Conſtantinus Harmenopulus initio Breviarii, nec alia videtur quærenda hujus nominis ratio, nam falſum eſt, quod Cedrenus ait, Juſtinianum hoc verbo recentaſſe vetera jura. Fuit autem hoc volumen dictum authenticum a veteribus interpretibus, eadem forma, qua veteres Theologi utriusque teſtamenti libros authenticos vocarunt ad differentiam Doctorum & Tractatorum, ut loquebantur, qui ſacros libros enarrarunt, quod colligere licet ex Sidonio Apollinari *epiſtola* 9. *lib.* 7. illo loco *tam per authenticos, quam per diſputatores*, Claudiano Mamerco. *lib.* 1. *cap.* 1. *de ſtatu animæ* & *lib.* 2. *cap.* 1. *a tractatoribus*, inquit, *accedunt ad authenticos*, quibus addo Hildebertum Archiepiſcopum Turonenſem in ſermone ſynodico, & Petr. Venerab. *lib.* 2. *epiſtolarum epiſt.* 2. ſic igitur hoc volumen, quo continetur interpretatio novellarum ad litteram, ad differentiam explicationis Julianæ, quæ continet potius interpretationem doctoris & tractatoris, quam verſionem textus.

Ad Novellam primam.

De heredibus & Falcidia.

Quod initio ait, Perſas conquieſcere, repetendum eſt ex 2. libro Procopii *de bello Perſico*, qui &, hoc bello confecto, *lib.* 1. *de bello Vandalico* narrat, ſtatim bellum Vandalicum cœptum fuiſſe ad vindicandam Africam e manibus Vandalorum, quod & colligere licet ex toto titulo Cod. *de officio præfecti prætorio Africæ*, & omni ejus diœceſeos ſtatu, qui tum conſtitutus fuit a Juſtiniano, erat enim antea Africa ſub diſpoſitione Præfecti Prætorio Italiæ, ut docet Notitia utriusque Imperii, & probant hi Claudiani verſus.

—— —— Quot in ordine gentes
Rexerit, Italiæ late dum regna teneret
Illyricosque ſinus, & quos arat Africa campos.

Ammian. Marcell. *lib.* 26. *c.* 5. *Orientem regebat, poteſtate præfecti Salluſtius, Italiam cum Illyrico & Africa Mamertinus.* Hoc eſt igitur, quod hoc loco Juſtinianus ait, Carthaginienſes antiquam recuperaſſe libertatem, & ita nominatim Beliſarius apud eundem Procopium, profitetur, ſe in Africam veniſſe, ut Carthaginienſibus antiquam libertatem redderet. De Iſauris vero, a Juſtiniano ſubjugum miſſis, inſignis exſtat Agathiæ locus *lib.* 5. *Hiſtor.* ubi & nominatim hanc novellam adfert. Porro has non ſolum publicas curas, quæ pertinent ad ſtatum rei Romanæ, Juſtinianus ait ſe in animo volvere, ſed & oriri quotidie privatas, quæ nempe pertinent ad negotia privatorum, quibus ſe competentem formam dare ait, ſic enim ille locus enarrandus, & male omnino veteri interpreti ἰδιωτικαὶ φροντίδες ſunt Juſtiniani propriæ curæ, &, quod ait *competentem formam*, cave, ne dicas cum Accurſio *quandoque ſpecialem*, *quandoque generalem*, hæc enim verba ſunt accipienda de reſcriptis Principum, quibus reſpondent ad preces privatorum, reſcriptis, inquam, ſpecialibus, ut in §. 1. *Inſtit. de adopt.* §. 1. *vſ. pari quib. mod. jus patr. poteſt. ſolvitur.* §. *ſciendum* 6. *de hered. qualit. & differ.* ſed cum quædam ſunt, quæ poſſunt generali conſtitutione comprehendi, de his putat eſſe definiendum, ut ſine nova Principis juſſione ipſo jure & beneficio legis remedia unicuique competant, nam eleganter Ariſtoteles ait *lib.* 1. *rhetor.* legislatoris judicium non eſſe de rebus ſingulis nec de præſentibus, ſed de futuris & univerſalibus. Nec prætermittam hoc loco, Accurſium erudite hæc verba interpretari *per partes*, id eſt, per ſingulos homines, a quibus conſulimur, & ita D. Hieronym. *in Eccleſiaſten cap.* 3. *intellexi*, inquit, *non per partes Deum & per ſingulos judicare:* & inde corrigendus & explicandus Plinii locus *Hiſt. Nat. lib.* 29. *cap.* 1. cujus hæc ſunt verba. *Decuriæ pro more cenſuris principum examinantur, inquiſitio per parietes fit.* Locus eſt de ritu exercendorum judiciorum publicorum, in quo quid faciat inquiſitio iſta per parietes, omnino

no eſt inauditum: ſed retrahenda eſt fugitiva lectio, quam retinent libri manu exarati, & legendum *inquiſitio per partes fit*, id eſt, per ſingulos ſenatores, qui nempe diligenter ſeligebantur & edecumabantur e multis, ideo dicti ſelecti judices, ut illo Ovidii verſu 1. *amorum.*

Non bene ſelecti judicis arca patet.

Et 2. *Triſtium.*

Nec mea, ſelecto judice, juſſa fuga eſt.

Et apud Horat. *Satyr.* 4. *lib.* 1.

Unum ex judicibus ſelectis objiciebat.

Sic igitur capiendus Plinius, ut non ſolum decuriæ cenſuris principum, vel cenſorum, ut apud Tacitum 3. annal. ſed etiam ſenatores examinentur. Caſus autem, qui proponitur in prima parte hujus novellæ, eſt de perfidis & fraudulentis heredibus, qui non obtemperant voluntati defuncti ἀγνωμόνως, ut loquitur, id eſt, ut veteres Gloſſæ recte interpretantur, fraudulenter, perfide, & eleganter iisdem veteribus Gloſſis ἀγνώμων, id eſt, inficiator, qua tamen ſignificatione hanc vocem a veteribus Græcis non fuiſſe uſurpatam, nominatim notat Ulpianus, interpres Demoſthenis in Olynthiaca 2. ſed, his relictis, ad pleniorem interpretationem primæ partis noſtræ novellæ veniamus. Vult igitur hac novella Juſtinianus, heredes, qui intra annum non implent voluntatem teſtatoris, privandos eſſe hereditate, vel hereditaria portione, quam tamen non vult fiſcum vindicare, ut jure antiquo obtinuit, quod hoc loco D. Cujacius diligenter expoſuit ex *lib.* 3. *ſentent. Paulli tit. de his, quæ ut indig. auf.* ſed eam defert, vel ſubſtitutis, vel coheredibus, vel fideicommiſſariis & reliquis, de quibus infra latius dicam; aptiſſimum autem exemplum hujus novæ conſtitutionis repetere poſſumus ex *l.* 27. *C. Theod. de Epiſc. & cleric.* & notiſſima epiſtola D. Ambroſii adverſus Symmachum, & ex epiſtola D. Hieronymi ad Nepotianum, qua nempe clerici, inſtituti a Diaconiſſis, removentur a ſucceſſionibus & hereditatibus, nec tamen bona, tanquam caduca, vel ereptitia deferuntur fiſco, ſed habetur ratio ſucceſſionis ab inteſtato, & heredes legitimi fiſco præferuntur, etſi forſitan minus ſolemni voluntate alicui hereditas data ſit, puta, codicillis, vel ſi cui legatum aut fideicommiſſum relictum ſit, & concurrat denique teſtamentum, in quo nihil deëſt ex ſolemnibus juris, cum minus ſolemni voluntate, ſubmotis atque dejectis clericis legitime inſtitutis præfertur is, cui hereditas codicillis directo data eſt, vel, eo non exiſtente, is, cui legatum aut fideicommiſſum relictum eſt: & obſervanda omnino illa clauſula in *d. l.* 27. *& ſubmotis his atque dejectis*, id eſt, clericis in teſtamento inſtitutis heredibus, *in hereditariis corporibus poteſtate utatur heredis*, is nempe, cui codicillis data eſt hereditas, vel legatum aut fideicommiſſum relictum, huic clauſulæ ſimilem habemus novellam de perſonis a Juſtiniano hac nova lege vocatis, quas beneficio hujus legis vult habere jus, ſive poteſtatem heredis, vel, ut Juſtinianus loquitur, jus aditionis, vel pro herede

geſtionis, id eſt, ut, qui ſunt hac lege vocati, ita poſſint adire & cernere hereditatem, ut ſi nominatim a teſtatore ſcripti, vel nuncupati eſſent, & cum *legem* dicit, jus civile intelligit, quod & legitimum dicitur in *l. ſi in adoptionem* 11. §. *ult. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* eſt quidem aditio, vel cretio ex XII tab. & ideo actus legitimus dicitur *l. actus* 77. *D. de reg. jur.* ſed pro herede geſtio eſt ex jure civili, & non dicitur actus legitimus eo ſenſu, quo ea legitima dicimus per eminentiam, quæ ex XII. tab. deſcendunt, & animadvertendum eſt, ab Juſtiniano in his libris leges plerumque vocari ipſa reſponſa JCtorum, quæ pro legibus non male habentur, cum faciant nobiliſſimam partem juris civilis, & ita Tertull. in *lib. de anima*, quod, ſe invenisſe, ait, in jure civili, mulierem quamdam quinionem enixam filiorum, id invenerat apud JCtos, ut colligere licet ex *l.* 3. *D. ſi pars hered. petat.* & ex *l.* 7. *D. de reb. dub.* & ſine ulla dubitatione Juſtinianus hoc loco intelligit JCtorum reſponſa, quæ paſſim dicere ſolent, heredem fieri per aditionem, vel pro herede geſtionem, ut in *l. ex facto* 43. §. *ult. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* & in *l. filiusfam.* 18. *D. ad leg. Falcid.* cum ſimilibus. Heres igitur ſcriptus, qui non obtemperavit voluntati defuncti, heres eſſe definit, ut rectiſſime Doctores hoc loco notant, nec obſtat, quod vulgo dici ſolet, eum, qui ſemel heres exſtitit, non poſſe deſinere eſſe heredem *l. ait prætor. 7.* §. *ſed quod Papiniano* 10. *D. de minor.* hoc enim ita accipiendum eſt, ut poſt aditionem ſuo facto, puta, repudiando hereditatem ſemel aditam, vel prætoris auctoritate, puta, ſi poſt aditionem in integrum reſtitutus ſit a prætore, non deſinat heres eſſe, qui ſemel exſtitit, nam, ut prætor non poteſt facere dominum, vel heredem. §. 1. *Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* ita nec exheredem facere poteſt, at contra lex facere poteſt dominum, vel heredem, & facere, ut, qui ſemel heres exſtitit, deſinat heres eſſe *d. l. ex facto* 43. §. *ult. l. in ſubſtitutione* 31. *pr. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* & nominatim hereditate ablata heredi, quaſi indigno, eum amplius heredem non eſſe ſatis innuit Ulpianus in *l. ſi quis fuit heres* 33. *D. de relig. & ſumt. fun.* ratio eſt, quia id lege fit, vel SCto, vel conſtitutione Principis. Sed an pœna hac novella conſtituta, qua conſultum eſt legatariis & fideicommiſſariis, ceſſare debeat, ſi quædam alia pœna a teſtatore teſtamento addita fuerit, tractari eleganter poteſt. Pœnam aliquando nominatim a teſtatoribus additam fuiſſe, probant *l.* 6. *pr. & l. in teſtamento* 27. *D. de condit. & demonſtrat.* cum antiquis inſcriptionibus in hanc rem a D. Cujacio notatis, & his verbis hanc pœnam fuiſſe conceptam lego in veteri membrana, quæ continet formulam antiquam teſtamenti, „ Si quis autem de he„ redibus meis contra hoc teſtamentum, vel diſpoſitionem, quid facere tentave„ rit, pœnæ nomine det coheredibus ſuis auri optimi libras tres, & poſt ſolu„ tionem hoc meum teſtamentum in ſua maneat firmitate." An igitur hoc caſu admittimus, ceſſare pœnam hujus conſtitutionis, quod placuit D. Cujacio? Ego dubito, quia, ut eleganter Quintilianus ait in Declamatione quadam, potentius eſt, quod in albo legis ſcriptum eſt, cui nullum præjudicium teſtamentum facere poteſt, & ut eſt in vulgata *l nemo* 55. *D. de legat.* 1. nemo facere poteſt, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, niſi alia expreſſa lege nominatim cautum ſit, ut id teſtatori facere liceat, & ita conſtat,

ſtat, neceſſariam fuiſſe conſtitutionem Marci & Commodi, quæ exſtat in *l. 2. C. ut in poſſeſſ. legator. vel fideicomm. ſervand. cauſſ.* ut liceret teſtatori remittere cautionem legatorum, & quia nulla lex permittit teſtatori remittere cautionem uſusfructus, quæ ex SCto, vel edicto prætoris interponitur, certiſſimum eſt, hanc cautionem teſtatorem non poſſe remittere. *l. 8. D. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſ. l. 1. C. de uſufr. l. pen. C. ut in poſſeſſ. legat.* nec ſi minor quædam pœna, quam legibus introducta eſt, in ſtipulationem deducatur, agi poteſt ex ſtipulatu *l. 19. D. de verb. obligat.* quia, ut eleganter JCtus ait, pœnis legum contenti eſſe debemus, quas nobis mutare non licet, quibus omnibus adde, falſum eſſe id, quod quidam ex Doctoribus aſſeverare tentarunt, proviſionem hominis, ut loquuntur, tollere proviſionem legis, ut idem vir præſtantiſſimus docuit *l. 24. Obſerv. cap. 26.* His igitur obſervationibus & rationibus fretus vix poſſum admittere, teſtatorem cautione privata poſſe tollere jus publicum, quo introductum eſt, hereditatem eſſe auferendam heredi, quæ tamen ſemper tota non aufertur, nam legitima portio relinquenda eſt certis perſonis jure naturæ κατὰ φύσιν, quæ pars naturale debitum audit in *l. 36. §. 1. D. de inoff. teſtam. l. unica C. de impon. lucrat. deſcript.* quia, quemadmodum quarta hereditatis, quæ heredi ſcripto ex lege Falcidia datur, deberi dicitur jure teſtamenti, jure hereditario *l. qui duos 42. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 14. pr. D. ad leg. Falcid.* quia nempe in teſtamento heres ſcriptus eſt, quamvis ſit proprie beneficium legis Falcidiæ *l. Titia 86. D. ad leg. Falcid.* ſic quoque hæc pars, quæ jure naturæ deberi dicitur, detrahitur ex ea hereditate, quam naturalis ratio his perſonis defert *l. cum ratio 7. pr. D. de bonis damnat.* ut igitur teſtamentum heredi defert hereditatem, & jure teſtamenti heres dicitur detrahere quartam hereditatis, ſic natura hereditatem defert liberis, qui ideo dicuntur jure naturæ detrahere partem hereditatis delatæ ab inteſtato, quæ portio taxata fuit jure civili, id eſt, auctoritate prudentum poſt legem Falcidiam & ad exemplum legis Falcidiæ, & ideo hæc portio Falcidia dicitur in *l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtam.* ſi hæc portio eſſet taxata a lege Glycia, ut voluit vir præſtantiſſimus, quam vult introduxiſſe quartam inofficioſi teſtamenti, retineret nomen vetuſtioris legis; conſtat enim, querelam inofficioſi teſtamenti antiquiorem eſſe lege Falcidia, debetur & certa portio parentibus *l. nam etſi parentibus 15. pr. D. de inoff. teſtam.* imo & fratribus certis caſibus *l. fratres 27. C. eod. tit.* His igitur omnibus perſonis, quibus certa portio debetur, tota hereditas non aufertur, ſed deducitur quarta, quibus cognitis, ſciendum eſt, primum vocari ſubſtitutum, quem etiam conſtat præferri conjuncto. *l. æquiſſimum 2. §. ſi duo 8. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* exſpiravit quidem ſubſtitutio adita hereditate *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* ſed quoniam, ut diximus, etiam poſt aditam hereditatem heres inſtitutus deſinit heres eſſe vi hujus conſtitutionis, reſumitur conditio ſubſtitutionis, quaſi non exſtiterit: conditiones, quæ non exſtiterunt, vel finguntur non exſtitiſſe, non continuo & defecerunt, ſed aliquando reſumuntur. *l. quidam 10. princ. l. rogo 21. D. de fideicomm. libertat. l. pater 101. §. ult. D. de condit. & demonſtr.* & ita poteſtate hujus conſtitutionis non tam defeciſſe videtur ſubſtitutio, quam nondum

dum exſtitiſſe, quod omne ſit fictione hujus legis novæ, ut rectiſſime hoc loco Doctores obſervant, &, quemadmodum reſumitur jus ſubſtitutionis jam extinctum, ſic dicendum videtur jure quodam novo accreſcendi, quod hæc lex revocat, poſt ſubſtitutum vocari coheredem: fateor, regulariter jus accreſcendi locum habere in parte vacante, non in parte, quæ jam acquiſita eſt; ſed qua ratione portio fingitur vacare, quamvis antea adita; eadem ratione admittendum jus accreſcendi & pro parte inſtitutionis, ut ait, ut nempe in eo jure ſemper ſit, tam in coheredibus, quam in collegatariis *l. unica* §. *his ita* 10. *& §. ubi autem* 11. *C. de caduc. toll.* nec eſt novum, poteſtate legum & conſtitutionum contra vulgatas regulas juris aditionem, vel repudiationem amittere effectus veræ aditionis, vel repudiationis, ut in *l.* 2. §. *ult. D. de ſuis & legit. hered.* & in *l* 4 *C. ad Trebell.* Et, ſi quis rurſus urgeat, hanc portionem non accreſcere invito, ut regulariter fit. *l. qui ex duobus* 53. §. 1. *D. de acq.*, *vel om. hered.* dicam, hoc novum non eſſe in jure accreſcendi: nam idem locum habere in collegatario conjuncto. *d.* §. *ubi autem* 11., & Juſtinianum nominatim dicere, *hanc portionem accreſcere coheredibus, aut ſi nulli ſint, aut forſitan ſcripti non adeant*, (quæ adeuntibus tamen tantum accreſcere dicitur. *l. teſtamento* 6. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.*) *tunc*, inquit, *quod aufertur, adjiciatur aliis rebus*, deficientibus nempe perſonis, quibus adquiri poſſit, & vindicandam eſſe ſententiam Accurſii contra Jacobum de Bello Viſu & Bartolum, qui non admittunt præferri conjunctos coheredes cæteris coheredibus, qui disjuncti ſunt & ſeparati videntur in *l. re conjuncti* 89. *D. de leg.* 3. *& l. triplici* 142. *D. de verb. ſignific.* id eſt, præferri eos, qui re & verbis conjuncti ſunt, ut in exemplis *dd. ll.* propoſitis, præferri inquam cæteris, quia palam ſeparavit & disjunxit teſtator. Accurſius rectiſſime contra, quia Juſtinianus in hac lege ſequitur omnino voluntatem teſtatoris, quæ omnino facit pro conjunctis. Poſt ſubſtitutos & coheredes, hac novella vocantur fideicommiſſarii Trebelliani, tales autem ſunt hodie omnes heredes, quibus reſtituta eſt hereditas, transfuſo Pegaſiano SCto in Trebellianum, ut hoc loco Juſtinianus ait, & latius docet in tit. Inſt. *de fideic. hereditatib.* effectu enim quodammodo heredes ſunt *l.* 5. §. *ult. D. quod cum eo, qui in alien. poteſt. eſt. l. ſi necem* 4. §. *ult. D. de bon. libert.* Poſt fideicommiſſarios Trebellianos vocantur legatarii & fideicommiſſarii ſingularum rerum, hoc tamen ordine ſervato, ut is, cui uberius legatum, vel fideicommiſſum relictum ſit, præferatur, ut in Trebellianis etiam præfertur is, cui major pars hereditatis relicta eſt, aut, ſi par ſit omnium cauſſa, omnes admittuntur: vocantur etiam teſtamento manumiſſi ordine ſcripturæ ſervato, vel ſi ordo non diſcernatur, omnes ſimul vocantur. Quod ſi perſonæ ſupra enumeratæ & teſtamento honoratæ nolint adire hereditatem, vocantur legitimi ſucceſſores, ut in *d. l.* 27. *C. Theod. de Epiſc. & cler.* & poſt legitimos extraneus quilibet, ut in reſcripto D. Marci, de quo in tit. Inſtitut. *de eo, cui libert. cauſſ. bon. addic.* & quemadmodum eodem reſcripto vocatur fiſcus, qui ſi hac mente agnoſcat bona, tenetur præſtare libertates, ut in *l.* 4. § *eadem conſtitutio* 17. *D. de fideicomm. libert.* ut aliud ſit, cum fiſco bona addicuntur ex reſcripto D. Marci, aliud, cum bona tanquam vacantia poſſidet *l. quod D. Marco* 50. *D. de*

ma-

manum. teſtam. ſic & hac conſtitutione vocatur fiſcus, ſub onere cautionis nudæ, non ſatisdationis. Et obſervandum eſt, beneficio hujus conſtitutionis non eſſe vocandos exheredatos, ne, ut eleganter Papinianus ait in *l.* 7. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* dum vis tueri voluntatem teſtatoris, facias contra voluntatem, quæ nempe hæc fuit, ut, elogio addito, eos omnino rejiceret. Tertull. in *lib. de præſcript. adverſus hæreticos. Vos certe exheredarunt ſemper & abdicaverunt ut extraneos, ut inimicos*, ut ſi teſtator dixerit, *non nominandus, non filius meus*, ut in *l.* 3. *D. de liber. & poſt.*, quibus aut ſimilibus verbis apparet, notæ cauſſa filios eſſe exheredatos, nam ſi bona mente exheredati fuerint, ut in *l. multi* 18. *D. de liber & poſt.*, puta ſi fideicommiſſi remedium lubrico tutelæ teſtator prætulerit, ut in *l.* 3. §. *cum Pollidius* 3. *D. de uſur.* ſane hoc caſu dubitare non poſſumus, exheredatos eſſe vocandos. Idem dicimus, ſi injuſte exheredati ſint. Quod ſi legati titulo etiam juſte exheredatis aliquid relictum ſit? an ſunt vocandi inter legatarios? Accurſius cenſet, eſſe vocandos, & pro hac ſententia faciunt valde verba conſtitutionis, quæ dictant, exheredatos non eſſe vocandos, etſi juſte exheredati ſint, etſi nihil habeant ex voluntate teſtatoris; Julianus anteceſſor contra eos neque ex teſtamento, neque ab inteſtato lucrari aliquid poſſe, & in hac dubitatione D. Cujacius nihil affirmat, ſed forſitan tutius erit in hac definitione explicanda uti exemplo Ulpiani in *l. licet* 74. *D. de leg.* 1. ubi reſcriptum Severi & Antonini, quo conſtitutum eſt, videri voluntate teſtatoris repetita ab ſubſtituto, quæ fuerant relicta ab inſtituto, ita accipit, ſi non fuerit evidens diverſa voluntas teſtatoris, quæ ex multis colligi poteſt, & ita in ſpecie propoſita, ſi leve quoddam legatum injuriæ potius & ignominiæ cauſſa exheredato datum fuerit, quamvis hic omnino bonis excluſus non ſit, tamen dicam, eum non eſſe vocandum ad hereditatem, voluntatem igitur teſtatoris colligendam eſſe cenſeo ex genere relicti. Cætera, quæ ſunt in hac prima parte, vel de illegitima teſtatoris voluntate non exſequenda, vel de repræſentatione, quæ lege fit, vel de trahenda hac conſtitutione ad legatarios, fideicommiſſarios & mortis cauſſa donatarios, vide apud D. Cujacium.

Sequitur pars ſecunda hujus novellæ, qua Juſtinianus fere legem Falcidiam abrogat, primum enim hanc legem locum habere non vult, ſi heres non fecerit inventarium, ut obviam eat fraudibus quorumdam, qui, ut introducerent Falcidiam, res hereditarias ſubtrahebant, & fingit Juſtinianus, heredem, qui non fecit inventarium, ſubripuiſſe res hereditarias inducendæ Falcidiæ cauſſa, ut ſecundum hanc fictionem æquiſſimum ſit, eum, qui malis artibus voluit habere Falcidiam, beneficio legis Falcidiæ eſſe privandum: jure antiquo, qui aliquid ſubripuerat, Falcidiam in ea re amittebat, quam fiſcus vindicabat *l.* 6. *D. de his, quæ ut ind.* & nova conſtitutione Juſtin. in *l. ult.* §. *pen. vs. ſi quis autem C. de jure delib.* amittebat uno caſu Falcidiam, ſi, impetrato jure deliberandi & certo tempore ab Imperatore, vel a judice præſtituto, non faceret inventarium; ſed adita hereditate recta via, id eſt, ſine ulla deliberatione, quamvis non faceret inventarium, Falcidiam non amittebat; hodie ex hac novella Falcidiam amittit omni caſu, ſi non fecerit inventarium, & non ſolum amittit Falcidiam, ſed integra & ſolida legata ſolvere tenetur,

quamvis excedant modum ſubſtantiæ defuncti, quod olim non obtinuit etiam in teſtamentis, quibus nullus locus erat Falcidiæ, ut in teſtamentis militum, ſed heres tantum præſtabat, quod erat in ſubſtantia defuncti, de ſuis bonis nunquam præſtabat, de ſuo quadrante, id eſt, de parte quarta, quam ex lege Falcidia retinere debebat, quibusdam caſibus præſtabat, ſed nunquam de ſuis facultatibus *l* 1. §. *denique* 18. *D. ad Trebell. l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. *D. ad leg. Falcid. l. ſucceſſores* 16. *C. eod.* Graviſſima eſt igitur hæc nova Juſtiniani pœna contra heredem, qui non fecit inventarium, ut, quamvis, deducto ære alieno, puræ defuncti ſubſtantiæ modum excedant legata, de ſuo tamen teneatur ſolvere, imo quamvis nihil omnino habeat heres ex ſubſtantia defuncti, & patrimonium defuncti ſit occupatum ære alieno, abrogata dicta lege *ſucceſſores* 16. Forma autem conficiendi inventarii hæc eſt, ut faciat heres inventarium intra tempus conſtitutum *d. l. ult.* id eſt, intra tres menſes ab apertis tabulis, ut nempe ſtatim incipiat heres facere inventarium a tempore apertarum tabularum, & perficiat intra tres menſes, & ſic accipienda videtur novella Leonis 110., qua profitetur, ſe repetere leges, quæ volebant, uxorem poſt mortem viri facere inventarium intra tres menſes, quam conſtitutionem rectiſſime renovatam eſſe voluit D. Cujacius *lib.* 14. *Obſervat cap* 38. hoc autem locum habet, ſi heres præſens ſit, nam ſi longe abſit, datur ei annus, numerandus tamen a morte teſtatoris. Porro facit inventarium tabularius, præſentibus creditoribus, legatariis, fideicommiſſariis aut procuratoribus eorum, vel, ſi peregre agant, vocantur tres teſtes loco eorum, & reverſis permittitur inquirere de veritate inventarii, vel, delato jurejurando heredi, vel teſtibus, vel habita quæſtione ſervorum hereditariorum, ut in *l. ult. C. de quæſtionib.* ſed quæritur, utrum, præſentibus legitime vocatis & non accedentibus ad inventarii confectionem, liceat inquirere de fide inventarii, hoc eſt, an, quod datum eſt peregre agentibus, juſta ex cauſſa dandum præſentibus, qui adeſſe noluerunt. Julianus Anteceſſor, hoc loco, quem ſequitur D. Cujacius, putavit, id non eſſe permittendum præſentibus legitime vocatis, ſed omnino repugnant verba novellæ, quæ dictant, etiam illis hoc eſſe permittendum, & quod vetus interpres ait hoc loco, *ſepoſito* jurejurando, ſic omnino accipiendum eſt *repoſito*, *reſervato* etiam jurejurando Legatariis, vel, ut fideliter vertit Haloander, *repoſito* tamen & iſtis Legatariis tam heredis jurejurando, quam ſervorum tortura: verba autem illa *niſi præſentes forte* ſic ſunt accipienda, ut etiam ſine præſentia Legatariorum, qui in civitate degunt, quos nempe jam dixerat omnino debere eſſe præſentes, liceat heredi conficere inventarium, ſi illi legitime vocati non adſint, adhibitis tamen tribus teſtibus loco illorum, ut fit in his, qui peregre degunt, & omnibus tamen iſtis hoc dabo generaliter, ut poſſint præceptis modis de veritate inventarii inquirere, quod & Accurſius accuratiſſime obſervavit: longior verborum tractus induxit viros præſtantiſſimos in ſuperiorem errorem, ſed hæc Juſtiniani apertiſſima mens, ut omni ex parte faveat Legatariis & tueatur defuncti voluntatem; favor igitur magnus Legatariorum, odium vero heredis, qui, ſi mala fide confecerit inventarium, tanto amplius hereditati repræſentare cogitur *d. l. ult.* §. *licentia* 10. *C. de jur. delib.* Falcidiam hoc caſu, id

eſt,

eſt, facto inventario, non amittit, niſi in re legata, ſi quam forte ſubtraxerit, ut hic eruditiſſime D. Cujacius notat. Reſtat nobilis quæſtio, an quod conſtitutum eſt in herede, qui detrahit quartam ex legatis, trahendum ſit ad heredem rogatum de reſtituenda hereditate, qui heres fideicommiſſarius dicitur in *l. quamvis* 51. *D. de judic.* & in *nov.* 108. nam, quemadmodum id, quod uno & eodem contextu hac novella conſtitutum eſt, teſtatorem poſſe prohibere Falcidiam, ſine ulla controverſia admiſſum eſt in Trebellianica, ſic quod in hac ſpecie de amittenda Falcidia ob non confectum inventarium conſtituit Juſtinianus trahendum videtur ad Trebellianicam, quod Bartolus admiſit *Conſil.* 344. quamvis hoc loco ſecutus ſententiam Jacobi de Bello Viſu contrarium dixerit, & ut ingenue dicam, interpretes noſtri in hac quæſtione definienda ſibi non conſtant, ſed modo in hanc, modo in illam ſententiam deſultorie tranſire ſolent, quodam exemplo Ulpiani, qui in ſpecie *l. pen. §. ult. C. ad Trebell. conſtituendum eſſe*, dicebat, & in hac ſpecie novam conſtitutionem proprie deſiderat. Ego tamen exiſtimo, magis probabilem eſſe, ſententiam illorum, qui putant, heredem fideicommiſſarium ob non confectum inventarium non eſſe privandum Falcidia, nec in hanc rem, uti ſoleo generalibus & vulgatis rationibus, quia vitanda eſt legum correctio, quia odia ſunt reſtringenda, nam cum hodie nulla fere ſit differentia inter has duas quartas, cum per omnia exæquata ſint legata fideicommiſſis, & in quæſtione imputationum, quod in Falcidia obtinet, locum habeat in Trebellianica, ut contra veteres interpretes D. Cujacius docuit *lib.* 4. *Obſerv. cap* 4, niſi in iſto caſu oſtendas rationem diverſitatis, fucum facis. Differentiam igitur perſpicue ſic oſtendo, quod de conficiendo inventario & in hac novella, & in *l. ult. C. de jur. deliber.* ad quam nos remittit Juſtinianus, conſtitutum eſt, ut ex *d. l. ult.* colligere licet & ex § *pen. Inſtit. de hered. qual & differ* novum eſt beneficium Juſtiniani, quo conſultum eſt tam heredibus, quam legatariis, heredibus, qui metu æris alieni dubitabant de adeunda hereditate, quidam enim, ut verbis Juſtiniani utar, ita ſunt formidoloſi, ut & ea timeant, quæ nulla digna ſunt ſuſpicione: Legatariis vero, quia, hoc novo beneficio reperto, non poteſt heres detrectare aditionem, quæ nullum damnum ei infligere poteſt, & hoc eſt, quod profitetur Juſtinianus in *d. l ult.* § *ſin autem* 14. & paſſim in hac novella per hunc modum adeuntes eſſe ſine ullo damno, at jam duobus SCtis, tam heredibus meticuloſis de reſtituenda hereditate rogatis, quam fideicommiſſariis conſultum fuerat, heredibus SCto Trebelliano, ut colligere licet ex *l.* 1. §. 1 & ex *l. quia poterat* 4. *D. ad Trebell.* fideicommiſſariis SCto Pegaſiano, quo & hoc nominatim conſtitutum fuit, poſſe fideicommiſſarium cogere heredem, ut adeat, quod ex eodem SCto retinet Juſtinianus, ut Inſtitutiones docent in *tit de fideicomm. hered.* non potuit igitur ad hunc caſum invitandi heredis meticuloſi, de reſtituenda hereditate rogati *d. l. ult.* vel hac novella reſpici, & interim ex iſtis colligite differentiam apertiſſimam, quæ intercedit in hoc caſu inter fideicommiſſarios univerſales & legatarios, quia heres cogi non poteſt adire ob legata præſtanda, neque favore libertatum *l. ſi patroni* 55. §. *qui fideicommiſſam* 2. *l. nam quod* 14. § *non omnis* 5. *D. ad Trebell.* & hæc erit prima differentiæ ratio. Secunda hæc eſt aper-

tissima ratio, qua movetur Justinianus, ut constituat, heredem, qui non fecit inventarium, amittere Falcidiam, quia, ut dixit, heres, qui non fecit inventarium, præsumitur subtraxisse res hereditarias, ut Falcidiam, quæ locum non habebat, introduceret, ut merito privandus sit Falcidia, qui ad Falcidiam expilationibus pervenire voluit, & hæc præsumptio cadere non potest in heredem fideicommissarium, ergo quia fingi non potest, heredem fideicommissarium introducendæ Falcidiæ caussa intervertisse res hereditarias, qua sola fictione utitur Justinianus, ut censeat privandum esse Falcidia heredem, qui non fecit inventarium, heres fideicommissarius ob non confectum inventarium, cessante illa ratione, non potest amittere Falcidiam; potest quidem retrahere res hereditarias, fateor, sed intervertendi fideicommissi caussa, id est, ut major pars hereditatis ad eum perveniat, minor ad fideicommissarium, quo casu privandus est Falcidia in *l. beneficio 59. D. ad leg. Falcid.* si id probatum fuerit a fideicommissario. Possum & tertio loco ita agere & ostendere in hac specie differentiam heredum: vult Justinianus, heredem, qui non fecit inventarium, non solum amittere Falcidiam, sed etiam præstare solida legata, quamvis nihil sit in bonis, deducto ære alieno, at hæc pœna cadere non potest in heredem fideicommissarium, qui hereditatem restituere rogatus est, id est, id, quod in bonis habuit testator, & nihil ultra, ergo claudicabit quoque hoc casu comparatio. Habeo & quartum argumentum, quod me valde movet, habemus duas Justiniani novellas 39. & 108., post hanc novellam editas, ut subscriptiones docent, quæ cum multa contineant de cautionibus ab heredibus fideicommissario præstandis, & de restitutione fideicommissorum, verisimile non est, Justinianum ibi illis casibus, quos ex professo tractabat, prætermisisse confectionem inventarii, si eam putasset esse necessariam. Quibus omnibus addo fidem heredis fiduciarii nominatim a testatore lectam, id est, prima incunabula fideicommissorum, ut Justinianus loquitur in §. *& quia 12. Inst. de fideicomm. heredit.* ut tandem mihi concludere liceat ex istis suspicionibus, quas docuimus, locum non habere in hac specie, nobis non esse permissum ita acerbe in heredem fiduciarium animadvertere; & ita audio multis amplissimi Senatus Tholosani decretis sæpe judicatum fuisse, eum non esse privandum Falcidia ob non confectum inventarium, quamvis sit puniendus, si quid subtraxisse arguatur, sed alia ratione, ut supra docui. Sed, ut redeamus ad Justinianum nostrum, permittit & hac novella testatori, donare Falcidiam, quod antea non licuit, nec stipulatione interposita, in *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* in cujus legis specie ponenda non debemus recurrere ad fictionem Græcorum interpretum, vel Latinorum, qui fuerunt in eadem sententia, ponunt enim omnes, eum, cui mortis caussa donatum fuerat, stipulatum fuisse ab herede nec detrahere Falcidiam ex mortis caussa donatione, ut potuit ex constitutione Severi *l. si mortis 5. C. ad leg. Falcid.* nam perspicua sententia *d. §.* hæc est, curasse testatorem, Legatarium, cui donatum volebat id, quod ex legato jure Falcidiæ heres potuit detrahere, interponere stipulationem, sic Princeps rescripto donare dicitur Falcidiam in *l. si legatus 30. §. ult. D. ad Trebell.* Falcidiam igitur testamento hodie testator donare potest, id est, prohibere heredem ne Falcidiam detrahat, &

Fal-

Falcidiam donare ſatis intelligitur, ſi integrum legatum ſolvere jubeat, & in *l. pen. §. pen. D. ad leg. Falcid.* vel ſi heredem totam hereditatem reſtituere rogaverit, ut in *l. ult. C. ad Trebell.* ex cujus legis ſanctione, quod notandum, D. Cujacius obſervat, cœpiſſe tunc Juſtinianum meditari hanc novellam, quam biennio poſt edidit, ut mirum non ſit, ſi, quod de Falcidia hoc loco conſtitutum eſt, trahamus ad Trebellianicam, cum & id antea inductum videatur *d. l. ult.* & ſane hæc ratio pleni obſequii præſtandi defuncto multo magis in herede fiduciario valere debet, qui olim, id eſt, ante SCtum Pegaſianum, nullam detrahebat Falcidiam; ſatis igitur prohibet, Falcidiam, qui ſine ulla deductione vult præſtari legatum, aut fideicommiſſum. Addit Juſtinianus, heredem, qui cœpit uni ſolvere legatum ſolidum, non poſſe alteri ſolvere lege Falcidia diminutum, ſed debere in omnibus plenam fidem præſtare defuncto, abrogata *l. 6. §. ult. C. ad leg. Falcid.*, feliciter emendata a D. Cujacio ex *l. 15. §. non idcirco 2. D. eod. tit.* heredem denique, qui errore facti plus ſolvit, quam debeat, deducta Falcidia, non poſſe repetere id, quod ſolvit, abrogata igitur *l. error 9. C. eod. tit.* addit tamen hanc exceptionem, niſi quid inopinatum poſtea emergat, puta æs alienum, quod fuit omnino incognitum, quo caſu etiam majoribus contra creditores olim reſtitutio data fuit reſcripto D. Adriani & militibus conſtitutione Gordiani, ut eſt in §. *ſciendum 6. Inſtit. de hered. qual. & diff.* Quod ſequitur de voluntate teſtatoris omnino intra annum adimplenda, & de litibus, quæ moventur, de rebus teſtamento relictis eodem tempore finiendis, ſic eſt accipiendum, poſtquam ex decreto, vel ſententia judicis admonitus fuerit heres, quibus verbis, ſine ulla dubitatione, intelligit libellum conventionis, ut colligere licet ex interpretatione Juliani Anteceſſoris *nov. 47. cap. 3.*, ubi ex profeſſo tractat de vocatione in jus & admonitione, & iisdem verbis utitur; *ſi quis*, inquit, *ex ſententia judicis admonitus fuerit heres*, id eſt, per libellum conventionis, poſtquam igitur heres admonitus fuerit, ſi a conventione & admonitione annus fluxerit, locus ſit pœnis ſupra propoſitis; vult enim omnino intra illud tempus lites eſſe finiendas, quod olim non obtinuit, ut conſtat ex *l. properandum 13. C. de judic.* ut hoc ſit etiam valde novum in hac ſpecie, tempus iſtud litibus finiendis præſtitutum & numerandum a conventione & vocatione in jus, non *ut in d. l. properandum 13.* a litis conteſtatione. Vult autem Juſtinianus, hanc novellam, locum habere in omnibus perſonis ſive privatis, ſive Eccleſiaſticis, ſive militaribus, ſive aulicis, quæ nempe ſunt, ut eleganter Alexander hoc loco vertit, ex regio comitatu (*de la maiſon du Prince*), &, ut Phædrus loquitur, pertinent ad honorem divinæ domus, nam Baſilicus hoc loco dicitur is, qui miniſtrat in aula Principis, ut Mardochæus, qui in Hiſtoria Eſther dicitur fuiſſe in porta Principis Aſſueri, a Joſepho eandem Hiſtoriam narrante dicitur βασιλικὸς, & de eodem ita Severus Sulpitius in Hiſt. Sacra, Mardochæus inter proximos Regis erat pro virili portione negotiorum familiarium curator. Gloſſa Accurſii eſt omnino hoc loco inepta, hoc verbum accipiens de dignitate Imperiali. Sed quod dictum eſt, hanc novellam locum habere in militari perſona, an ita eſt accipiendum, ut teneantur milites ex omnibus partibus hujus novellæ, ut, ſi non obtemperaverint voluntati de-

functi intra annum, amittant hereditatem; ut non possint detrahere Falcidiam, si etiam prohibuerit testator; ut amittant Falcidiam, si non fecerint inventarium, & teneantur legatariis; ut, si legata solverint quibusdam, teneantur omnibus? De duobus primis nemo dubitat, sed in duobus postremis D. Cujacius putat, ignoscendum esse militi, qui non fecit inventarium, & ei, qui ignoratione legis Falcidiæ, quibusdam solida legata solvere; & utitur hac ratione validissima; milites, non confecto inventario, æs alienum non in solidum creditoribus, sed quatenus in hereditate invenerint, solvunt *l. ult. §. ult. C. de jur. deliber.* Accursius contra, & utitur verbis novellæ in hanc rem expressis, in universum enim omnibus hanc legem hominibus communem ponimus, quæ me dubitare faciunt, quia voluisse videtur Justinianus, plus esse tribuendum Legatariis tuendæ voluntatis defuncti caussa, quod, etsi perquam durum est, quia creditores certant de damno vitando, Legatarii de lucro captando, tamen ita lex videtur scripta, ut elegantur JCtus ait in *l. 12. §. 1. D. qui & a quib. manum lib. non fiunt.* ait quippe Justinianus, hanc constitutionem in militari persona locum habere, &, si quodam casu voluisset, ab hac generali propositione militem esse excipiendum, id ab eo annotatum fuisset, ut liceat mihi hoc loco uti elegantissimis Ulpiani verbis, edictum Prætoris interpretantis in *l item apud 15 §. ait prætor 26. D. de injur. ea, quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta:* quibus rationibus fretus, non possum temere rejicere Accursii sententiam, qui tamen omnino fallitur, notans, hac novella abrogari *l in testamento 7. C. ad leg. Falcid.* nam, ut Rogerius recte notat, loquitur Justin. de milite herede instituto, non de milite instituente.

Ad Novellam secundam.

De non eligendo secundo nubentes mulieres & alienatione, & lucro antenuptialis donationis & de successionibus earum, & de filiis suis.

Inseruit huic constitutioni Justinianus libellum precum a Gregoria oblatum, qui tamen non cuilibet sanctioni inserebatur, cujus rei in hoc Codice novellarum nobile exemplum habemus in pragmatica forma de usuris, quæ exstat Nov. 160., in qua proponitur tantum initium libelli Aristocratis Aphrodisiensis Reip. Principis: cæteris privatorum rescriptis inseritur libellus, ut nempe intelligatur, qua de re consultus fuerit Imperator, & an preces veritate nitantur, sic & Justinus Martyr in Apologia pro Christianis ad M. Antoninum Imperatorem desiderat, ut preces rescripto inserantur, ut ab aliis, ait, res nostræ cognosci atque illi ipsi falsa suspicione liberari queant, ratio autem differentiæ est apertissima. In pragmatica non est locus quæstioni precum, quoniam id fit, caussa cognita, consilio & tractatu adhibito, respondet enim

enim Princeps ad relationem, vel suggestionem judicum, vel ad preces civitatum, ut in d. *nov.* 160. & in hac constitutione, quamvis non sit locus quæstioni precum, quoniam occasione hujus causæ hoc generaliter constituit Justinianus, tamen ex illa veteri forma inseruit libellum integrum, quem non inseruit in d. pragmatica, species autem proposita a Justiniano hæc est. Gregoria ex Titio suscepit filium & filiam: decessit Titius, & ita morte Titii mariti donatio propter nuptias, quam vere dixeris pensationem & remunerationem dotis constitutæ a marito, pertinere cœpit ad Gregoriam, lucratur Gregoria id, quod tabulis matrimonialibus donaverit maritus in hunc casum, si superviveret uxor, quam cum maximis beneficiis affecutus fuisset filius, ut loquitur *l. fratres 27. C. de inoffic. testam.* filio bene merito modo donavit, quicquid ex casu mortis patris lucrata fuerat, retento tamen usufructu: decessit deinde filius, quo defuncto ad matrem & sororem ex æquis portionibus in specie proposita constat pertinere successionem ex veteri & nova lege, ut nominatim ait; veteri, ut in §. 3. *Instit. de SCto Tertulliano*; nova, ut in *l. ult. C. eod. tit.* sed secundas nuptias post mortem filii contraxit Gregoria, quæ usumfructum lucri nuptialis, uti diximus, nominatim retinuerat, & inde nata est post secundas nuptias controversia inter Gregoriam & filiam, nam filia asserebat, matrem, ad secunda vota migrantem, nullam habere potestatem in proprietate lucri nuptialis, quam constat pertinere ad liberos prioris matrimonii, cujus intentionem hac ratione mater elidebat, male filiam tentare, matrem ex successione filii accipere donationem propter nuptias, quæ amplius non est donatio, nam cum eam mater contulerit in filium, ut potuit, eodem jure, quo filia utebatur in *l. 3. l. generaliter 5. pr. in fin. C. de secund. nupt.* id jam omne fuit permixtum bonis filii, & hac confusione amisit naturam donationis propter nuptias, cum jam sit patrimonium filii beneficio matris, ad matrem igitur pertinere semissem proprietatis. Sed non tantum filia matri negotium faciebat in proprietate hujus portionis, sed etiam in ipsa filii hereditate, id est, in cæteris filii defuncti bonis, nam quodcumque ex præcipua substantia filius habebat, id in solidum jure dominii & proprietatis ad se pertinere, contendebat, usufructu tamen permisso matri in parte, id ita, quia mater post mortem filii nuptias contraxit *l. mater 5. C. ad SCtum Tertull.* si enim ante mortem filii, proprietatem indistincte, tam bonorum adventitiorum, quam profectitiorum filiæ servari ex *l. fœminæ 3. §. 1. C. de secund. nupt.* quas leges iniquas esse, contendebat Gregoria, vel potius, adducta nova constitutione Justiniani, dictas leges locum non habere in hac specie, quia ex *l. ult. C. ad Tertull.* mater, quæ nondum venit ad secundas, vocatur cum filia ad successionem filii defuncti, & ad eam successionem mater vocata jam filio donaverat id omne, quod a patre titulo donationis propter nuptias acceperat, ut propter hanc donationem collatam in filium novum quiddam intervenire videatur in hac specie, quod non fuit superioribus constitutionibus definitum.

Cum enim, occasione electionis permissæ matri, hoc lucrum nuptiale mater contulerit in filium, filio postea defuncto, id, quod capit mater ex successione filii, videtur potius habere, tanquam remunerationem, vel compensationem

nem donationis jam antea collatæ in filium, quam, tanquam purum lucrum ſine ulla penſatione. (Hic enim eſt apertiſſimus ſenſus horum verborum ἀντιδωρεὰν μᾶλλον &c., quæ verba male vetus interpres rurſus de donatione potius accepiſſe videtur, quam ſi ſimpliciter lucrum irrationabile haberet, κέρδος ἀσυλλόγιστον eſt lucrum merum & purum ſine ulla penſione, nam rectiſſime veteribus gloſſis συλλογισμὸς eſt computatio, penſatio.) Vult igitur hoc mater, male filiam vocare lucrum, cum ſit potius remuneratio & repenſatio, non lucrum purum, ab omni ratione ſubductum, id eſt, quod eſt extra omnem rationem computationis & penſationis, non poſſe igitur filiam a matre petere, quaſi donatum, quod jam eſt compenſatum, ut loquitur Ulpianus in *l. ſi quis* 21. §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* & Africanus in *l. quæ dotis* 33. *D. ſolut. matrim.* lucrum merum & purum dici poteſt vere id, quod in ſpecie legis *filium* 24. *C. famil. herciſc.* filius habere dicitur extra quartam, quod nempe, neque imputat, neque compenſat, ut in *l. in quartam* 91. *D. ad leg. Falcid.* & in hac ſpecie non eſt merum lucrum, non eſt κέρδος ἀσυλλόγιστον, ut loquitur, id, quod capit mater jure hereditario ex ſucceſſione filii, quia id jam donaverat mater filio, & id rurſus recipiens videtur potius compenſare cum donatione jam facta, quam pure & ſimpliciter lucrari, quaſi id antea fuerit a filio matri debitum, ut eleganter *l. ſi ei* 41. §. *ult. D. de evict.* cum debitor creditori, vel contra creditor debitori heres exſtiterit, rationem quamdam inter heredem & hereditatem poni; ſic in *d. l. filium* 24. non eſt κέρδος ἀσυλλόγιστον id, quod filius capit in fundo prælegato jure hereditario, nam imputat in quartam, vel compenſat: & hæc eſt luculenta interpretatio rationis, qua Gregoria mater utebatur adverſus filiam. Porro Juſtinianus, ut hanc controverſiam diſcingat inter matrem & filiam, primum aufert electionem, quam ex ſupra dd. ll. mater habebat, ut, ſublato hoc jure eligendi, remaneat hæc definitio ſine ulla dubitatione, donationem propter nuptias ſeparandam eſſe a cæteris bonis filii, & in ſolidum pertinere ad filiam. Hodie igitur ex hac novella non licet matri eligere, & abrogat Juſtinianus jus, quo contra filiam mater utebatur, & contra abrogat, quo contra matrem filia utitur, id eſt, abrogat nominatim dictam legem *fœminæ* 3. & *dictam legem mater* 5. ex quibus ll. conjunctis, ut eas conjungendas nobis auctor eſt hoc loco Juſtinianus, diſtinguebamus, an ante, vel poſt mortem filii, mater contraheret ſecundas nuptias; & rurſus diſtinguebamus inter bona adventitia & bona a patre profecta, ut primo caſu mater amittat generaliter proprietatem omnium bonorum, ſecundo proprietatem tantum bonorum a patre profectorum; ſed hac novella vult Juſtinianus indiſtincte, matrem ſuccedere filio in bonis omnibus, ſive ante, ſive poſt mortem filii nuptias contraxerit, & defert matri filii ſucceſſionem, quemadmodum patri, quem ait nulla lege fuiſſe privatum ſucceſſione filii, quamvis ſuccederet viduo lecto: at id rurſus retractat in Nov. 22. revocans differentiam bonorum introductam hac dicta lege *mater* 5, ſublata tamen illa diſtinctione temporis ante, vel poſt mortem filii: unde quæſitum eſt, an id, quod ex d. *Nov.* 22. hodie obtinet in matre, eam habere tantum uſumfructum bonorum a patre profectorum, locum quoque habeat in patre, ut bonorum a matre profectorum habeat uſumfructum tantum; nam cum hoc

loco

loco Juſtinianus dicat, nullam eſſe legem, qua pater privatus ſit ſucceſſione filii, quamvis ſecundas nuptias contraxerit, & idem deferendum eſſe matri cenſeat, quanquam poſtea in matre immutatum ſit d. *Nov.* 22. quæ videtur oſtendere hoc male & ſine ulla ratione admiſſum fuiſſe in matre, quod in patre obtinebat, non tamen videmur poſſe præpoſtera interpretatione id auferre patri, quod ei, ut hic Juſtinianus ait, nulla lex abſtulit; & hæc fuit prima Bartoli ſententia in hac Nov. cum hoc videretur evincere nobiliſſimum Juſtiniani teſtimonium. Ratio autem differentiæ inter patrem & matrem ſumenda videtur ex veteri jure, quod obtinebat ex *d. l. fœminæ* 3. nam, ut colligere licet ex ultima clauſula *d. l.* quæ exſtat *eod. tit. in Cod. Theod.* quod in matre conſtitutum fuit, ut proprietatem omnium bonorum filii amitteret, id non fuit expreſſe cautum in patre, ſed relictum tantum ejus arbitrio, ut, ſi velit, reſtituat proprietatem liberis prioris matrimonii: cenſebat enim dicta lex, patrem eſſe monendum, non cogendum propter præſumptam affectionem patris in filios, ut vel in hac re propenſum animum oſtendere poſſit, & eleganter D. Auguſt. de adulterinis conjugiis lib. 1. *multa ſunt facienda, non jubente lege, ſed libera charitate, & ea ſunt in noſtris officiis gratiora, quæ, cum liceret nobis etiam non præſtare, tamen cauſſa dilectionis præſtamus.* Et quamvis id, quod in matre conſtitutum fuerat, ad patrem eſſe trahendum, tandem voluerit *l. generaliter* 5. *C. eod. tit.* eam tamen loqui de lucris nuptialibus & de bonis, quæ a matre ad patrem profecta ſunt quocumque titulo, non de ſucceſſione filii, plusquam manifeſtum eſt. Cum igitur ex *d. Nov.* 22. utamur jure, quod obtinebat ex *d. l. mater* & id locum habuiſſe in patre nemo poſſit aſſerere contra tam apertum Juſtiniani teſtimonium, qui a patre, in quo hoc jus non obtinebat, argumentatur, vix dicere poſſumus, patrem hodie eſſe privandum maternis, & tamen idem Bartolus, qui hanc ſententiam vindicare tentabat ex verbis Juſtiniani, a prima ſententia diſceſſit, victus unica ratione, quæ hæc fuit. Tempore hujus Novellæ 2. pater tantum ex ſucceſſione uſumfructum habebat in maternis bonis, imo in cæteris omnibus, & ideo non erat privandus, & hoc eſt, quod Juſtinianus ait *nulla lex eſt &c.* ſed quia, inquit, alia Novella, id eſt, Novella 118. cœpit habere pater virilem pleno jure, rurſus abrogata hac Novell. 2., nulla in hac ſpecie videtur conſtituenda differentia inter patrem & matrem. Hæc fuit ratio, quam ut intelligamus, & ut conſtet vera ratio hujus juris, rem omnem ab origine cauſſisque primis repetamus, omnino neceſſarium eſt, ut intelligamus liquido, quid ſit id, quod Juſtinianus ait hoc loco, *nulla lex eſt &c.* nam invenio, pœnas ſecundarum nuptiarum cœpiſſe ab ipſo patre ex lege Conſtantini, quæ exſtat in *l.* 3. *C. Th. de bonis maternis*, & differentia bonorum in ſucceſſione filii a patre, vel matre profectorum & extrinſecus acquiſitorum cœpit ab ipſo patre, nam ex *l. ult. C. Theod. eod. tit.* Imperatores Theodoſius & Valentinianus, mortuo filio, ſuperſtitibus fratribus, vel ſororibus ejus portionem, quam ex bonis maternis, vel undecumque quæſiverit, volunt quidem, patrem pleno jure poſſidere, ſed ſi novercam ſuperduxerit bonorum ex matris matrimonio quæſitorum habet tantum uſumfructum, & cæterorum plenam proprietatem, eodem jure obſerva-

to, ſi pater ante mortem filii contraxerit ſecundas nuptias: & obſervare vos volo ex inſcriptionibus & ſubſcriptionibus ad *d. l. ult.* etiam addendam eſſe legem *mater* 8. quæ exſtat C. Theod. ſub tit. *de legit. hered.* quam conferre debemus cum *d. l. mater* 8. *C. Juſtin. mater*, inquit, *habens jus liberorum, cum filio defuncto ſine liberis filiæve ſuccedit, pari ſortis paternæ teneatur exemplo*, id eſt, ſi poſt mortem filii mater contraxerit ſecundas nuptias, hoc enim caſu remanebat jus in matre, quod obtinebat ex *d. l. fœminæ* 3. Eſt enim antiquior lex Theodoſii ſenioris, ex qua etiam adventitiorum mater amittit proprietatem, ſed in bonis a matre, vel a patre profectis, obſervate, quæſo, nullam eſſe differentiam inter patrem & matrem, imo differentiam bonorum ab ipſo patre cœpiſſe, quod convincunt illa verba Cod. Theod. *pari ſortis paternæ teneatur exemplo.* Poſt d. l. ut proſequar hiſtoriam & progreſſum hujus juris, lata fuit lex *generaliter* 5. *C. de ſecundis nuptiis*, quam habemus inter novellas Theodoſii Junioris poſt Cod. Theod. tit. 7., ad quam valde hæc Aniani interpretatio mihi videtur congrua, *quod in matribus*, inquit, *conſtitutum eſt, hoc etiam & patres ſimili obſervatione cuſtodiant, excepto, quod eis fuerit filiorum morte acquiſitum, ut in lege Theod. lib.* 8. quo loco intelligit *d. l. ult. de bonis maternis*, & confirmat id, quod jam dixi, dictam legem *generaliter* non eſſe accipiendam de ſucceſſione filii, quia in ea ſucceſſione jam certa forma lata fuerat ab iisdem Impp. *d. l. ult. & d. l. mater* 3. unica tantum manente differentia inter patrem & matrem, ut ſi mater ante mortem filii contraheret ſecundas nuptias, adventitiorum amitteret proprietatem, quam pater non amittebat. Et hoc quidem fuit jus, quod tam in matre, quam in patre obtinebat ex legibus C. Theod., ſed poſteriores Principes poſt Cod. Theodoſianum valde hoc jus immutarunt. Nam paulatim tam conſtitutionibus Leonis & Anthemii, quam Juſtiniani in *l.* 4. *C. de bonis, quæ lib. in poteſt. l. ult. C. ad SCtum Tertull. l. ult. C. communia de ſucceſſ. l. de emancipatis* 13. *C. de legit. hered.* quas vobis excutiendas relinquo, adhibitis Paratit. D. Cujacii; generaliter in ſucceſſione filii omnium bonorum patri tantum datus fuit uſusfructus, fratribus ſuperſtitibus proprietate ſervata, ita ut ex iſtis novis conſtitutionibus differentia eſſe cœperit inter patrem & matrem, mater enim in proprietate ſuccedebat *d. l. ult. in princ. C. ad Tertull.* pater vero tantum in uſufructu, & notandum eſt, *dictam legem ult.* §. 1. eſſe accipiendam de matre cum patre concurrente, dictam vero legem *de emancipatis* 13., de patre ſuperſtite, matre exſtincta, quod miror negaſſe Azonem, cæteris interpretibus id recte admittentibus. Et ex hoc novo jure intelligimus, quare Tribonianus ex d. *l. mater* 5. *C. Juſtin. ad SCtum Tertull.* ſuſtulerit hæc verba *pari ſortis paternæ teneatur exemplo*, nam ex iſtis novis conſtitutionibus diſſimilis eſſe cœpit conditio patris, qui tantum habet uſumfructum, quem tamen uſumfructum notandum dictas leges dediſſe patri indiſtincte, id eſt, ſive contraxerit ſecundas nuptias, ſive non. Ita cautum Leonis & Anthemii conſtitutione, qui jam abrogaverant *d. l. ult. C. Theod.* ut conſtat ex *l. ult. C. Juſtin. eod. tit.* & ita ſunt accipienda poſtrema verba *d. l. ult. C. ad SCtum Tertull. omnibus videlicet, quæ de mulieribus ad ſecundas nuptias migrantibus*

bus ſancita ſunt, *in ſuo ſtatu manentibus*, quod neceſſarium erat adnotare in mulieribus, quæ ex iſtis poſterioribus conſtitutionibus habent quoque proprietatem in ſucceſſione filii, ut aliud omnino ſit dicendum in patribus, qui tantum uſumfructum habent, ut hoc caſu, quoniam uſumfructum tantum habent, non teneantur pœnis ſecundarum nuptiarum. Et ne quis forſitan hac de re dubitaret, id nominatim expreſſum eſt in *d. l. de emancipatis* 13. ut ex his omnibus concludamus, hoc eſſe, quod Juſtinianus ait hoc loco, *nulla lex eſt &c.* ſi recurras ad C. Theod. hæc Juſtiniani verba erunt omnino falſa, ut jam probavi, ſed ſunt referenda ad leges, quas habemus in Cod Juſtin. quibus nos tantum uti voluit. Conſtat enim ex dd. ll. ſupra notatis, jure, quo utebantur tempore Novellarum, patrem nunquam fuiſſe privatum filii ſucceſſione. Utitur Juſtinianus eadem loquendi forma in *nov.* 22. *cap* 34. *uſumfructum maternorum bonorum manere ſine caſu penes patres, etiam ante nos omnes volunt leges*, id quoque conſtat eſſe falſum, ſi uti velis *d. l.* 3. *C. Theod. de bonis maternis*, ſed intelligit Juſtinianus leges ab eo probatas in ſuo Codice & nominatim legem ultimam *C. eod. tit.* Hæc eſt igitur apertiſſima Juſtiniani mens, dum in hac novella ait, patrem filii ſucceſſione nulla lege fuiſſe privatum, quando nempe filio pater ſuccedebat ratione uſusfructus tantum, ſed quoniam, ut dixi, hodie dictæ leges, quæ patri tantum uſumfructum deferebant, abrogatæ ſunt *d. Nov.* 118. & tam matri quam patri defertur hodie proprietas, & quoniam *d. Novella* 22. differentia illa temporis ante, vel poſt mortem filii, quæ in matre obtinebat, ſublata eſt, & remanet tantum differentia bonorum, ſi diligenter conferas vetera jura cum novis omnino in hoc caſu, id eſt, in hac filii ſucceſſione eadem videtur eſſe conditio patris & matris: nam ſi reſumptum eſt jus, quod obtinebat ex *d. l. mater* 5. *C. ad SCtum Tertull.* ut inibi Odofredus erudite notat, & ſi tempore *legis mater* 5. proprietas deferebatur patri; & pater ſecundas nuptias contrahens amittebat proprietatem bonorum a matre profectorum, quæ proprietas cum legibus poſterioribus patri generaliter denegata fuerit, & eam igitur hoc caſu non potuit amittere, quandiu remanſit hoc jus; hodie vero cum nova conſtitutione eadem proprietas patri reddita fuerit, ceſſare videtur ratio Juſtiniani, quæ locum habuit, quando pater non ſuccedebat filio pleno jure, ſed ratione uſusfructus tantum, ut, quod eſt traditum in *d. l. generaliter* 5. *C. de ſec. nupt.* quoniam nulla manet hodie differentia in hac ſpecie inter patrem & matrem, generaliter ſit quoque accipiendum de patre, & ita trahere debemus priores leges ad poſteriores, vel potius poſteriores ad priores, quod frequentiſſimum eſſe, eleganter eſt proditum in *l.* 26, 27, 28. *D. de legib.* ut hoc ſemper legibus quaſi ineſſe videatur, ut ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt, & quia noviſſimum jus fecit hac in parte has perſonas ſimiles, idem quoque jus tam in patre, quam in matre obtinere debet, leges autem Codicis recipere interpretationem ex Nov. Juſtiniani, ipſe Juſtinianus docuit nobiliſſimo exemplo in *d. Nov.* 22. ubi trahit ad ſuam mentem *l. unicam C. ſi dos conſt. matrimonio ſol fuer.* qua de re vide D. Cujac. in *Parat. Cod. d. tit.* cætera, quæ ſunt in hac Novell. de

lucro nuptiali D. Cujacius diligenter expoſuit. Reſtat caput ult. hujus Novell. de non ſolvenda donatione propter nuptias, dote non ſoluta, ad quod adnotare ſufficiat deciſionem Guidonis Papæ 565. de qua vulgo in foro dicitur, in Gallia hoc caput non obſervari, & longe differre videtur lucrum illud, quod barbari *ſupervitam* vocant a donatione propter nuptias, quam in rem præter *cap.* 4. *lib.* 5. *Obſerv.* D. Cujacii, videndus eſt omnino Theodorus Balſamo in Photium *tit.* 13. *cap.* 4. & hæc ad 2. Novell. dicta ſint.

Novell. 3. Ut determinatus ſit numerus clericorum ſanctiſſimæ majoris Eccleſiæ &c. exſtat in fine Commentariorum ejusdem auctoris in Decretales cum Novell. 5. de Monachis.

Ad Novellam quartam.

De Fidejuſſoribus & mandatoribus, ſponſoribus & ſolutionibus.

Vetus jus, quod in hac Nov. revocatur valde placuiſſe præſtantiſſimo Papiniano, conſtat ex nobiliſſimo teſtimonio Juſtiniani, qui eum accurate de hoc jure tractaſſe narrat, dum ait, a Papiniano quæſitum fuiſſe remedium incommodo cuidam, quod ex illo veteri jure emergebat. Nec tamen exſtat hujus Papiniani ſententiæ veſtigium ullum in D. noſtris; errant enim, qui in hanc rem utuntur *l. ſi teſtamento* 49. §. *ult. D. de fidejuſſ.* cujus ſpecies longe diverſa eſt, & Juſtiniani verba ſatis oſtendunt, id ex profeſſo egiſſe Papinianum, quem conſtat fuiſſe veteris juris religioſiſſimum *l. præſcriptio* 45. §. 1. *l. juſto* 44. §. *nondum* 3. *D. de uſurpat. & uſucap.* & licet vetus illud jus paulatim in deſuetudinem abiret, de illo tamen tractavit accuratius, quia id æquius & melius eſſe judicabat, & ita ſolent periti juris, qui JCti dicuntur, jus præferre decretis & conſtitutionibus principum. *l.* 1. § *ſi coheredis* 14. *D. ad leg. Falcid.* & longe aliter, quam præferant conſtitutionum verba, principum mentem interpretari, qua de re exſtat nobiliſſimum exemplum in *l. ſcire* 13. §. *aliud* 2. *D. de excuſat.* quod igitur Papiniano placuit, at principibus diſplicuit, revocat Juſtinianus ex ſuggeſtione Triboniani, conſtituens, prius agendum eſſe adverſus reum principalem, quam agatur adverſus acceſſionem, adverſus mandatorem, fidejuſſorem & eum, qui conſtituit pecuniam pro reo ſe ſoluturum, quem ἀντιφωνήτλω vocat, ſublata electione, quam conſtitutiones dederant contra vetus illud jus, debet igitur prius agere creditor contra reum principalem actione perſonali, vel hypothecaria, aut utraque ſimul, ut in *l. ult. C. de obligat. & act.* quæ non eſt abrogata hac Nov. & ſi non conſequatur debitum in ſolidum, vel pro parte hac, vel illa actione, tunc poteſt agere adverſus acceſſiones, quod ita accipiendum, ut ſi forte pignus poſſideat creditor, non poſſit, inexcuſſo pignore, agere adverſus acceſſiones, nec enim videri poteſt debitor non ſolvendo, cujus rem credi-

ditor tenet. Idem dicendum puto, si pignus sit penes debitorem ipsum; & his casibus abrogatas esse leges inter *eos* 51. §. *creditor* 3. *D. de fidejuss.* & *l. omissis* 17. *C. eod.* manifestissima ratione, quia prius est excutiendus reus personali actione, vel hypothecaria. Qua in re veteres interpretes Latini cum Accursio peccant, Græci fuerunt cautiores, qui in libro βασιλικῶν non habent *d. l. omissis* 17. utpote abrogatam hac Nov. si tamen extraneus possidet pignus, hoc casu non ex arbitrio, ut olim, & voluntate creditoris, sed ex necessitate inducta ab hac novella, tenetur prius creditor agere actione personali adversus accessiones & tandem agere adversus defuncti res ab extraneo possessas, & adversus res, accessiones, nomina, & hypothecas ut eruditissime D. Cujacius docuit *lib.* 8. *Observ. cap.* 19. & hoc locum habet, si præsens sit reus principalis, nam si sit absens, data a judice competenti dilatione accessionibus, intra quam teneantur reum exhibere, si non exhibeant, judicium suscipere coguntur & creditori satisfacere; cessis tamen actionibus, quas habet creditor adversus reum principalem, quod noviſſime induxit Justinianus, deficiente in hoc casu jure veteri. Sed & posteriori hujus Novellæ parte succurrendum putavit debitori, qui mutuam accepit pecuniam, neque pignoribus, neque fidejussoribus datis, adversus quem si creditor agat, nec debitor habeat in promptu pecuniam, quam solvat; vel rem mobilem, quam possit creditori volenti dare in solutum, hoc casu quamvis regulariter aliud pro alio invito creditori solvi non possit vulgata *l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* potest tamen prædia creditori pro pecunia solvere, quod ita expediendum esse vult Justinianus, ut si forte prædiorum emptor inveniatur, prædia ei vendere debitor compellatur, ut ex pretio redacto dimittat creditorem. Sed, quia plerumque suspectæ sunt facultates illorum, qui ære alieno sunt obnoxii, ideo æquissimum esse judicavit Justinianus, ut arbitratu judicis caveat debitor, etiam fidejussoribus datis, quamvis alias venditor nuda cautione de evictione repromittere debeat *l.* 4. *l. si dictum* 56. *pr. l. emptori* 67. *D. de eviction. l.* 2. *D. de rerum permut. l.* 1. §. *stipulatio duplæ* 8. *D. de Prætor. stip.* & ita olim in venditionibus, teste Varrone *lib.* 5. *de Ling. Lat. consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus, in cœptis rebus, ut ipse alterum daret, a quo*, inquit, *caveri postea lege cœptum & ab his, qui prædia venderent, vades ne darent, ut scribi cœptum in lege mancipiorum, vadem ne posceret, nec dabitur*, & quod conventionibus illis nominatim cavere solebant, transiit in jus commune, ut contra ex supra dictis legibus, nisi forte in limine contractus, vel, ut Varro loquitur, in cœptis rebus immineat evictio *l. si post* 24. *C. de evict.*, quo tamen casu venditor non de omni evictione cavere debet, sed de ea, quæ imminet tantum, ut aperte docet *l. habitationum* 18. §. *ult. de peric. & comm. rei vend.* Bartolus & Doctores, qui in tali sunt sententia, male utuntur *d. l.* 1. §. *stipulatio duplæ* 8. & *l. ult.* §. *ult. D. de rescind. vend.* quas si quis excutiat attentius, poterit observare, nihil omnino probare contra sententiam nostram, nam si in hoc singulari casu, quem tractamus, quo nempe vix videtur idoneus venditor, Justinianus hoc nominatim constituit, ut cavere teneatur etiam de futura evictione; longe aliud

esse dicendum in casu *d. l. si post* 24., in qua nempe non est locus huic suspicioni, longe diversa ratio manifestissime convincit: si tamen fidejussores dare non possit debitor, tenetur emptor arbitratu judicis cautionem, quam debitor præstare potest, admittere, quod subtiliter Accursius exposuit. At, si emptor non inveniatur, datur in solutum prædium a judice æstimatum, eadem cautione præstita creditori, qui quasi emptor est, ut est notissimum ex *l. eleganter* 24. *D. de pigner. act.* & ex *l.* 4. *D. de evictionib.* & hæc ad 4. Novellam dicta sint.

F I N I S.

INDEX LOCORUM,

Quæ hoc volumine data opera explicantur.

EX PANDECTIS.

L. diem functo 4. D. de Offic. Assessor. Pag. 1
L. privilegia 32. D. de reb. auct. jud. poss. 9
L. naturalis 5. pr. D. de præscr. verb. 13
- - - - - - §. 1. 17
- - - - - - §. 2. 19
L. servitutes 1. D. de servit. 23
L. unus 2. eod. 27
L. servitutes 3. eod. 29
L. servitutes 4. pr. 31
- - - - - - - - - §. 1. & 2. } 33
L. via 5. D. eod. }
L. ad certam 6. D. eod. 35
L. jus cloacæ 7. } 36
L. ut pomum 8. pr. }
- - - - - - - §. si prædium 1. 38
L. si cui 9. D. eod. 41
L. si iter. 10. D. eod. 44
L. pro parte 11. D. eod. 45
L. non dubito 12. D. eod. } 46
L. si tam 13. D. eod. }
L. servitutes 14. pr. D. eod. 47
- - - - - - §. servitus 1. 57
- - - - - - §. publico 2. 58
L. quoties 15. pr. D. eod. 60
- - - - - §. servitutum 1. 61
L. ei, qui 16. D. eod. 62
L. in omnibus 18. D. eod. 63
L. ei fundo 19. D. eod. 60
L. quoties 20. D. eod. 64
L. si intercedat 21. D. eod. (quæ alias est lex 1. D. de servit. præd. urb.) 58
- - - - - - - - - §. si ususfructus 1. } 65
L. Minicius 61. D. de rei vind. }
L. 27. § & si puerum 28. D. ad L. Aquil. 67
- - - - §. item si 35. 68
Tractatus de jure accrescendi inter legatarios. Pag. 70
L. Obligationes 1. pr. D. de O. & A. 77
- - - - - - - - §. Obligationes 1. 80
- - - - - - - - - §. verbis 7. & 8. 84
- - - - - - - - - §. si id 9. 86
- - - - - - - - - § huic proximus 13. 87
L. consensu 2. D. eod. 88
L. obligationum 3. pr. D. eod. 90
- - - - - - - - - §. non satis 1. 92
- - - - - - - - - §. verborum 2. 93
L. ex maleficio 4. D. eod. 94
L. si quis 5. pr. D. eod. 95
- - - - - - §. tutelæ 1. 97
- - - - - - §. heres. 2. 98
- - - - - - §. is quoque 3. 100
- - - - - - §. si judex 4. 101
- - - - - - §. is quoque 5. 106
- - - - - - §. item exercitor. 6. 107
L. in omnibus 6. D. eod. 108
L. actiones 7. D. eod. 111
L. sub hac 8. D. eod. 112
L. filiusfamilias 9. D. eod. 115
L. naturales 10. D. eod. 116
L. quæcumque 11. D. eod. 118
L. ex depositi 12. D. eod. 119
L. in factum 13. D. eod. 115
L. servi 14. D. eod. 121
L. qui cum herede 15. D. eod. 124
L. qui a servo 16. D. eod. 127
L. omnes 17. D. eod. 129
L. si is, qui 18. D. eod. 131
L. ex promissione 19. D. eod. 129
L. servus 20. D. eod. } 133
L. contraxisse 21. D. eod. }
L. cum quis in diem 22. D. eod. 137
L. Trajectitiæ 23. D. eod. 140

INDEX LOCORUM.

EX CODICE.

L. cauſſa 1. C. de reb. cred. & jurejur. Pag. 150
L. jurisjurandi 2. C. eod. 153
L. in bonæ 3. C. eod. 156
L. ſi ad excludendam 4 C. eod. 157
L. cum etiam 5. C. eod. 163
L. cum proponas 6. C. eod. 164
L. nec filius 7. C. eod. 166
L. actori 8. C. eod. 168
L. delata 9. C. eod. 171
L. in actione 10. C. eod. } 172
L. ſi quis 11. C. eod. }
L. generaliter 12. pr. C. eod. 173
- - - - - - - - §. ſed juramento 1. 175
- - - - - - - - §. ſi autem is 2. 176
- - - - - - - - §. ſive autem 3. 177
L. cum quis 13. C. eod. 150
L. neque æquum 1. C. ſi cert. pet. 181
L. quamvis 2. C. eod. 183
L. eos, qui 3. C. eod. 186
L. ſi abſentis 4. C. eod. 183
L. ſi non 5. C. eod. } 189
L. ſi ex pretio 6. C. eod. }
L. non unde 7. C. eod. 191
L. ſi pro mutua 8. C. eod. 192
L. cum te 9. C. eod. 193
L. eo, quod 10. C. eod. 189
L. incendium 11. C. eod. 194
L. ſi in rem 12. C. eod. 193
L. eum, qui 13. C. eod. 194
L. mutuæ 14. C. eod. 195
L. quisquis 16. C. eod. 186
L. unic. C. de ſuffrag. 197
L. unic. C. de proh. ſequeſtr. pec. 200
L. pecuniæ 1. C. de cond. indeb. 203
L. ſi citra 2. C. eod. 204
L. unic. C. ex delict. defunct. 205
L. ſi pro alieno 1. C. de conſtit. pecun. 220
L. receptitia 2. C. eod. 221
L. divi 3. C. eod. 223
L. ut creditor 1. C. de prob. 225
L. poſſeſſiones 2. C. eod. 227
L. ex perſona 3. C. eod. 229
L. proprietatis 4. C. eod. 230
L. inſtrumenta 5. C. eod. } 232
L. rationes 6. C. eod. }
L. exemplo 7. C. eod. }
L. fruſtra 8. C. eod. 233
L. cum te 9. C. eod. 234
L. neque 10. C. eod. Pag. 236
L. ſi ſcriptum 11. C. eod. 237
L. cum res 12. C. eod. 230
L. non epiſtolis 13. C. eod. } 239
L. non nudis 14. C. eod. }
L. vis ejus 15. C. eod. 240
L. ſive poſſidetis 16. C. eod. 242
L. matrem 17. C. eod. 243
L. cum precibus 18. C. eod. 244
L. exceptionum 19. C. eod. 247
L. ſi de poſſeſſione 20. C. eod. 248
L. ad probationem 21. C. eod. 250
L. ad probatonem ſervitutis 22. C. eod. 248
L. Actor 23. C. eod. 251
L. jubemus 24. C. eod. 244
L. ſciant 25. C. eod. 252
L. adverſus 1. C. de teſtib. 252
L. ſi tibi 2. C. eod. 254
L. etiam 3. C. eod. 256
L. ſola 4. C. eod. 258
L. eos 5. C. eod. 264
L. parentes 6. C. eod. 265
L. nimis grave 7. C. eod. 268
L. ſervum 8. C. eod. 269
L. jurisjurandi 9. C. eod. 271
L. omnibus 10. C. eod. 275
L. quoniam 11. C. eod. 277
L. libertorum 12. C. eod. 279
L. qui falſa 13. C. eod. 280
L. nullum 14. C. eod. 280
L. 15. C. eod. 285
L. 16. C. eod. 286
L. ſi quis 17. C. eod. 289
L. teſtium 18. C. eod. } 291
L. ſi quando 19. C. eod. }
L. cum apud 20. C. eod. 292
L. ex pignore 1. C. de pignor. act. } 298
L. quod ex operis 2. C. eod. }
L. creditor 3. C. eod. }
L. pactum 4. C. eod. 300
L. ſi creditor 5. C. eod. } 305
L. quæ fortuitis 6. C. eod. }
L. creditor 7. C. eod. 325
L. ſi nulla 8. C. eod. } 305
L. pignus 9. C. eod. }
L. nec creditores 10. C. eod. 327
L. pignoris cauſſa 11. C. eod. 332
L. quo minus 12. C. eod. 327

L.

L. poſt perfectam 1. C. de peric. & comm. rei vend. Pag. 336
L. cum convenit 2. C. eod. 339
L. dolum 3. C. eod. 342
L. cum inter 4. C. eod. } 339
L. cum ſpeciem 5. C. eod. }
L. mortis 6. C. eod. Pag. 343
L. jus emphyteuticarium 1. C. de jur. emphyt. 353
L. in emphyteuticarijs 2. C. eod. 363
L. cum dubitabatur 3. C. 370

EX NOVELLIS.

Novella 1. Pag. 372
- - - - 2. 382
Novella 4. Pag. 388

INDEX II.

Occaſione ſuperiorum textuum tanguntur ab Jano a Coſta, vel illuſtrandi, vel corrigendi gratia loci ſequentes.

§. ſi cui fundus 9. Inſt. de legat. Pag. 129
§. omnium 1. Inſt de action. 206. 218
§. non autem 1. Inſt. de perp. & temp. action. 120. 210. 213
L. illicitas 6. §. veritas 1. D. de off. præſ. 231
L. de his 6. D. de tranſact. 153
L. filiusfamilias 8. pr. D. de procurat. 123
L. quod procurator 68. D. eod. 118. 184
L. ſi pupilli 6. §. ſi quis ita 4. D. de negot. geſt. 96
L. ſi quis in legatione 8. D. de jud. 135
L. filiuſ. 15. pr. D. eod. 105
- - - - - - - §. 1. 103
L. ſed ſi quid 15. §. ult. in fin. & l. 16. D. de uſufr. 28
L. ſi quis ædes 30. §. ſi partem 1. D. de S. P. U. 39
L. certo generi 13. pr. D. de S. P. R. 30
L. ſi communi 27. D. eod. 40
L. unus 34. pr. D. eod. 39
L. ſi ego 18. pr. D. de reb. cred. 92
L. vinum 22 D. eod. 138
L. multo 24. D. de jurejur. 168
L. qui juraſſe 26. pr. D. eod. 158
L. frater a fratre 38. pr. D. de condict. indeb. 122
L. eum, qui 5. §. Julianus 1. D. de conſt. pec. Pag. 135
L. ſi cum 13. §. venit. 1. D. de pign. act. 312
L. ſi hominem 7. §. quoties 2. D. de poſ. 9
L. quod ſæpe 35. §. illud 1. D. de contrah. emt. 114
L. pacta 72. pr. D. eod. 357
L. lectos 12. D. de peric. & comm. rei vend. 344
L. ex conducto 15. §. Papinianus 4. D. locat. cond. 348
L. ſi fundus 33. D. eod. 343
L. pignoris 17. D. de pignor. 76
L. ſicut 1. §. igitur 4. D. de rer. perm. 14
L. Labeo 2. D. de naut. fœn. 143
L. produci 23. D. de teſtib. 290
L. plane 34. §. ſi conjunctim 9. D. de legat. 1. 73
L. Mela 14. §. quidam 3. D. de aliment. & cib. leg. 24
L. Titia 86. D. ad leg. Falc. 182
L. cum in corpus 36. D. de acq. rer. dom. 92
L. homo 54. §. ſed damnum 2. D. eod. 310
L. ſequitur 4. §. libertatem 29. D. de uſuro. & uſucap. 52—55

L. ſi aliena 10. §. hoc jure 1. D. eod. Pag. 52—55
L. ſi ventri 24. §. in bonis 2. D. de reb. auct. jud. poſſ. 9
L. centeſimis 46. §. ſi ita 2. D. de verb. oblig. 113
L. generaliter 5. D. de fidejuſſor. 131
L. ſi pœna 20. D. de pœn. 209
L. cum quæritur 3. D. de legation. 136
L. ſi judex 6. D. de extraord. cognit 102
L. magna 226. D. de verb. ſignif. 309—315
L. interlocutio 19. C. ex quib. cauſſ. infam. irr. 245
L. ſi mandatum 14. C. de negot. geſt. Pag. 96
L. adite 1. C. de ord. judicior. 165. 237
L. heredes 1. C. de hered. tutor. 212. 313
L. qui poſt 3. C. de legat. 325
L. ſi in fraudem 9. C. eod. 124
L. un. §. ubi autem C. de caduc. toll. 71. 72
L. un. C. de uſucap. transform. 56
L. quæſtionem 1. C. de quæſt. 270
L. creditores 3. C. de pignor. & hypoth. 333
Paullus ſent. lib. 1. tit. 17. §. 2. 50
Ulpianus fragment. tit. de tutel. §. 8. 158

EX NOVELLIS ANTE-JUSTINIANEIS, QUÆ PROSTANT POST CODICEM THEODOSIANUM CL. RITTERI.

Libr. 1. tit. 40 Pag. 346
Libr. 2. tit. 8. Pag. 330

EX SCRIPTORIBUS LATINIS.

Cicero pro Quintio c. 6. Pag. 265
- - - - - Flacco c. 21. 294
- - - - ad Attic. l. 12. epiſt. 28. 301
Cornelius Nepos in Alcibiad. c. 7. 309
Plinius hiſt. nat. l. 29. c. 1. Pag. 252.
Virgilius Æneid. lib. 5. vſ. 533.
Varro de LL. lib. 5. c. 1.

INDEX III.

In notis illuſtrantur, vel corriguntur loca ſequentia.

§. non autem 1. Inſt. de perp. & temp. act. Pag. 213
L. ſed ſi quid 15. §. ult. in fin. & l. 16. D. de uſufr. 28
L. ſi unus 19. D. de ſervit. præd. ruſt. 25
L. ſervus 20. L. quidam 22. L. ſi ſervus 23. L. multo 24. L. ſed etſi 25. } D. de jurejur. 166
L. liberi 70. D. de contrah. emt. 86
L. Julianus 13. §. ſi in locatis 11. D. de act. emt. 337
L. ſicut 1. §. igitur 4. D. de rer. permut. 14
L. ſi fundus 33. D. locat. cond. 336
L. Lucius 11. D. de evict. 336
L. plane 34. §. ſi conjunctim 9. D. de legat. 1. 73
L. Mela 14. §. quidam 3. D. de alim. & cibar. legat. 24
L. conſtitutionibus 33. D. de obl. & act. Pag. 209
L. Marcellus 25. D. de fidejuſſor. 317
L. un. C. de proh. ſequeſtrat. pec. 200
L. ut creditor 1. C. de probat. 225
L. ſola 4. C. de teſtib. 258
L. nullum 14. L. conſtitutio 16. } C. eod. 283
L. quominus ult. C. de pignor. act. 329
L. poſt perfectam 1. C. de peric. & comm. rei vend. 337
L. ult. C. ſi mancip. ita fuer. alien. ut manum. 21
Paullus *ſentent. lib. 5. tit. 15.* § 3. 265
Ulpianus *fragment. tit. de tutel.* §. 8. 158
Coll. LL. Moſaïc. & Rom. *tit.* 8. §. 7. 262
Cicero *de offic. l. 3. c. 10.* 311
- - - - - - - - - - *c. 15.* 137
Horatius *lib. 1 ſat. 1.* 107

UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES CENTRE TOULOUSE

ERRATA

Quædam nocentiora.

Pag. 21. in nota lin. 10. legitur *l.* 5. §. 1. — *D. de præſcript. verb.* lege 5. §. 2. &c.
--- 25. in nota 1. lin. 4. legitur *nec ſi:* lege *ne ſi.*
--- 56. lin. 6. legitur *l. ſi quis diuturno* 4. lege *ſi quis diuturno* 10.
--- ead. lin. 20. idem vitium eodem modo corrige.
--- 86. in not. lin. 2. legitur *l.* 76. lege *l.* 70.
--- 106. lin. 25. *utebatur.* lege *utebantur.*
--- 196. lin. 12. & 13. perperam geminata ſunt hæc verba: *quia non fuit interpoſita ſtipulatio; neque conſenſu.*
--- 204. lin. 26. pro *l. Lucius* 24. *D. de poſitum.* lege *l. Lucius* 24. *D. depoſiti.*
--- 241. lin. 22. pro *an autem* lege *ait autem.*
--- 247. lin. 19. pro *Adrianus* lege *Anianus.*
--- 271. lin. penult. pro *utitur* lege *nititur.*
--- 277. lin. 28. pro *tanquam judices* lege *tanquam indices.*
--- 293. lin. ult. pro *omnes fere ſub* lege *omnes fere ſententiæ ſub.*
--- 294. lin. 33. pro *de inſtrum. quæ ſub lyr.* lege *de infirmand. quæ ſub tyrann.*
--- 302. *τὰ jure Quiritium. Potuit* hic interpunge *jure Quiritium, potuit.*
--- 303. lin. 21. pro *non poſſe adimere creditori* lege *non poſſe adimere debitori.*
--- 323. lin. 42. pro *uſum* lege *caſum.*
--- 340. lin. 8. pro *ſive* lege *ſine.*

Ad finem paginæ 165. adde hanc notam.

In codice MS. Petri Fabri ultima verba legis 6. *C. de reb. cred. & jurejur.* ſic exhibita fuiſſe; *& voluntatis* NOSTRÆ *placitum* &c. diſerte præ ſe tulit manuſcriptum Jani a Coſta opus. Sive autem is verus error Codicis Fabriani fuerit, ſive falſo ei affictus per deſcriptorem harum recitationum, minime recedendum eſt a recepta lectione *voluntatis* VESTRÆ *placitum:* nec voluiſſe Janum a Coſta *τὸ veſtræ* mutari in *noſtræ*, docet ejus ſermo extremus, ubi ait: *juxta decretum & jusjurandum ex conventione utriusque partis præſtitum:* quo ſermone verba reſcripti *voluntatis placitum* palam refert ad conventionem litigantium: nam & jusjurandum, in judicio ab altero delatum alteri, ex conventione proficiſci, docuerat ad *l.* 1. *C. de reb. cred.*



