271/A


BIBLIOTHEQUE DU CLERGE DE TOULOUSE
Ex Munificentia
Cleri
A·F·

La A 36 (2)
Nf. 1810

CLARISSIMI VIRI

GVILIELMI MARANI

ANTECESSORIS TOLOSANI

VARII TRACTATVS IVRIS CIVILIS

NVNC PRIMVM EDITI.

TOMVS ALTER.



BIBLIOTHÈQUE PUBLIQUE DE TOULOUSE

TOLOSÆ,

Excudebant IOANNES BOVDE, & I. IACOBVS BOVDE, Regis, Comitiorum Linguæ Occitanæ, & Academiæ Tolosanæ Typographi.

CVM PRIVILEGIO REGIS. M. DC. LXXI.

CLARISSIMI VIRI

GVILELMI MARANI

ANTECESSORIS TOLOSANI

VARII TRACTATVS

IVRIS CIVILIS

NVNC PRIMVM EDITI

TOMVS ALTER

TOLOSÆ,

BIBLIOTHEQUE DE TOULOUSE

FONDS TOULOUSAIN

TOMO II. CONTINENTVR.

TRactatus, *De Iurisdictione in genere:*

Ad Titulum, De Rebus creditis & de condictione, si certum petatur, Digest.

Ad Legem XXXVIII. Frater à fratre Digest. de condictione indebiti.

Ad Legem XXXI. Bona fides, Digest.

Ad Legem XCI. In quartam, Digest. ad Legem Falcidiam, & Legem XXIV. Filium quem, Codic. familiæ erciscundæ:

Ad Titulum, De acquirenda, vel amittenda possessione, Digest.

Ad Legem LXXVII. Actus legitimi, Digest. de Regul. Iuris:

Ad Titulum, De Iudicijs, Cod.

Ad Titulum, De Iure emphyteutico, Cod.

De Transmissionibus, siue ad Titulum, De his qui ante apertas tabulas ad Heredes transmittunt, Cod.

Ad Titulum, De Sententijs quæ pro eo quod interest proferuntur, Cod.

Ad Titulum, De Pignoribus & Hypothecis, Cod.

Ad Titulum, In quibus causis pignus tacitè contrahitur, Cod.

Ad Titulum, Si res aliena pignori data sit, Cod.

Ad Titulum, De actionibus, Institut.

Non desunt indices locupletissimi.

TOMO II. CONTINENTVR.

ILLVSTRISSIMO

TOLOSANI SENATVS PRINCIPI

GASPARI FIEVBET

AVI mei Reliquias Operum, à multis ſæpe impiè diſtractas contaminari videbam, PRINCEPS SENATVS ILLVSTRISSIME, & ægrè moleſtéque ferebam: cur tamen impunè hactenus per me liceret, vel ipſe neſcio. Sed tantæ injuriæ pertæſus tandem, ea, vt minùs eſſent, privati Iuris (ſi Iuris eſt alienam rem invito Domino contrectare) publici facio: & hoc pacto mihi videor rebus meis optimè conſulere; nam illorum furta, non ſinè infamia, in pœnam delicti ſui, detegentur, & familiæ noſtræ literaria ornamenta reddentur, quibus ne-

fariè exuebatur, mihi verò, pro innumeris beneficiis, quibus benevolentiæ tuæ obnoxius sum, clarior nunc quàm antea occasio dabitur testificandi, mea omnia Tibi *deberi; quo nihil dulcius est animo gratissimo & officij semper memori. Rem aggredior confidentiùs, Raymundi Marani Patrui mei τῦ μακαρίτυ exemplo, qui Paratitla olim eadem mente vulgavit; ne scilicet illa ab imperitis malè haberentur, & ut Genti Espernoniæ, cujus nomen colere æterna Maranis erit Religio, meritas gratias persolveret. Vult præterea & ipsa Operum ratio, ut illa* Tibi *præcipuè inscribantur,* PRINCEPS SENATVS ILLVSTRISSIME. *Cum enim in* Te *Legum vis & Iustitiæ dignitas tota posita sit, quid æquius quàm ea volumina* Tibi *consecrari, in quibus Iuris doctrina sublimiter continetur? Amabo* Te *quî fieri potuisset, ut hæc à me* Tibi *non defferrentur, in obsequii monumentum, à me inquam, qui Iure naturali & Civili in tuis annumerer? dum cæteri in* Te *oculos animosque benevolos conjiciunt, acceduntque ut mirentur, in una Sede tua summi Magistratus majestatem & amorem populorum morari. Et licet sint qui* Tibi *invideant,* PRINCEPS SENATVS ILLVSTRISSIME, *(quoniam cum tantis*

dotibus quibus fulges, in invidia non esse non potes, quæ Heroum *comes est) ut* Te *tamen venerentur facit virtus illa, quâ Regis nostri Ludovici, at cujus Regis! omnium certè quotquot ante fuerunt maximi, commendationem, munera, & favorem meruisti. Sic* Te *nemo fœlicior est qui etiam obtinueris, ut ab illius ore, quo tonante totus orbis pronus obmutescit, toties lauderis, quoties de viro justo & vitæ integro apud ipsum agatur. Et* Te *non potest non vehementer amare, qui in rebus temporibusque difficillimis inconcussam fidem tuam semper expertus est: ideóque meritò ad* Te, *quasi ad normam recti, quos eligit in regimen Reipublicæ exigit,* Tequè *edit in præjudicium acerrimi judicij sui. Quod si ex millies decantata sententia,*

Principibus placuisse viris non vltima laus est;

quàm tua illa ingens erit, PRINCEPS SENATVS ILLVSTRISSIME? *ex quo Regi omni ex parte placuisti, à quo laudari nihil habet majus rerum humanarum conditio. Equidem omnino imprudens sim & nullius consilij, si post hæc aliunde splendori tuo quidquam addi posse putem: quippe imbecillitatem potiùs, quàm ornandi studium prodere est, cona-*

ri aliquid ultra, dignitatis tuæ causà. Non ergo operâ abutar meâ tuáque benignitate, quâ me liberaliter ſoles excipere : unum tantùm liceat perpetuò dicere, pro meo inſtituto ; me ab intimis animi affectibus, tui eſſe, & ſemper fore obſervantiſſimum. Vale & beare perge tuâ benevolentiâ,

PRINCEPS SENATVS ILLVSTRISS.

IACOBVM MARANVM
Toloſanæ Eccleſiæ majorem Archidiaconum & Academiæ Anteceſſorem.

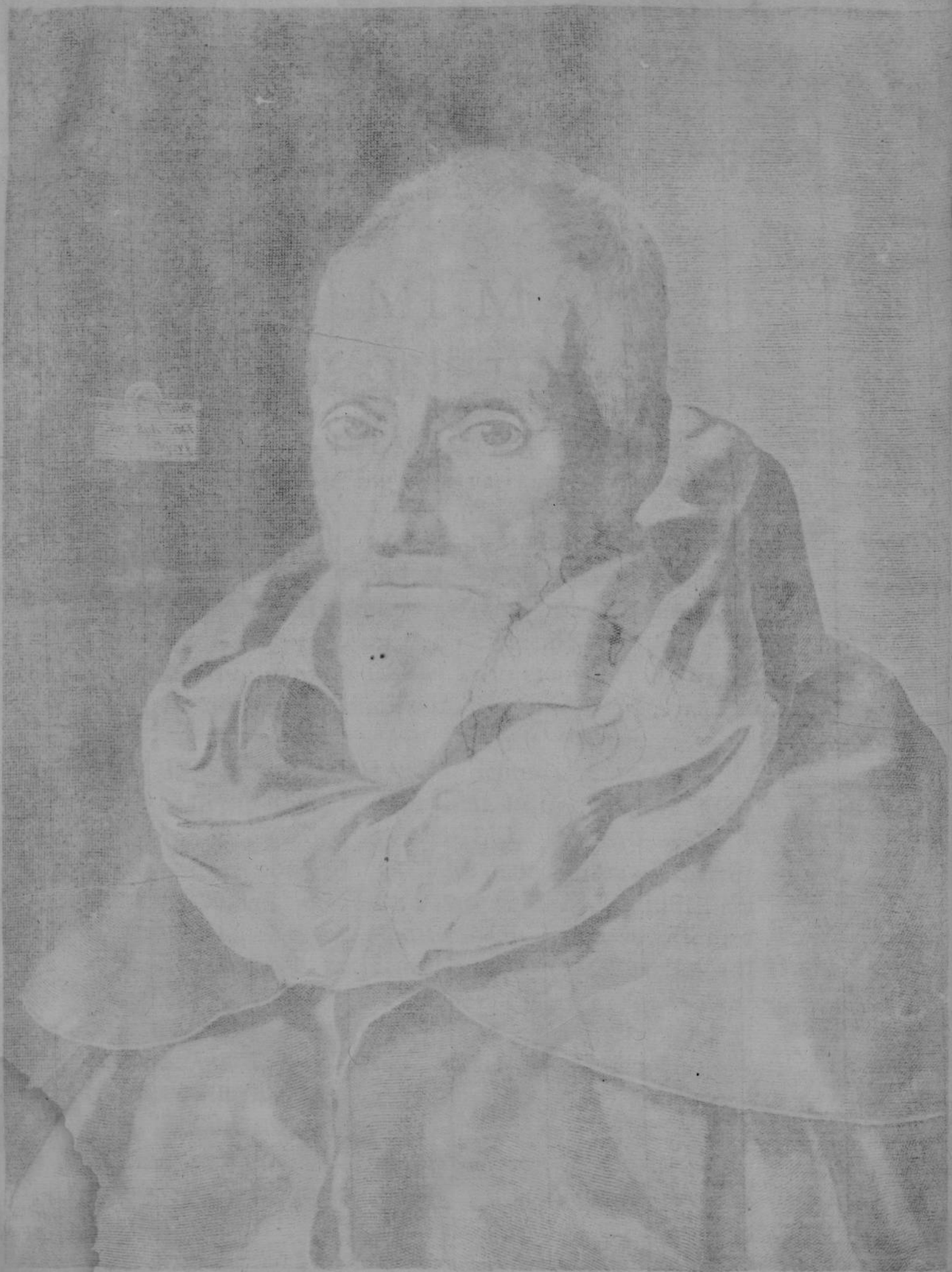
VITA
CLARISSIMI VIRI
GVILIELMI
MARANI,
ANTECESSORIS TOLOSANI,
BERNARDO MEDONIO
Scriptore.

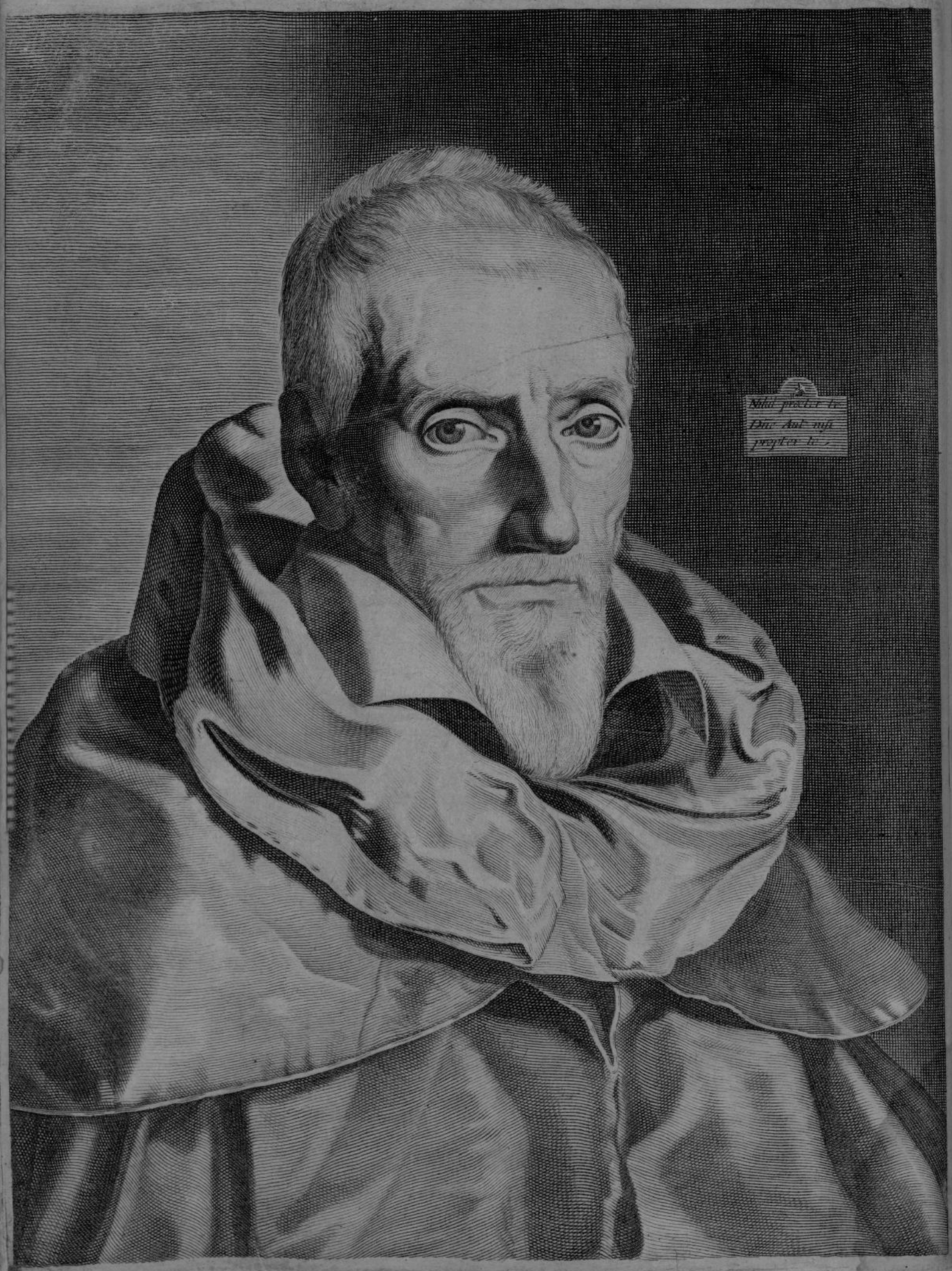


TOLOSÆ,
Excudebant IOANNES BOVDE, & IOANNES IACOBVS BOVDE, Regis, Comitiorum Linguæ Occitanæ, & Academiæ Toloſanæ Typographi.

M. DC. LXXI.

VITA
CLARISSIMI VIRI
GVILIELMI
MARANI.





Ista quis artificem docuit compendia? Certè
Augusta ingentem claudit imago virum

Guiliel. Muranus, Academiae Tolos. Docanus, in qua jus utrumque per annos 38 docuit – Vixit annos 72, menses 5, dies 11 – Obiit anno 1621. 3. Idus decemb.

VITA
GVILIELMI MARANI
ANTECESSORIS TOLOSANI.

GVILIELMVM MARANVM acerrimi virum ingenij, variæ, & ſummæ eruditionis, conſummatæque virtutis, Toloſanæ olim Academiæ lumen, & ornamentum, mihi tanti Nominis ſtudioſiſſimo placet, memoriæ Temporum commendare; eiuſque cum corporis, tum animi effigiem, non fuco vllo, aut pigmento, inanium laudum corruptam, verùm, vivis, & nativis coloribus adumbratam, Poſteritati relinquere.

TOLOSÆ naſcitur Anno milleſimo, quingenteſimo, quadrageſimo nono, pridie Kal. Iulij, IOANNE MARANO, & BERTRANDA VERGERIA, optimis honeſtiſſimiſque Parentibus. Ab ipſo Vitæ ortu Naturam expertus eſt liberaliſſimam; quæ præter morem eximia, illuſtriſque erumpens, Puero ingentes ſpiritus addidit; quibus ille, ad virtutes & honores, maturrimè properaret. Tenellus adhuc in gremio Parentum, blandimenta omnia, & delicias reſpuebat; nihilque non agebat, quod ſenilem ſapientiam, & quod magis mireris, ſeveritatem quandam non redoleret. Libris ſolùm inhians, quoties Mater, aut Condiſcipuli, ludendi relaxandique animi causâ, illum ab his avocabant, tantâ moleſtiâ afficiebatur; ut ejus os venuſtiſſimum, nube quaſi, obduceretur, donec ad genium rediret.

Virtutis, & vtriusque Linguæ præceptis, à Patribus Societatis Iesu, quos Civium omnium desyderio, & precibus efflagitatos, Tolosa paulò ante exceperat, primùm imbuitur: deinde, Collegii Squillani, ut vulgò appellant, Professoribus, Literarum laude adhuc florentibus, Rhetoricis, Philosophicis, alijsque Disciplinis instruendus traditur: is enim, qui tum huic Collegio moderabatur, à Patre sibi conjunctissimo, ut eò mitteretur, non sinè vi obtinuerat.

Adolescenti immane quantùm discendi cupido, magna Patris defuit nunquam indulgentia; illum quidem Squillanis Professoribus convictorem fecerat; ne eundo, & redeundo, temporis usuram perderet; quam in Æde Musarum, sede fixâ, diuturniorem sibi largiretur. Harum verò Artium difficultates, incredibile est, quàm facilè omnes superaverit! Quibus apprimè instructus, domi statuit apud se, nondum enim in Schola, Literariam sitim suam expleverat, & liberiùs philosophari, & varias Philosophorũ sententias perpendere. Et certè, si tam diu, hæc Adyta rimatus esset, quàm voluisset, sibi per Patrem licere, illum ad Legum studium, acriter impellentem, Philosophiæ non minus, quam Iurisprudentiæ nomine, nunc præter cæteros excelleret, nemoque latiùs Sapientiæ limites extendisset. Illum autem quis non miretur? cum diu multumque versatus esset, inter Philosophiæ Magistros, Græcis exceptis, ut plurimùm barbaros, Latinæ linguæ puritatem retinuisse, & è tanta colluvie intaminatum evasisse. Scripsit, & dixit semper ornatè, tam verò expeditè, quàm si longùm meditatus esset, quæ promeret. Desertis tandem Philosophiæ partibus, non omnino tamen, nam illis, quæ ad mores, & res naturales spectant, per intervalla studere nunquam destitit, ad Iurisprudentiam, totum animum convertit.

Incredibili authoritate, & gloriâ, florebat illis temporibus, Academia Tolosana, & quem olim Athenis Philosophia, eundem hîc Iurisprudentia Principatum obtinebat. In illam, non solùm juvenes, verùm ætate provecti, nullis sumptibus parcentes, Legum interpretes audituri, è re-

motiſſimis Regionibus confeſtim confluebant. Cum à Lectionibus recederent circumfuſi, diſceſſionem credidiſſes exercitus, cui Imperator potiùs, quàm Profeſſor præeſſet. Trium Scholarum amplitudinem qui noverit, rem rectè noverit; faciléque intelliget, non tam unius Vrbis, quàm Orbis univerſi, hanc Academiam fuiſſe. Evanuit nunc quidem ingens auditorum numerus; etſi ſtat ſimillimis Anteceſſoribus: & habet adhuc etiam ſuos MARANOS: quorum ingenium, eruditio, & virtus faciunt, ut nihil ſit, quod Ætas noſtra, præter Scholaſticorum numerum, illis temporibus invideat. Nec profectò illorũ culpâ fit lugenda hæc ſolitudo; alia tanti mali cauſa eſt. Cum enim ſolâ pecuniâ, non literis, ad honores & Reipublicæ munera detur iter, nihil mirum, ſi ſtudia & Legum amor deferbuerint; meritóque illis parcendum eſt, qui improbis laboribus, & vigilijs nolunt conſumi, fruſtrà & ſinè honorum emolumento; cum ignaros videant, præmia Iuriſprudentiæ Magiſtratus, facilè & ſinè Legum tædio plerumque aucupari.

Talis erat illis temporibus Academia Toloſana, cum ad illam MARANVS acceſſit; vixque Iuris Inſtitutionibus delibatis, ante omnes auditores emicuit. Reliquas verò partes perſequens, tantâ argumentandi ſubtilitate pollere viſus eſt, ut ipſos etiam Magiſtros ſæpe percelleret. Quos cum ita laceſſeret, atque acriùs, quàm diſcipulum deceret, interdum provocaret ad pugnam, ab ea nunquam recedebat; quin commotos illorum animos, urbanitate & ſale multo quaſi conditos, compeſcuiſſet. Poſtquam tandem famoſum Legum illud profundum, eo ardore pertentaſſet, quo in cæterarum Artium receſſus penetraverat antea, fruſtrà tum fuit omnis Anteceſſorum cura & induſtria; & jam proprio marte valens, Academiæ vale dixit: dumque ſuo deinde arbitratu, omnia Literarum monumenta conſulit, quibus Iuriſprudentiam illuſtret, tantæ fuit ſagacitatis, in veterum rimandis Authorum locis, vt quæ occurrerent corrupta, depravata, luxata, & ſede ſuâ mota, vitio temporum, aut Librariorum, ſtatim in integrum reſtitueret; tum

ex ingenio, tum utriusque Linguæ beneficio, Græcæ non minùs, quam Latinæ callentissimus. Horum, inquam, idiomatum, genium, indolem & ætates, sic exactè noverat; ut leviſſimam verborum mutationem, & quod cujusque loci, aut Scriptoris proprium esset & peculiare, persentiſceret. Hac arte multis emendationum libris, Thesauros Criticos augere potuisset, quod quamplurimorum voluminum margines relictæ Bibliothecæ indicant; sed ille nimiâ modestiâ laborans, nulla, aut pauca quædam vulgavit, eáque, vrgenti necessitate coactus: à scribendi nimirum prurigine, quâ tot nunc semidocti insaniunt, alienum animum semper habuit. Verùm Musarũ providentiâ factum est, vt quæ premebat ille, magno rei Literariæ damno, IACOBI MARANI ejus Nepotis, Anteceſſoris clariſſimi cura nunc edantur. Academiæ frequentandi finem fecerat; ab Anteceſſorum tamen consuetudine, & latere, avelli vix poterat; tacito quodam impellente Numine, & intimè subindicante, fore vt huic Ordini ipse aliquando ascriberetur.

Valentiæ Cavarum docebat tunc temporis IACOBVS CVIACIVS, & habebatur, Iuriſconſultorum omnium temporum, facilè Princeps. Ejus fama allectus MARANVS, & tanti viri explorandæ eruditionis amore accensus, Patrem rogat continuò, detur sibi copia, illuc se conferendi; nec ceſſat; donec exire domo licuit. Proficiſcentem, votis, & commendatitijs literis, Alumnum suum prosequitur Toloſana Academia; ut illi tantò facilior, ad virum maximum, pateret aditus, qnantò pleniores essent laudis, humanitatis, & officij.

Neque verò vbique gentium decantatum odium illud CVIACII in Academiam, Patriamque unquam extitit: calumnia est, & PAPIRII MASSONI commentum; quod Profeſſoris Cathedram ambientem CVIACIVM, Toloſana Academia unquam reſpuerit. Tantã hominis impudentiam quis ferat? qui sinè testibus, sinè monumentis, aut levi prætextu, innocenti Academiæ, Patriæque, quæ magnis

viris

viris ſemper favit, atrocem injuriam inferre auſus ſit: dum CVIACIVS ipſe ſilet; quis verò in acerbiſſimo odio ſileat? & ex Actis Academiæ liquidò conſtet; illum nunquam ad diſputandum prodijſſe; his præcipuè temporibus, quibus volunt, illi FORCATVLVM fuiſſe prælatum. Nec quod idem ſcripſerint IACOBVS AVGVSTVS THVANVS, & SCAEVOLA SAMMARTHANVS, viri æternâ laude digniſſimi, ideo culpandi: à vero etenim uterque aberravit, ex infida alterius authoritate.

Annum integrum in ejus celeberrimo auditorio impenderat, cum à Parentibus revocatur; noluit tamen hinc diſcedere, quin priùs Doctoris munere, ſub eius auſpicijs augeretur; quo etiam nomine, labores ſuos commendaret. Ad hunc autem honorem evectus eſt, poſt Triduanam diſputationem: non illam quidem, qua ſcenica oſtentatione, è machina, auditorum fidei illuditur, ſed ſummâ contentione acerrimam; quâ totâ applaudente civitate, pugnæ expectatione illuc adductâ, quid homo homini, MARANVS cunctis præſtaret, lucenter probatum eſt. Quæ cauſa fuit, ut CVIACIVS in ipſo ampliſſimo conſeſſu, tantam gloriam, non minus ſibi, quàm MARANO gratulatus fuerit, dixeritque extemplò; nihil ſibi gratius fore, quàm ſi ille in ſuum locum aliquando ſuccederet. Effatum fuit iſtud CVIACII, quaſi ex vaticinatione & motu: nam cum ſe deinde Academiæ Biturigum Cuborum reddidiſſet, mutato quaſi ſolo, Iuriſprudentiam propagaturus, ibique diem ultimum obijſſet, per hanc Academiam, Biturigeſque non ſtetit, quin in defuncti locum MARANVS ſufficeretur. Sed hæc aliò.

Valentiâ Toloſam proficiſcentem tenerrimè amplexatur CVIACIVS; rogatque bonorum reliquias, quas hîc ſparſas haberet, collectas ad ſe miteret: quod ut valeret exequi, illum authentica ſcriptura Procuratorem ſibi elegit. In Patriam reverſus, poſt amicorum officia, nihil habuit prius, quàm CVIACIO morem gerere; quo in con-

ficiendo negotio, tædij ſanè pleniſſimo, bonis miſerè exturbatis, propter Domini diuturnam abſentiam, eius in rebus agendis induſtria primò ſe exeruit. Mirantur omnes illum interea, nihil literariæ feritatis contraxiſſe; qua plerique juvenum, cum è ſubſellijs emittuntur, turpiter rigent, & dum vrbanorum virorum cœtibus, ex officio permiſcentur, nihil niſi mores agreſtes, & malè defæcatam mentem exhibent, cruditate ſua ſpectatoribus ſtomachum moventes. At ille ſeverè lepidus, non rudis, & incomptus, ab Academiis exierat. Non vbique etiam Doctrinam crepabat, luxuriante rerum copia, egregiè doctorum virorum more importuno; ſed ampliſſimam ſupellectilem erudito ſilentio premebat. Animo nunquam efferebatur; & ſingularis, ac prope Divina ejus ſemper fuit modeſtia; qua facta, dictáque omnia ſua aſpergebat: ſic à ſe livorem omnem & invidiam removebat.

Per hæc tempora in Album Aduocatorum nomen ſuum aſcribi voluit, militiã fori ſectaturus; quæ etſi non verſatur inter vitæ diſcrimina, periculoſiſſimæ tamen Aleæ ſubijcitur; proindeque diu cunctando ad illam acceſſit. Sic erat, vt ſi quid audendum, cum, quodam famæ periculo, nemo eſſet illo meticuloſior; etſi nihil non audere poterat virtute ſua. Suſceptæ tamen rei eventus, non multùm anceps fuit expectatio; nam ſtatim ore, voce, geſtu, rerum copia, denique limato imprimis judicio præclarè præditus, non tam novus, quàm conſummatus Orator apparuit; nec tam rudis, quàm veteranus miles, in hac veluti acie, in qua ingenio & eloquentia pugnatur, viſus eſt.

His dotibus conſpicuus, & jam quotidianus Cauſarum Actor, cum quidem Iudicum aures titillabat, tum animos ſuam in ſententiam facilè omnium trahebat. Auditorum certè nullus erat, qui illi intimè non faveret. Ex quo, Senatus Princeps, vir eximius STEPHANVS DVRANTIVS, quem Ritus Eccleſiaſtici, Religonis ſtudium, & in Regem, Patriamque Toloſam, inconcuſſa fides commendant, valdè illum amare inſtituit.

Nemo verò ejus animi virtutes & ornamenta pluris fecit, quàm IOANNES CATELLVS Senator Toloſanus, Vir ſuis meritis clariſſimus, & è nobiliſſima CATELLORVM Gente Scotica oriundus; quæ Armorum gloria, Literarum ſplendore, Senatorijs inſignibus, & jam à multis ſæculis continenti virtute decòra eminet. Hic cum fortè Cauſam alicujus, cui Sacerdotium ademptum fuerat, eâ ingenii felicitate dicentem audiſſet, ut eſſet omnium conſenſio, neminem clariùs de adverſario potuiſſe triumphare; Illum illico ſibi Generum exoptavit: atque ita, qui paulò ante pro Tribunali Iudex ſedebat, ipſe deinde ſupplex, ad ejus triumphi gloriam acceſſit.

Eo animo affectus, & œſtro quaſi percitus, ſtatim atque è Curia domum revertitur, IACOBÆ LAMAMIÆ lectiſſimæ conjugi, quæ MARANI, in cauſis agendis, eſſet præſtantia, quamque illâ die, ejus decus nominis, in immenſum creviſſet, ſumma cum voluptate commemorat. Tunc quidem effusè magis, quàm unquam antea, bonam indolem laudat; mores candidos, divinum ingenium, cæteraſque virtutes, quibus eſſe præditū, ex vicinia noverat, mentem illi denique aperit, cupere valde, etiam apud ſe ſtatuiſſe, MARANO filiam ſuam collocare. Marito animorum æſtimatori optimo, non diſſenſit uxor morigera; ac proinde, ſinè morâ, ſinè apparatu CATELLVS rem aggreditur: convenit inter partes: non tamen Nuptiis dicta eſt dies; maturâ nondum Virgine MAGDALENA, quæ niſi poſt annum viro juncta fuit. Peculiari Numinis Providentia conjugium initum, præclara deinde auctum prole, quæ ſua laude non carebit, ſtetit ad finem uſque vitæ, ſinè controverſia.

Hîc autem ſileri non poteſt, MARANVM in ipſis Nuptijs, de ſtudio Literarum, deque officio forenſi nihil remiſiſſe; & incredibile eſt, illum inter teneros gratiſſimæ Nuptæ amplexus, non minùs ſolito, libris adhæſiſſe. Culpare quidem omnes, immoderatam diſcendi cupiditatem, vitio vertere, ac probrum illi objcere, quod duriter ſic valetudine abu-

teretur, nec se respiceret: verùm ille ingenii vires altiùs intendens, amicorum querelas susque deque habebat. Quod cum DVRANTIVS, cujus in illum benevolentia, ad summum usque pervenerat, ferre non posset, esset que de amici valetudine valde solicitus, quam quotidie labefactari videbat; MARANO tandem persuasit, in Senatorium Ordinem gradum faceret; quæ statio ejus esset tutior valetudini, & in qua potentiùs omnium commodis inserviret.

Fortè tunc vir clarissimus GARDESIVS, Senator simul & Antecessor Tolosanus, ex Senatus decreto cogitur, unum aut alterum Munerum abdicare: sibi licere quod vellet retinere. At ille maluit, Ius docere, quàm dicere. Quo facto, DVRANTIVS ipse, MARANI nomine, de pretio relicti Magistratus, cum GARDESIO pacisci tur, eâ tamen conditione, à MARANO positâ; ut nisi intra constitutum tempus, Regii Codicilli deferrentur, acta, transactáque forent irrita: quod ideo voluit, ut hinc liberandæ fidei amico datæ, occasionem caperet. Optatò admodùm res contigit: nam Codicillos procurantis indiligentia, & subitâ GARDESII mors, vacantem Cathedram exposcendi, illi opportunitatẽ præbuere; quam tantò lubentiùs arripuit, quantò magis reluctanti animo, ad Iudicis munus se comparaverat: à quo recessisse lætus sæpe sæpius aiebat se, metu periculi, in quo iudicandi Ars hæc, alioquin omnium sanctissima versatur; vel cum majori prudentia, & Religione, Ius, æquitasque exquiritur.

Solemnis disputationis ante decretoriam diem plures quidem competitores habuit, nec imbelles, ut fama erat; sed ut cominus de spoliis GARDESII cum tanto adversario contendendum, subito omnes pedem referunt, quæsitoque defectionis prætextu, honori suo malunt fuga consulere, quàm imbecilliter decertando turpiter cadere. Sed cum Academia, MARANI eruditionem alieno periculo experiri non posset, proprio experta est, ipsis Antecessoribus cum illo in arenam descendentibus; ibique nunquam acriùs pugnatum est: quod ex decreto factum; ne humaniter magis quàm

justè

juſtè, ſi ſinè examine Anteceſſor fieret, allectus videretur. Ex tam inſolenti conflictu, tantum gloriæ MARANO acceſſit, quantum dici vix poteſt; & ipſa Academia mox præcinuit, ſe ſuum illi aliquando decus omne debituram.

Anno milleſimo, quingenteſimo, octuageſimo nono in GARDESII locum inauguratur: cui non magis, quàm ipſi Academiæ, gratulati ſunt omnes Ordines. Quod ſi minus in communi gaudio plauſum, unica cauſa fuit, multorum fortunarum ratio; quorum maximè intererat, ne vir tantus ipſis eriperetur; cuius, aut eloquentiæ viribus, aut Iudiciorum integritate, ſe reſque ſuas incolumes habere, arbitrabantur.

Ea ætate, cuique Cathedræ, Ius unum aut alterum, non utrumque, affixum erat docendi officium; hæc autem quæ MARANVM exceperat, Iuris erat Pontificij: in qua poſitus, ſtatuit illico, quam alij operam in Ius Civile adhibuerant, eandem in Ius Canonicum conferre. Itaque in ſecundo Decretalium libro exornando, omnes animi nervos intendit. Et jam certè frueretur Literaria Reſpublica, ejus luculentiſſimis Commentarijs; niſi maris inclementia, cui ſe, & tam eximios ingenij fœtus, Romam tendens crediderat, nobis illos invidiſſet. Verùm hæc Fatorum injuria, alium ſibi locum poſtulat.

Dum ſuſceptum urget inſtitutum, neque ſibi quidquam otij indulget, omni curâ Rei domeſticæ abjectâ, & eâ felicitate, quam pariunt Literæ, cumulatè fruitur, proh fluxam rerum humanarum poſſeſſionem! MARANO vxor chariſſima eripitur: cujus orbitas, pro amore, quo eam complectebatur, multum acerba, tantò etiam acerbior fuit, quantò magis inde Literarium otium tolli ſibi miſerè videbatur. Quapropter tædio victus, cùm abſentis deſyderium ferre non poſſet, Romam eundi occaſionem quæ ſe obtulit, levandæ ægritudinis causà, lubens amplectitur.

X

Inteſtini Belli incendio flagrabat Occitana Provincia, Hugonotorumque Arma ubique impiè graſſabantur; & jam virtute bellica præſtantiſſimus dux SCIPIO IOYOSA, in cujus Tutela, & Populi, & Religionis ſalus poſita erat, immaturâ morte occubuerat: cumque hinc communis calamitas propiùs immineret, nec haberet Reſpublica, in quem inclinata recũberet; ad HENRICVM IOYOSAM Bochagiæ Comitẽ, qui ab aliquot annis, ſub ſacra Capucinorum veſte latebat ANGELVS, confugiunt omnes; inque vno, ſi miſeratione tangi velit, atque iterum Arma capere, tota ponitur ſpes afflictæ ac ferè proſtratæ libertatis. Hunc certè cõmovere non poterat honorum gloria, aut imperandi cupiditas; cujus animum, non Regis favor, neque magnæ fortunæ explere ante potuerant, Divino tantum Numine exſaturandum: ſola potuit læſæ Religionis, & laceræ Provinciæ ratio, Herois mentem flectere, illumque, è pannoſo Franciſcanorum ſago, ad Imperatoris chlamydem auro gravem reducere. At ille militiæ mutare genus noluit, ſinè ſummi Pontificis indulgentia: eâ enim conditione tantùm, & Provinciam regere, & exercitui præeſſe in ſe recepit. Quam ob rem Concilio habito, accurante Provincia Occitanâ, MARANVS Legatus Romam mittitur, voti ſolutionem impetraturus, unus egregiè electus; vt ex tanto viro, res tanti ponderis, & cauſæ favor, plus gratiæ apud ſummum Pontificem obtineret. Sed in præcipiti loco ſic res poſitæ erant, ut MARANI moram reditus, ſinè manifeſta ruina, ferre non poſſent. Idcirco tandem paternâ charitate, & miſeræ Provinciæ lacrymis victus IOYOSA, ab Æde Capucinorum rapi ſe ſivit; fretus tamen priùs Academiæ Decreto ſancientis, è Religione eſſe, Reipublicæ clavo manus iterum admoveret, neque à crimine immunem eſſe omnem procraſtinationem. Bellicis ſpiritibus revocatis, quæ facinora ediderit, alijs quorum partes ſunt, hæc dicere, commemoranda relinquo.

Nunc nos, è medio itinere, infelix Piratarum præda

MARANVS vocat, & inter irati maris fragores, horrendos cathenarum ſtrepitus, barbarorumque inſanos clamores, miſerabiles captivi voces juvat exaudire. Tunetum devectum lacrymis decet proſequi, inque tanta rerum omnium deſperatione, quâ nemo penitus non attritus fuiſſet, ejus conſtantiam contemplari.

E Portu Maſſilienſi, navem, quam urbis Conſules magno illi militum & tormentorum numero inſtruxerant, unà cum duobus amicis, MARANVS conſcenderat: cœlo marique favente, & ſecundis ventis ſolverat: diúque felici & proſpero, curſu, rectà Liburnum tendebat. Sed cum ad Corſicam navis nimiùm deflexa eſſet, ſubitóque fatali malatia orta, nullam ſpem fugæ vela darent; imminentibus jam jam Piratis, eunt ad arma milites, eo animo, ut malint honeſtè repugnando cadere, quàm capti, duriſſimæ ſervitutis, jugum ferre. Barbari contra prænuntiant, niſi ultrò ſe ſe dedant, ſpem nullam ſalutis fore; & ſi imbecilli auſu pugnæ impares, armis concurrant, temeritatis pœnas atroci morte luituros. Hæ tamen minæ, quantumvis crudeles, militum animos à propoſito dimovere minimè potuerunt: quare diu cruento & obſtinato marte hinc indè pugnatum: & cum iam tota tormentis excuſſa eſſet navis, quâ MARANVS vehebatur, ille, eiuſque ſocij, nautarumque aliqui ſemianimes, & opimæ merces, horrendi certaminis reliquiæ, à Mauris tandem capiuntur. Horrendum dictu! vulneratos mililites, immiſericorditer trucidatos, in mare præcipites dant barbari, MARANVM ejuſque ſocios captos nudant, vulneribus cædunt, contumelijs lacerant, ultimo demum ſupplicio devovent. Non tamen MARANI mens frangitur, aut virtus debilitatur: quin imò tanta in ejus ore dignitas, & conſtantia emicuit, ut immanis Illorum feritas, ſubitò quaſi compreſſa, paulatim deſævierit, ejuſque causà, tam aliorum quàm ejus vitæ pepercerit. Itaque cathenis alligatos, (neque id ſinè favore & gratia,) ad remos dant, ſéque valdè humanos jactant, quod illis non omni-

no ſpem adimant, recuperandæ libertatis, ſi pecuniæ magna vis intercedat, quæ vitæ neciſquæ dominos valeat expugnare. Navi exoneratâ ſummersáque, triremes, Barbari prædæ felices, Tunetum versùs impellunt. Captivorum interim ſarcinas, MARANI inprimis ſcriptis, & quatuor nummorum millibus graves attentiùs luſtrant: & quia ex Legationis cauſa, multáque pecunia, viri dignitas egregiè ſe ſe aperit, ejus pretium redemptionis magis ac magis accenditur. Hanc etiam calamitatem multùm auxit, jactura ejus Lucubrationum Canonicarum, quas ſummo Pontifici volebat inſcribere, nullo deinde pacto reſtituendas, amiſſo autographo. Quæ cum accepiſſet IOYOSA, per epiſtolas Maſſilienſium Conſulum, dici non poteſt, quantâ animi ægritudine affectus fuerit. Nec mora, humaniſſimis epiſtolis captivum ſolatur, jubetque expectare, ſe nihil non effecturum, quo citò illum hinc eximat. Occitana etiam Provincia luctum ſuum teſtata, omnem non movere lapidem ſtatuit, quo miſero ſuccurrat, ſuumque Romanæ Iuriſprudentiæ ſidus, à tenebris Afrorum carcerum vindicet. Sed dum Dux IOYOSA, & frater ejus Cardinalis, Provinciæ Procuratores, amici, & affines, curis omnibus contendunt, vt in priſtnum ſtatum MARANVM reſtituant, plures ſenſim labuntur menſes, neque tamen res ad exitum perduci poteſt: nam libertatis conditionibus, ſæpius ſemperque in pejus mutatis, factum eſt; ut per octo menſes, harum ille belluarum præda fuerit.

In quarum laniena, quàm acerbè fuerit exceptus, quàm diris & indignis modis vexatus, quoties fuſte percuſſus, detracta cæſaries, fætidè olentibus ſputis decora facies contaminata, facies illa, in qua Romana Legum majeſtas inſidebat, quoties impuriſſimis tortorum manibus percuſſa & cruentata, horret animus meminiſſe. Ex his tamen tanti doloris cauſis nulla crudeliùs ejus mentem excruciabat, quàm tenera liberorum recordatio; quos efflictim amans, illorum continuò eiulatus & lacrymas audire & videre

videre ſibi videbatur. MARANI tamen mens immota manet, nec unquam ab Arce ſua decidit: imo ſæpius exoptat, fidem hîc ſuam Deo hominibuſque teſtatiſſimam ſponteneâ morte relinquere. Quod ſi aliquis eſſet vitæ ſenſus, illum, cura vnica liberorum, & paterna acuebat ſollicitudo.

IOYOSÆI interea fratres, nihil non agebant illius causà; ſed, rerum fato, omnia irrita fore videbantur; niſi Dux ESPERNONIVS Gallo-Provinciæ Pro-Rex, Regem ipſum Tunetenſem rogaſſet, pro MARANI libertate, quam tandem obtinuit. Argenteorum nummorum tria millia, pretium redemptionis, Occitana Provincia pependit, ingens, ſi commercij leges; leve ac tenue, ſi mercis dignitatem ſpectes.

E vinculis ſolutus, & ad optatiſſimum Galliæ littus appulſus, Monſpelio tranſiens, HENRICVM MOMMORANTIVM, Occitanæ Provinciæ Pro-Regem, IOYOSÆIS ſtudijs contrarium, ſalutare cogitur. Hic autem, illum non ſolùm omnibus officiis, ac beneficiis exornavit, ſed etiam ſummoperè rogavit, ſtylum pararet, ad tuendam Regis læſam majeſtatem: quod ſi vellet, pollicetur continuò effecturum ſe, ut Libellorum ſupplicum Magiſtrorum ordini, in gratiam ſuſcepti operis ecoptaretur. Hanc quidem provinciam (ſi Rex Hæreſim exueret,) non detrectavit; conditionem verò honeſtè repudiavit; addens, nullo ſibi opus eſſe lenocinio, quo, ad ſcribẽdum, pro Regia authoritate, adduceretur: ſed Regni pacatis rebus omnibus, ſcribendi occaſio poſtmodum evanuit. Monſpelio Toloſam demũ venit, & antiquos Lares reviſit. Tum ruere omnes in eius amplexus, ſtupere, & demirari, per innumeros tam adverſæ fortunæ caſus, viri conſtantiam ſtare potuiſſe. Et vix ipſis oculis fides adhibetur; dum ſic emaciatum vident, & præmaturo ſenio confectum: effigiem quandam dixiſſes ſpirantis mortui. Hunc autem Toloſana Academia, eâ amoris ſignificatione recepit, qua tenera mater, ſalvum exoſcularetur alumnum, quem ſibi

ademptum putaret. Non enim ampliùs illa, amissi decoris tædio squallere, sed novos hilaresque vultus induta, MARANI in adventu, puriori à tenebris luce splendere visa est. Ab hac die IOYOSÆI fratres, & dux ESPERNONIVS, vehementer illum amarunt, atque ita magni fecerunt; ut nihil agerent, sinè MARANI consilio: quod eorum innumeræ testantur epistolæ; in quibus, nihil tam frequens, quàm acceptorum officiorum consiliorumque commemoratio. Cardinalis IOYOSA præcipuè, usque adeo præclara eius merita suspexit, ut in Archiepiscopalem sedem suam Narbonensem subrogari illum vehementer voluerit: qua mente de Religione se optimè meritum putabat.

Verum enim verò, nostra ætate, hoc quis credat, MARANVM à tanto munere voluisse, & potuisse abstinere? Ecquis Divinam illam animi moderationem valeat imitari! Primis olim Ecclesiæ temporibus, cum Religio esset nativæ pulchritudinis, simplex & sinè fuco, insignes pietate viri, ad summa Sacerdotia, non nisi ab omnibus exoptati, inviti tamen accedebant. At nunc, heu quo ambitu, quàm sæpe turpi quæstu, cunctis admotis machinis, plærique hominum, quorumcunque ordinum fortunarumque aucupes, sacrosanctas Sedes, ipsamque Ecclesiam expugnant! dum interim jacet illa deserta, squallida, & suis ornamentis viduata, frustraque fidem moresque antiquos contestatur; quos quidem in MARANO non desideraisset, si Cardinalis IOYOSÆ precibus adduci potuisset, ut se tanto oneri supponeret. Sed inanis ejus fuit omnis sollicitatio; cui, veritus ille, ne tandem frangeretur, festinatis secundis Nuptijs, finem imposuit.

Se totum ergo ad officium revocat, cumque veteribus amicis, libris scilicet, quorum jocundâ consuetudine ægrè diu caruerat, in gratiam rediens, duplicato studio, Ius vtrumque ornandum repetijt. Ac primùm Leges & Canones celebriores, & majoris difficultatis, doctissimis Commentarijs illustravit: deinde, studiosorum vtilitati vnicè

inſerviens, aureum opus Paratitlorum aggreditur; in quo concinnando, nimiam illam & obſcuram brevitatem CVIACII, moderatâ rerum copiâ temperavit. Meritò namque ſuis laboribus, de utroque jure optimè mereri voluit; cum eo authore Academia ſtatuiſſet, ut unusquiſque Anteceſſorum, alternis vicibus, Ius vtrumque impoſterum profiteretur. Quod vt fieri poſſet majori cum dignitate, ejus etiam hortatu IOANNEM à COSTA, & VINCENTIVM CABOTIVM, hunc Cadurci, illum Aureliæ docentes, ad ſe Academia accerſivit. Tunc certè talium virorum acceſſione, haud major eſſe potuit Legum gloria, & decus; quo in dies, magis ac magis allecti auditores, MARANVM imprimis audituri, duo ſæpè millia excedebant numero. Et cum, tot inter juvenum copias, fieri non poſſet, quin innumeræ ſuborirentur rixæ, undè quotidiè ferè ad Arma venirent, ac in Platea Divi Stephani, loco pugnæ ut plurimùm deſignato, vbi MARANIANA domus poſita, crudeles & lugubres Tragædias ederent, MARANI tamen apud eos uſque adeo valebat reſpectus, ut, ſi fortè illum conſpicerent, vel medio irarum in æſtu, ſubitò præ reverentia miteſcerent.

Ea tempeſtate infeliciter incidit, ut CVIACIVS apud Bituriges moreretur. Ejus Cathedram GOTHOFREDVS & PACIVS, magno molimine appetunt. At MARANI celebritas Nominis pati non poterat, ut alteri defferretur, quàm illi; qui meritis ſuis valeret unicè, CVIACIVM repræſentare. Quare illico rogatur vltro, oblatum munus capeſſat; Ducis etiam IOYOSÆ, qui ſe jam Capucinis reddiderat, accedunt preces; quibus exoret, viros hæreticos ab hac Sede arceat: verùm amor Patriæ, & amicorum officia, Toloſæ illum addixere: cujus tam bonus Civis fuit, quám præclarus Academiæ Anteceſſor: quippe qui, in augenda utriuſque utilitate dignitatéque, ſemper invigilavit. Quod ſi interdum, à laboribus reſpiraret, cura minus pertinaci, uberrima Iuriſprudentiæ latifundia excolens, ad

aliarum Artium, Diſciplinarumque arva, mutato tantùm, non imminuto ſtudio, non inelegans colonus ſe conferebat: ſic quas ab initio, Scientiarum altas radices, in ſinu conceperat, repetito deinde cultu, identidem refovebat, & ad primos amores ſuos Philoſophiam, Arteſque liberales, ſumma cum voluptate redibat.

Rerum Naturalium imprimis cupidus, eam Medicinæ operam collocavit, quæ ſatis idoneum reddiderat, hanc ſi facere voluiſſet: qui cum ejus partes omnes perluſtraſſet, intima quoque Naturæ ſemina, ipſáque ejus viſcera rimabatur. Ignis quoque miracula, & metamorphoſes, non inſanâ lucrifaciendi ſpe, ſed ſolo animo, rerum cauſas cognoſcendi, impulſus explorabat. Herbarum etiam indolem, formas, poteſtates, uſus, ac condituras, exactè callebat: nemoque erat, vel ipſe CLVSIVS, hoc maximè laudandus nomine, qui MARANO herbam non porrigeret. Vtinam in Rem herbariam obſervationes ſuas edidiſſet! nulli magis, quám illi nunc hæc Doctrina deberet: quod eius Bibliothecæ multi teſtantur codices; quorum margines, innumeris ferè obſervationibus, manu propria exaratis, referti ſunt. Collegerat præterea, herbarum vndecunque exquiſitarum ingentem copiam, quas magni voluminis folijs intexerat, præpoſitâ unicuique notitia, qua faciliùs ipſæ ſe oculis explicarent: ſed dum huc illuc Bibliotheca ſæpe verſatur, Naturæ hic Theſaurus, miſerè diſtractus, volitantibus hinc inde folijs, totus tandem evanuit.

Agricolationis, quæ PROXIMA, ET QVASI CONSANGVINEA SAPIENTIÆ eſt, Prudentiſſimum fuiſſe perhibent; nihilque illi dulciùs fuiſſe, cum per ferias Academicas, Ruri degere liceret, quam Agricolarum operas ſpectare, deſignare, & emendare, denique omnium inſitionum genera, exercere. Hac arte, in Pago, cui nomen Pompignacum, hortum & viridarium, florum, herbarum, arborumque mirâ varietate amœnum, inſtruxerat: in quibus educandis

atque

atque caſtigandis, artifices manus ipſe ſuas tam fœliciter adhibebat; ut picturatas luxuriantis Naturæ divitias, per areas diſcriminatas, ingens eſſet contemplandi delectatio.

Artium Liberalium nullam ferè intactam reliquit: ex quibus Muſices præcipuè ſtudioſus, tum vocalem tum organicam tractabat. Nec alienum à ſeveritate Legum putabat, verbis ſæpe numeros addere, fidibuſque uti, quas ſanè quamperitè pulſabat, more Lycurgi: qui cum Lacedemoniis rigidiſſimas Leges condidiſſet, flexanimam Muſicam ſibi tamen permittebat. Verùm eâ facultate MARANVS nunquam uſus eſt, ut ad laſciviam animos flecteret; ſed ut ſibi præluderet, ad æternam voluptatem, haberetque in humana Harmonia, molle rudimentum Divinæ. Numeris omnibus abſolutus, & cunctis virtutibus addictus, vbique vitæ integritatem præ ſe ferebat, nihil niſi pietatem redolens. Quid mirum ergo? ſi de Religione bene merendi nullam occaſionem prætermitteret. Quare cum Religioſos Ordines Toloſæ plures utriuſque ſexus, ſolutioris Regulæ jam tæderet, & ſeveriorem cuperent, unus MARANVS præſto fuit; qui, pro authoritate quâ pollebat apud Cardinalem IOYOSAM, rem in ſe curandam reciperet: quam tandem ad optatum finem perduxit.

Hanc illi gratiam referant Franciſcani Patres Recollecti, quos vocant, Carmelitani, & Auguſtiniani: præterea Fulienſes Virgines, & quæ Divæ Catharinæ Senenſis nomine nuncupantur, atque Andoïna Societas: quibus omnibus oportunè opitulatus eſt. Verùmtamen, alienæ non prius favit emendationi, quàm proprias domos Academias, in meliorem ſtatum redigere conatus eſſet. Nam ad hanc rem quam paraverat, annum continuum, curaſque omnes impenderat, libellum quoque gallicè elegantem, Regis non indignum commendatione ediderat: ſed mala alicujus mens, malus animus, infenſo literis conſilio, tam bonis auſpiciis ſuſceptum opus peſſimè evertit.

Neque ſolùm, quos illi neceſſitudinis, aut communis

vitæ ratio conjunxerat, ornare conabatur; sed etiam neminem, qui ad illum accederet, nisi auctum gratiâ dimittebat: quo fiebat, ut non magis doctrinâ, quàm honestate, insigne MARANI nomen vbique gentium spargeretur, essetque in illum æqua semper omnium existimatio. Præ cunctis tamen Cardinalis IOYOSÆ & Ducis ESPERNONII, amor & observantia eminebant: quorum primus, cum ad Cardinalitii Ordinis Principatum perveniſſet, ideóque graviores Religionis res in eum deferrentur, inconsulto MARANO nihil agebat: unde sæpe accidit, ut ex ejus privata sententia, Divina ipsa Ecclesiæ Oracula ederentur. Neque igitur mirum, si Tolosanus etiam Archiepiscopus, cum Provinciale Concilium moliretur, quo dejectam Disciplinam Ecclesiasticam restitueret, illius maximè operâ, & stylo uti voluerit. Privata benevolentiæ testimonia relinquo; quæ sine dubio fuere innumera, dum secretiores animi sui sensus, in MARANI sinum effundebat.

Porro Dux ESPERNONIVS, clarorum virorum spectator optimus, postquam illum novit, magnæ esset authoritatis apud se voluit; neque solùm semper in rebus domesticis, aut interdum Aulicis, sed etiam in his quæ sunt Religionis, & conscientiæ. A fide Romana defecerat Dux CANDALA, quem ad Hugonotorum Hæresim insanus amor allexerat. Hinc ESPERNONIO intolerabilis dolor, edax & immedicabilis. At dum quæstibus, & lacrymis indesinenter conatur, filium delirantem reducere; nihil habet prius, quàm ad MARANVM confugere; cujus ductu rem tanti momenti optimè gereret. Rediit tandem ad rectam semitam Dux CANDALA, Divinâ opitulante miseratione. Tunc subitò ESPERNONIVS lætitiâ totus gestiens, postquam Deo grates persolvit, nihil egit diligentiùs; quâm facta omnia sua ad MARANVM referre. Quæ cuncta, ejus virtutis & meriti, splendida semper erunt argumenta.

Cæterùm in demerendis amicis, illo nemo magis idoneus fuit. Hos inter peculiares habuit, quos numerem; BARONIVM, PERRONIVM, OSSATVM, CASAVBONVM, FABRVM, Ludovici XIII. Præceptorem, LOYSELLVM, RICHOMVM, SERRANVM, PITHOEVM, ARNALDVM, PAQVIERVM, SERVINVM, BARCLAIVM, FABRVM SANIORIANVM, & BIGNONVM: quem non amabat solùm, verùm charitate paterna complectabatur; horum temporum nunquam immemor, cum illum Toloſæ, confectis ſpatiis Iuriſprudentiæ, tertium librum Decretalium ſuo ſuaſu doctè interpretantem audiret. Ejus etiam filium HIERONYMVM, juvenem adhuc, in deliciis habere cœperat. Is eſt BIGNONVS, qui in Senatu Pariſienſi Fiſci Patronus, virtutum & doctrinarum omnium complexu, in admirationem ſui, Galliam nuper trahebat: quem extinctum nemo bonus non impensè doleret hactenus; niſi totus quantus erat, in filiis nunc quoque ſpiraret. ROALDESIVM Præceptorem olim ſuum, & ejus immenſam eruditionẽ, dum vixit, ſuſpexit. Cum FRANCISCO SANCHES Medicinæ Regio Profeſſore, politioris Literaturæ perito, cui ſororem conjunxerat, vixit vnanimis. IOANNEM A COSTA, & CADANVM intimæ habuit neceſſitudinis: in quorum ſinu ſemper erat, & familiaritate. His etiam annumerem ORONTIVM; etſi obſcurus jacet ſine nomine, & ornamentis: cum tamen ex MARANI Sententia, vir eſſet omni doctrinarum genere excellentiſſimus. Infelix! cujus gloria ſub illorum tantùm ſplendet cortice, qui eam ſibi, non labore partam, ſed furto ſubductam, nulla Domino habita gratia, in ſe tranſmoverunt: tanto Sicariis ipſis, alienarum Lucubrationum Prædones iſti crudeliores; quantò dulcius eſt, in hominum memoria æterna, virtute vivere, quàm non diu frui vita mortali, plerumque miſera, & ærumnoſa. Ex illis eſt Aurelianenſis nuper ille Profeſſor; qui cum crederet, MARANI ſcripta nunquam eſſe in lucem proditura, ac proin de ſe, impunè

posse, ejus divitias involare; plurimas paginas Tractatus de Iure Patronatus, auro, ut ita dicam, contextas, vili suo panno assuere minimè veritus est. Denique PAVLVM CATELLVM fratrem vxoris quondam suæ, quem Cardinalis IOYOSA in oculis ferebat, & quem PAVLVS V. summus Pontifex, ob multas bene obitas Legationes, Religionis ergo, in Cardinalitium Ordinem evexisset, ejus si vitæ dies aliquot amplius cœlum adjecisset, tanto amore quanto quis potest maximo, complectebatur. Ejus verò mortem adeò impatienter tulit MARANVS, ut ex hinc illum vitæ suæ multum tæderet, parúmque abesset, quin lux hæc infausta utriusque ruinam duceret. Cæteros illustres viros, quos usu, familiaritate, & fama sibi comparaverat, operosum nimis esset recensere: & sufficit compendiosa oratione dicere; neminem eâ ætate claruisse, qui MARANI benevolentâ; & laudibus clarere non studuerit. Nam severus licet multùm haberetur, ac sæpe rigidus, omnium tamen animos insigniter sibi devinciebat: morum nempe probitas, & candor micans, accessus ejus omnem asperitatem lenibant. Sic amicitias, quas semel contraxerat, semper cum dignitate retinebat.

Ad annum Ætatis suæ sexagesimum septimum pervenerat, satis prospera usus valetudine, cum è sella retrò imprudentius inclinata decidens, crus ejus dextrum frangitur: qui casus, magis ex intermisso officio, quàm ex dolore acerbus, vehementer illum perculit. Ingravescente in dies malo, cum Medicorum ars & remedia incassum adhiberentur, nec nisi furcillis innixus stare posset, aut movere se loco, munus suum deponere coactus, non sine lacrymis Academiæ extremã salutem dixit. Porrò rejectis à se libris omnibus humanarum Literarum, totos quinque reliquos annos in emendationem vitæ peractæ insumpsit; nec alios quàm Sacros Codices, & quos Mysticos vocant, præ manibus habebat; inprimis IOANNEM A IESV MARIA, & HARPHIVM quos solebat lectitare.

Cum

Cum verò amicorum plures ipsi quotidie assiderent, qui blandis verbis, & alloquiis ejus dolorem mulcerent, nulli magis placebant, quàm qui pietate spectabiles maximè, & qui de Deo, de Rebus Sacris, deque æterna Beatorum fœlicitate sermones haberent: quorum fuere duo præcipui, IOANNES PVTEANVS, & GIRARDELLVS, ille Augustiniani, iste Dominicâni Ordinis Theologi, pietate non minus, quàm doctrina insignes: quorum verba, ea cum voluptate excipiebat, ut à crure, nullus ipsi tunc esset doloris identidem gravissimi sensus, nullasque alias voces emitteret, quàm illas, in quas sæpe erumpere solebat; NIHIL PRÆTER TE DOMINE, AVT NISI PROPTER TE.

Per annos duos, ante obitum, mentem omnẽ in sola mortis cogitatione fixerat, & continuò in actæ vitæ momenta scrupulosius inquirebat. Sic ubi præteritorum errorum, vel leviſſimorum, memoria recurrebat, confessus illico, à se delicti pœnas repetebat, & ad Sacram Synaxim, ter saltem in hebdomada accedebat. Quare tandem digniſſimus qui in Album Beatorum adscriberetur, imminenti fatali die, postquam bis in illa confessus esset, quæ fuit tertia Eidus Decembris, Anni milleſimi sexcenteſimi vigeſimi primi, mortalis vitæ miserias, cum fœlici immortalitate, quam sibi tot laboribus pepererat, Academiæ tunc Decanus, ἀποπληκτικὸς commutavit. Ejus ossa Tolosæ servat Basylica divi Stephani; quæ clariſſimi viri HENRICI AVBERII Societatis Iesu Presbyteri Epitaphio decorari potuerant; si Defuncti modestia, hujusmodi ornamenta sibi poni non vetuisset. Illud tamen, pace quod Manium tantorum fiat, placet hìc apponere.

Æternæ heic in spem vitæ magni Ossa MARANI
Conduntur; Qui, dum Parcarum jura tulere,
CÆSARIDVM *& jura Summorum oracula solers*
PONTIFICVM *explicuit: Morienſque id præstitit olim*
Quod docuit Vivens OBSERVANTISSIMVS ÆQVI.
Namque ipse acceptum Terrâ, Terræ ipse Cadaver

Reddidit, æthereis Animum unde effluxerat, Astris.
Quasque facultates sibi transcripsere Parentes,
Transcribens Gnatis SVA CVIQVE *reliquit, Vbique*
Vivens & Moriens OBSERVANTISSIMVS ÆQVI.

Filios superstites reliquit, GERVASIVM, FRANCISCVM & RAYMVNDVM; quos è prima uxore MAGDALENA CATELLA susceperat; cumaltera sterilis fuisset.

FRANCISCO MARANO favit quoque Cardinalis IOYOSA: nam Ecclesiæ Tolosanæ divi Stephani Canonicatum, ut aiunt, illi impertiverat, & erat plura largiturus; nisi liberalitatis suæ cursum mors intercepisset. Eo extincto non defuit favor subitò Cardinalis VALETÆ; qui plus ejus judicio tribuens, quàm ulli omnium, quos haberet à consiliis, illum omnibus officiis, & multis Ecclesiasticis Beneficiis beavit. GERVASIVS & RAYMVNDVS, vivente adhuc & spectante Patre, jus utrumque diu, ex Doctoratus munere, docuere.

GERVASIVS post mortem Patris, Tolosanus Senator factus, cum LVDOVISIA nobilissimi Viri IOANNIS à SANCTO PAVLO Libellorum supplicum Magistri filia, conjugium iniit: ex qua habuit GVILIELMVM, & IACOBVM. Cum autem vitæ, & Sententiarum integritate in virum præclarum evasisset, à Curia secedens, ut attentius pietati incumberet; GVILIELMO, cum in illo, quæ nunc est summa æquitas eluceret, munus suum ac dignitatem cessit. IACOBO, Divinarum Humanarumque rerum, & Ecclesiasticæ disciplinæ à natura præsertim cupido, omnem operam adhibuit, quô post RAYMVNDVM fratrem suum, qui Patris tunc Cathedram tenebat, tertius aliquando MARANVS accederet, in quo & Avi & Patrui gloria perennaret.

RAYMVNDVS namque defuncti CABOTII Cathedram unà cum VERGERIO consobrino suo ambivit. Hunc elegit Academia, ex MARANI Patris votis, valde exoptantis, sibi jam morte proximâ, filio sedem suam reservaret. Quare non multò post, illo extincto, ejus in locum statim suffectus

est RAYMVNDVS ; qui solus potuit, præclaris suis meritis, Academiæ Orbitatem solari. Lectissima conjuge viduatus, quā è nobilissima BARTHOLOMÆORVM Stirpe assumpserat, Sacerdotum numero addi voluit. Et cum triginta annos utriusque linguæ peritissimus Iurisprudentiam docuisset, jamque in eo esset, ut Patris Paratitlorum opus interruptum, quod ante ediderat, consummaret, occidit ; relicto RAYMVNDO filio unico, qui nunc in Senatu Tolosano hereditariæ laudis tenax jus dicit, & numerosâ Prole masculâ, solus hactenus MARANIANAM Gentem gnaviter propagat.

Et hæc est Effigies ingenii, & imago vitæ viri celeberrimi GVILIELMI MARANI, ejusque posteritatis: quam, si non in auro ut Gentem auream deceret, complexus sim ; fœlix ego ! si illam suis lineamentis in ære Typographico expressam, quod magnopere volui, exhibuero.



TRACTATVS DE IVRISDICTIONE

DE IVRISDICTIONE disputatio ab eius definitione nobis est inchoanda, quæ tradi videtur vltimis verbis *l. imperium, de iurisdictione ff.* vt sit Iudicis dandi licentia; sed cum ea verba in diuersas, & contrarias sententias ab Interpretibus antiquis & recentioribus distrahantur, & variè emendentur, ac interpungantur, atque speciosis ac probabilibus rationibus vnusquisque suam sententiam tueatur; operæ pretium est, cùm propter hominum auctoritatem, tùm propter rei difficultatem, singulorum opiniones breuiter explicare & expendere. Atque in primis, Duarenus cap. 53. lib. 1. disputat. anniuers. & Apolog. de Iurisdictione, aduersus Baronem, *& in l. iurisgentium §. & ideo, ff. de Pactis*, & denique tractatu proprio de iurisdictione, contendit veram & absolutam Iurisdictionis simplicis definitionem illis verbis contineri. Duareni verò sententiam nemo dilucidius, aut elegantius eo ipso explicabit. Nos tamen variis in locis sparsa breuiter comprehendemus, idq; e per regulas, quò res facilior fiat, & sabbatinarum disputationum materia paratior.

IVRISDICTIO ergo, inquit, generaliter accepta pertinet non modo ad simplicem jurisdictionem, sed etiam ad cognitiones prætorias, vt in iis etiam jus dicere Prætor dicatur *l. 2. §. capta de orig. Iuris, l. 1. de extraordin. cognit. l. pen. de iustit. & iure*, & Sueton. in Claud. cap. 23., imò & ad merum imperium *l. 1. de offic. eius cui mand.*

Specialiter accepta separatur ab imperio *l. imperium l. iubere de Iurisdict. ff.* & à cognitionibus Prætoriis Suetonius in Nerone cap. 15.

Simplex verò Iurisdictio nihil aliud est quàm Iudicis dandi licentia, *d. l. imperium in fine* in priuatis scilicet & pecuniariis causis.

Nam Magistratus populi Romani magis Iudices dare, quàm iudicare solebant. Qui ritus dandorum Iudicum explicatur à Theoph. in principio de interd. hinc Prætor in suis Edictis se Iudicem aut iudicium da-

turum, non iudicaturum pollicetur, & ius dicentis officium versari dicitur in Iudicibus dandis, non autem in iudicando, & cognitionibus *l. 1. de Iurisd.* hinc ius dicere distinguitur à iudicare, quod est cognoscere de re & lite, *toto tit. ne quis in sua causa iudicet, vel sibi ius dicat, Cod.* & iurisdictio separatur à cognitione, seu notione specialiter accepta, *l. ait Prætor, de re Iudic. l. notionem de verb. sign.*

Itaque longe aliud est iudicium dare, aliud iudicare; eóque pertinet quod Cicero ait 3. Verrina omnes omnium pecunias in potestate eorum esse, qui aut iudicia dant, aut iudicant.

Ius enim ad Prætorem semper, iudicium ad Iudicem refertur, quod præter locos iam citatos probare contendit Duarenus cap 1. anniuers. disputat. atque etiam 51.

Nam Iudices dati solam notionem habebant, non iurisdictionem, imò nec sententiæ suæ executionem, *l. à Diuo Pio, ff. de re Iudic.*

Contra qui iuridicundo præerant, solam iurisdictionem habebant, id est, Iudicis dandi licentiam, neque ipsi cognoscere aut iudicare poterant, *l. placet 1. Cod. de Ped. Iud.*

Quandoque tamen ipsi cognoscebant fauore vel causæ vel personæ, quibus casibus nec Iudices dare poterant *d. l. placet*, cuius rei multa exempla congerit Duarenus *in d. §. & ideo.* Sed ea cognitio extraordinaria erat, quia præter solitum morem fieret *toto tit. de extraord. cognit.*

Atque hæc est Duareni sententia, in qua etiam est Paulus Manutius, qui in Commentariis in Epistolas ad Quintum fratrem, scribit Prætorem Vrbanum de priuatorum pecuniariis & ciuilibus causis non iudicasse, sed ius dixisse; & contra Iudices datos iudicasse, non ius dixisse; & multùm differre iudicium dare, & iudicare. In ea quoque sententia est Vir præstantissimus Barnabas Brissonius Præses Parisiensis, qui lib. 5. formularum, post enumeratas multas Iudicis dandi formulas, antequam perueniat ad cognitiones sacras, id est, ad decreta Imperatorum concludit officium eius qui iurisdictioni præest versari in Iudicibus dandis, neque Magistratus de iis quæ essent iuris ordinarii iudicasse, aut cognouisse, sed Iudices dedisse. Hoc enim ius eorum fuit *d. l. à Diuo Pio, l. cum Prætor ff. de iudicijs & l. vltimâ, quis & à quo appell.* ideóque iurisdictionem Vlpianum rectè definire, iurisdictionem nihil aliud esse, quam Iudicis dandi licentiam. Precipuum sententiæ Duareni firmamentum in *d. l. placet* positum esse videtur. Neque est, quod quis existimet verba illa (quod ipsi non possent cognoscere) referenda esse, vel ad occupationes Præsidum, vel ad humiliores causas, quæ illorum cognitione minus dignæ viderentur. Nam hi duo casus etiam hodiè excepti sunt *d. l. placet, & l. vlt. eodem.* Non etiam dici potest, quod mihi in mentem venerat, Præsides Prouinciarum, quod ipsi non nossent Magistratus populi Romani, *l. continet, ff. quod metus causa*, sed Legati Cæsaris *l. 1. & l. Legatus, de officio Præsidis*, non potuisse de pri-

uatorum pecuniariis causis cognoscere, hocque in iis speciale esse. Nam & Præsides cognouisse, & iudicasse apparet ex *l. sæpe, & seq. de Offic. Præs.* Præter verò supradictas Duareni rationes, aliæ etiam afferri possunt, quæ sententiam illius maximè stabilire videntur. Et in primis ratio quam affert D. Roaldus tract. quodam de iudic. nempe, quod Iudicum centuriæ Romæ, & in Prouinciis iudicandi causa essent institutæ; cuius rei etiam vestigium apparet *in l. cùm Prætor, de iudicijs*: his enim Iudicibus iniuria facta fuisset, si Prętor ipse judicasset, eosque sportulis suis fraudasset, quæ propriè sunt pedaneorum judicum, *tit. de sportulis, C.* deinde maximè vrget, quod dicitur *l. vlt. de offic. Præt. l. 5. de offic. Præsidis, l. 4. de suspectis tutor.* Prætorem autem & Præsidem non posse se dare specialem judicem, aut arbitrum, quod facere videretur, si de causis singulorum ipse cognosceret. Tertiò pollicetur Prętor se ex Edicto suo ius dicturum, ideoque edicta in albo proponit *l. 2. §. eod. tempore, de orig. iuris.* At non sibi constaret Prætor, si postquam omnibus ferè Edictis se judicium daturum pollicitus est ipse deinde vellet cognoscere.

Quartò priuatorum causæ per actiones exercentur. Atqui actio in iudicio proponitur, vt ex definitione apparet, ergo de causis priuatorum Magistratus non cognoscit, sed Iudex datus.

Quintò Iustin. nouel. de Iudicib. collat. 6. ostendit Judices datos suam notionem adhibuisse, litesque iudicasse, non in forma cognitionis, sed parasimiosis, quæ expediendarum litium longè sit breuior ratio, & minoribus sumptibus fiat. Quod cum ita sit, magna priuatis hominibus iniuria fieri videretur, si maiore sumptu, & longiore morâ, ius suum apud Magistratum persequerentur, in forma scilicet cognitionis.

At contra Duarenum facit in primis, quod iurisdictio dicatur esse Iudicis dandi licentia, *d. l. imperium*, Iudicis dandi potestas *d. l. placet, & l. vlt. C. de Pedan. Iudic.* Iudicis dandi facultas, *l. 1. eod. tit.* Iudicis dandi ius, *l. legatus, de offic. Proconf.* quæ omnia verba merum arbitrium, & liberam facultatem Iudicis dandi sonant.

Adde quod, in *d. l. cùm Prætor*, hoc ius concessum dicitur, non imperatum: & quod Iustinianus *d. nouell. de Iudicibus* dicat, Magistratus si velint causas delegare, &c. quibus verbis hoc in eorum potestate constituere videtur, vtrùm causas delegare velint, an ipsi cognoscere. Nam quidquid judicis potestati remittitur, non subiicitur iuris necessitati *l. non quidquid ff. de iudicijs.* Atque hæc ratio potissimum confirmatur *ex d. l. sæpe & seq. de offic. Præs.* in quibus eo etiam casu, quo per rescriptum Principis causa ad Magistratum remissa est, is æstimare potest, vtrum ipse cognoscere, & iudicare, an verò Iudicem dare velit; quod multo magis in cæteris casibus erit dicendum.

Verùm responderi potest, verba illa quæ liberam facultatem Iudicis dandi significant, non eò spectare, quasi sit in Magistratus arbitrio,

vtrùm ipſe iudicare, an judices dare velit, ſed eò pertinere, vt non precisè cogatur ad dandos judices, ſed vt ea in re multum eius libertati & auctoritati concedatur. Nam cum initio Magiſtratus Edictum concipiebat, & proponebat, *l. 2. §. eod. tempore, de orig. iuris*, non cogebatur ſe Iudices daturum polliceri, quod plerúmque tamen faciebat, ſed poterat edicere, vel ſe animaduerſurum, & cogniturum, vel etiam ſe iudicium non daturum, vt *l. 1. de aleat. ff.*

Item quamuis ſe iudicium daturum Edicto pollicitus eſſet, tamen in eius erat poteſtate, quibus diebus ſui copiam faceret, & ſeſe poſtulationibus, & iudiciis conſtituendis daret, *l. 2. quis ordo in bon. poſſ. ſeru.* imò & cauſa cognita, actionem & iudicium denegare poterat, hoc eſt iuriſdictionem, *l. ſed etſi, §. ait Prætor, ex quibus cauſis maiores, l. iuſiurandum, §. ait Prætor. de iureiur.* atque etiam potiſſimùm libertas ei tribuebatur in ijs actionibus cõcedendis, quæ iure ciuili proditæ non erant, ſed ex eius iuriſdictione proficiſcebantur ad ius ciuile ſupplendum, vel emendandum, *l. ius autem ciuile, de iuſtit. & iure, l. nam vt ait, de legibus*, quales ſunt pleræque vtiles, & in factum præſcriptis verbis actiones. Denique, etſi iudicium conſtitueret, magna tamen eius ea in re poteſtas, nam vel iudicium purum, vel ſub exceptione concipere poterat. Sed etſi aliqua ſit iuriſdictionis neceſſitas, quod verbum ideo Interpretes in iuriſdictionis definitione ponunt, tamen & coacta voluntas, voluntas eſt, & in iis quæ ſunt neceſſitatis, poteſt tamen aliquatenus & quodam reſpectu eſſe voluntatis arbitrium, *l. ſi patre cogente, de ritu nupt.*: nam quamuis dicatur iudicandi neceſſitas, *l. vlt. §. iudicandi, de muner.* in datis ſcilicet Iudicibus, *vt l. de qua re ff. de Iudic.* tamen iudicandi facultas dicitur *l. rem non nouam, Cod de Iudic.* & ſententiæ poteſtas, *l. vn. C. ne quis in ſua cauſa iudicet.*

Non etiam obſtat, quod dictum eſt ex *l. ſæpe, & ſeq. de off. Præſ.* Nam in illis non dicitur Magiſtratum poſſe, vel cognoſcere, vel dare Iudices, ſed æſtimare debere, hoc eſt perpendere & examinare, vtrùm debeat, vel ipſe cognoſcere & iudicare, nempe ſi res ſit cognitionis, aut Iudices dare, ſi ſit iuris ordinarii. Quamuis enim Princeps ad eum cauſam remiſerit, non tamen poterit iudicare, ſi de ea re prodita ſit actio, & cauſa ſit iuris ordinarii, quod maxime Duareni ſententiam confirmat; atque ita intelligi debet Ciceronis locus de legibus, iuris diſceptator qui iudicet iudicariue iubeat, Prætor eſto; iudicet, nempe ſi res ſit cognitionis Prætoris, iudicari iubeat ſi ſit res ordinarii iuris.

Obſtat præterea *lex Barbarius de officio Præt.* in qua Prætor cognoſcere videtur de his cauſis, de quibus ſunt proditæ actiones, vel lege, vel quo alio iure.

Sed dicendum primò, lege agere, ibi accipi pro actu legitimo, qui ſit voluntariæ iuriſdictionis, vt *l. 3. de Off. Procon. l. 4. de adopt. l. nemo alien. 123. de regulis iuris*, qui ſcilicet actus proficiſcatur, vel ex lege,

vel ex alio iure, quod scilicet vim legis habeat, puta Plebiscito, Constitutione, vel Senatusconsulto.

Secundò, verba illa, qui apud eum egerant, posse intelligi de actionibus propriè dictis, non quod illæ exerceantur apud Prætorem, sed in iudicio: verùm quod apud Prætorem proponantur, postulentur, & corripiantur, ita vt agi quodammodo apud Prætorem videatur; & hoc est quod I. C. ait in *l. amplius rat. rem. hab.* petere actorem videri ex quo iudicium cœptum siue acceptum est quod fit apud Prætorem & hoc est etiam quod ait Cicero 2. de iuuentione, in iure agendi potestatem quodammodo concedi, & omnem iudiciorum conceptionem constitui.

Tertiò, verba illa referenda esse ad cognitiones extraordinarias, quò etiam spectat verbum, decreuit, Nam generali actionis nomine persecutiones extraordinariæ continentur, *l. pecuniæ* §. *actionis*, *de verb. signif.* vbi est exemplum de fideicommisso, quod per formulam non petitur, hoc est per actionem, sed cognitionem, auctor est *Vlpianus*, *de fideicommiss. in fragm.* exemplum est etiam in restitutione in integrum, quæ generaliter dicitur actio à *Paulo lib. 1. sentent. de in integr. restit.* & tamen certum est in omnibus restitutionibus adhiberi cognitionem Prætoriam, & specialiter ex edicto de minoribus nullam proficisci actionem, aut cautionem prætoriam, quæ scilicet pro actione sit, sed totum pendere ex Prætoris cognitione. *l. 24. quod si* §. *vlt. de minor.* Præterea obstat vehementer *lex vlt. de offic Præs.* in qua Præses cognoscit de ea causa de qua proditę sunt plures actiones, cùm ciuiles, tùm prętorię, nempè de seruo corrupto, iniuriarum, & legis aquilię, *l. inter liberas*, *ad leg. Iuliam de adulter.*

Sed dicendum Præsidē non cognsocere de ijs actionibus, sed criminaliter, cū res seueriori animaduersione opus habet, vt est in fine legis nam criminalis cognitio non cessat propter actiones priuatas *d. l. inter liberas.*

Addendum est ex *l. in causæ* 16. *de minorib.* in illis verbis alia actio, *& ex l. etiam si* §. *vlt.* restitutionem minoris, dici actionem, & eos qui eam impetrant, vel qui contradicunt dici agere, quamuis cognitio sit extraordinaria *l. denique* §. *penult. l. quod si minor*, §. *vlt. de minor.*

Præterea contra Duarenum facere videtur, quod in omnibus restitutionibus adhibetur cognitio Prætoris, *l. 3. de in integrum restit. l. in causæ* 13. *&* §. 1. *de minor.* & tamen ex omnibus fermè partibus edicti, id est ex omnibus titulis restitutionis in integrum dantur à Prætore actiones, *l. metum* 9. §. *ex hoc edicto*, *&* §. *seq. l. item* §. *hæc autem actio l. si. mulier* §. *penult. quod metus causa*, *l. 2. de cap. min. ff.*

Sed dicendum Prætorem ita cognitionem suam adhibere, vt cognoscat tantum, an vera sit causa restitutionis, *d. l.* 3. & interloquatur quod agendum sit, *d. l. metum*, §. *sed quod prætor*, *&* *d. l. si mulier*, §. *vlt.* non vt totam litem dirimat, & sententiam definitiuam ferat; hoc

enim remittit ad judicem datum, idque vel propria actione ex edicto data, vel veteri restituta, id est ea quæ ante captionem competebat

Obstat etiam *d. l. in causæ* 13. §. *interdum, de minor.* vbi Prętor minori succurrit, vel cognitione sua adhibita, vel rescissa alienatione, dato in rem iudicio, quibus verbis probari videtur in Prętoris arbitrio esse, ipse cognoscat, an judices det.

Sed dicendum hanc minoris restitutionem totam pendere ex cognitione Prætoris, vt scilicet nulla actio propria proficiscatur ex illo dicto, *d. l. quod si minor, in fine*: verùm Prætorem ita quandoque cognitionem suam adhibere, vt litem totam dirimat, euocato scilicet possessore rei quę est minoris, eoque restituere iusso, vel eatenus adhibere, vt vocato eo solo qui emit à minore, rescindat alienationem; quo facto actionem in rem minori dabit, quasi cuilibet, cum certum sit Dominum habere rei suę vindicationem; ex quo apparet illam actionem non pertinere ad eam rem, quę Prętoris cognitione definita est.

Denique objici potest iurisdictionis definitionem à Duareno traditam mancam esse, quod non comprehendat omnes legis actiones, quę scilicet voluntariæ iurisdictionis sunt, *l.* 2. *&* 3. *de offic. Proconſ.*

Sed dici potest Duarenum iurisdictionem contentiosam definire; Nam illa propriè iurisdictio est, voluntaria non item, nam in *l. vlt. de iuriſd.* dicitur iurisdictionem non posse exerceri extra territorium, & tamen voluntaria potest, *d. l.* 2. *de offic. Proconſ. l. emancipari de adoptionibus.* Item qui iurisdictioni pręest, neque sibi, neque suis ius dicit, *l. qui iuriſdictioni, de iuriſdict.* quod tamen locum non habet in voluntaria, *l.* 1. *&* 2. *de offic. Præt. l.* 4. *de adoption. l. an apud, & l. ego, de manum. vind.*

Nontamen est omittendum argumentum, quod duci potest ex bonorum possessionibus hoc modo, pro bonorum possessione prodita est possessoria hęreditatis petitio, *tit. de poſſeſſ. hæred petit. l.* 3. *in fine, & leg.* 4. *de Carbon. edicto.* At in bonorum possessione concedenda, versatur Prętoris officium, *l.* 1. *de iuriſd.* ita vt quandoque adhibeat causæ cognitionem *l.* 2. §. *dies, quis ord. in bon. poſſeſſ. ſeru. l.* 1. §. *ſi ea de ventre in poſſeſſ. mitt. l.* 3. §. *cauſæ de Carbon. Edicto*; vnde eiusmodi bonorum possessio decretalis appellatur, quod scilicet decreto concedatur *l.* 1. *de ſucceſſ. edict. l. ſi impubes, de Carb. edicto, l.* 2. §. *ſi quis ex liberis ad Sc. Tertullianum.* Ergo cognoscere videtur Prætor, etiam eo casu quo prodita sit agenti formula.

Sed dicendum est, verum quidem esse, proditam esse actionem bonorum possessori, qua successionem bonorum defuncti petat & vindicet sed antequam ea actio competat, necesse est bonorum possessionem, hoc est ius succedendi concedi à Prætore, vt scilicet bonorum possessor loco hæredis sit, vt est *apud Iuſtinianũ, in princ. debon. poſſeſſ.* qua in re plerumque Prætor adhibet causæ cognitionẽ, sed hoc lõge diuersum est ab ipsa actio-

ne,nam actio non exercetur apud prætorem,sed ius succedendi petitur quod rectè glossa docet *l.*3.§.*bon.possessio,de bonorũ possess.*sed malè glossa existimat in *d.l.*2.§.*dices,& l.*3.§.*si causa de bon.possess.*causæ cognitionem non adhiberi in possessione bonorũ carboniana,aut quæ ventris nomine datur, quas de plano concedi putat, sed in reliquis omnibus.

Nam contra dicendum videtur reliquas omnes concedi de plano, illas vero duas cum causæ cognitione, nam vtraque decretalis appellatur, & in vtraque adhibetur causæ cognitio, quamuis summatim, *d.l.* 1. *de succeſſ. edicto, d.l. si impubes, de carb. edict. d.l.* 2. §. *si quis ex liberis, ad Sc. Tertul.* & carboniana opponitur Edicto tali,quæ scilicet ex edicto sine causæ cognitione petitur *l.*1.*si tab. test. null.ext.l. cum quidam* 30. §. 1. *de acq. hered.* siue quod idem est ordinaria bon. possessioni, *d. l.* 3. *in fine, De carb. edicto l. filium.* §. *si quis contra, de legat. prest.* Obseruandum autem est, hodie sublatam esse solemnitatem petendæ possessionis bonorum, vt & actionum *l. vlt qui adm. ad bon. poss. possunt l. vlt.* §. *nos itaque, de curat. fur. & prod. & tit. de fomr. & impetr. act. sub. cod.*

Nec obstat Glossæ argumentum, ventris nomine bonorum possessionem concedi feriatis diebus, *l.* 2. *de feriis*; nam non ideo sequitur non adhiberi causæ cognitionem,adhibetur enim etiam die feriato fauore causæ, vt *d. l.* 2. ostendit. Nunc verò dispiciendum est quod Duarenus ait, in ius vocare, ius dicere,& iurisdictionem exequi, referri ad Magistratum tantum, non ad Iudicem pedaneum & eatenus referri ad Magistratũ quatenus judices dat, non quatenus cognoscit:iudicium autem referri ad pedaneum judicem non ad Magistratum. Atque in primis certum est,in ius vocare esse vocaread eum qui iurisdictioni præest, *l.* 2. *siquis in ius vocat.* ius enim locumsignificat, in quo Magistratus consistit, iurisdicendi;vel iudicandi causa,*l.penult.De iust,& iure,l.* 4. *de inter. in iure faciend.*&in ius vocare,nunquam posse referri ad Pedaneum Iudicẽ, *l.*3 *ne quis eum qui in ius voc.*Item certum est,ius dicere,non posse referri ad pedaneum judicem datum, cum non habeat iurisdictionem, *l. vlt. C.vbi & apud quem,* sed notionem, *l. notionem, de verb. sign. l. ait Prætor, de re iudicata.*& ius dicere quidem distinguitur à iudicare quandoque, *l.* 4. *de inter. in iure facien. & rubrica Cod.nequis in sua causa iud. vel ius sibi dicat* : quamquam tamen in ea rubrica, ius dicere, accipi possit pro autoritate propria rem iudicare, vt in *l. extat, quod metus causa*; atque ita rubricam illam interpretatur Harmenopulus lib. 1.tit. 4. in princ. sed ius dicere etiam, siue iurisdictionem exequi accipitur aliquando pro datione actionis *l. sed etsi* §. *ait Prætor* 2. *ex quibus causis maior.* Verùm ius dicere vsurpari quoque potest, cum Magistratus cognoscit, vt cum dicitur in *l.*2. §. *ex actis, de orig. iuris.* de capite Ciuis Romani ius dicere, quod est cognoscere. Item ius dicens in *l.* 1. *de iurisdict.* dicitur, non modo de eo qui Iudices dat,

sed etiam qui alia quæcumque exequitur ex officio suo. Item *l. penult de iust. & iure*, ius dicere. & ius reddere pro eodem vsurpantur, & vtrumque refertur ad decretum & sententiam Magistratus, vt & in *l. obseruandum de officio Præs.* quæ etiam est ex lib. 1. Callistrati, de cognitionibus, & *l. 1. in fine, quod quisque iuris*, & generaliter ius reddere, siue ius dicere accipitur, tam de cognitione Magistratus, quam de Iudicum datione, *l. 1. §. eodem tempore, §. cumque Consules, & §. capta de orig. Iuris.*

Quod verò attinet ad iurisdictionem, certum quoque est, eam non posse referri ad pedaneum judicem, cùm iurisdictionem non habeat, vt supra dictum est, & quandoque separari à cognitione seu notione *d. l. notionem, & d. l. ait Prætor.* Sed tamen iurisdictio rectè vsurpari potest de eo qui iudicat, & cognoscit, vt *l. si idem, de iurisdict. & l. rem non nouam, C. de Iudic.* illis verbis, qui ex sua iurisdictione iudicandi facultatem habent, & iurisdictio refertur ad decretum & sententiam, *l. 1. quod quisque iuris.*

Superest verbum, iudicium, quod & vt iudicatum, refertur quidem ad pedaneos judices, *l. si feriati in fine de feriis.* Verùm iudicium refertur quoque ad Magistratum; nam illi soli mulctam dicunt, qui iudicium publicè habent, siue iudicationem. At soli Magistratus mulctam dicunt, *l. 2. §. vlt de iudic. l. aliud est fraus, de verb. signif.* Item iudicium dicitur de Magistratu cognoscente, vt in publicis iudiciis, *l. 1. ad l. Corneliam de sicariis*; & in iudicium vocare est, vocare in forum, siue ad Prætorem *l. 1. de feriis*, & iudicium dicitur de eo qui iurisdictionem habens cognoscit in causis pecuniariis, *d. l. si idem*, & in iudicium vocare, idem est, quod in ius vocare, *l. 1. l. tutor pro pupillo, de administr. tut. l. 3. de eo per quem factum erit, l. 2. §. Prætor, qui satisdare cogantur*, vt & ad iudicium venire *l. si enim in fine, si quis caut. l. 1. & 3. de eo per quem factum erit.* Denique in iudicio interrogare, idem est, quod in iure, vt intelligitur *ex rubrica, & l. 1. de interrog.* collata cum *l. 4. 9. & 12. §. vlt. eod. tit.* Idem etiam intelligitur ex cautione, iudicio sisti, nam qui in ius vocatur, dimittitur, si caueat iudicio sisti, *l. 1. & toto iuncta rubrica, in ius vocati vt eant*, ergo in iudicio sisti, est in iure sisti. Nam ea cautio adhibetur quoque in causis criminalibus *l. si adulterium in fine* 38. *ff. ad l. Iuliam de adulteriis*, & tamen certum est iudicia illa non tractari apud pedaneos judices, & effectus illius cautionis nullus alius est, nisi iudicium accipiatur, *l. 1. §. 1. si ex nox. causa agatur, & l. 2. §. 1. eod.* quare ea cautio interponitur ante acceptum iudicium *l. amplius rem ratam hab.* vt scilicet in iudicio sistere nihil aliud sit, quam in iure sistere, *l. 4. de in ius vocando*, & ad iudicium venire, in ius venire, *l. 1. de eo per quem factum erit, l. 2. §. Prætor, qui satisdare cog.* Imo iudicium proprium est Magistratus. Nam Cicero 3. de ll. ita scribit; Omnes Magistratus auspicium

auspicium iudiciumque habento ; quod maximè congruit cum ijs quæ ante diximus *ex l. 2. §. vlt. de iudic. & l. 131. aliud est fraus, de verb. signif.* magistratus habere publicè iudicium siue iudicationem. Nam cum iudicii finis sit ius, & inde nomen habeat, vt Cicero scribit in Topicis sub fin. is maximè iudicium habebit, qui ius dicit ; ideóque iudex datus impropriè iudicium habere dicitur, cum ex se nihil possit, sed ex præscripta iudicii formula ius dicat. Quod eleganter idem Cicero exponit 2. de finib. his verbis ; Priuatarum litium, inquit, iudices sumus, nihil enim possumus iudicare, nisi quod est nostri iudicii, in quo frustrà iudices solent, cum sententiam pronuntiant, addere (si quid mei iudicii est) si enim non fuit eorum iudicii, nihilomagis hoc non addito, illud est iudicatum. Cæterùm, quod dictum est, magistratus non cognoscere nisi extra ordinem, ita debet intelligi, si nulla prodita sit actio iure ciuili, vel iure honorario ; tunc enim demùm locum habet cognitio Prætoris, vt apertè colligitur *ex l. aliud est fraus, de verb. sign. ex l. quod si minor, §. vlt. de minor. & Vlpian. tit. de fideicommiss.* cum ait, fideicommissa peti, non per formulam, sed cognitione magistratus ; idemque colligitur *ex l. penult. de negot. gest.* ideóque actio & cognitio opponuntur *l. 1. §. est autem, de exercit. act. l. si quis sepulchrum, de Religios.* Itaque bonorum possessio Carboniana, etsi quæ alia est decretalis, quod antea expositum est, opponitur ordinariæ, quia scilicet Carboniana & similes omnino pendent ex Prætoris cognitione, ideòque decretales appellantur *l. 3. §. vlt. de Carbon. edicto, l. si quis sepulchrum de Religiosis, l. 5. de legat. præstand.*

Obseruandum tamen, quandoque Magistratum cognoscere, etiamsi prodita sit agendi formula, vt in *l. 1. §. est autem, de exerc. act.* nempè cum vtilitas reipublicæ postulat, vt res celeriùs expediatur, vt ibi dicitur de exercitore nauis, qui annonæ vehendæ inseruit ; quod etiam locum habere posset, si actio minus plena esset, & per eam quis non posset omninò ius suum consequi, idque exemplo extraordinariorum criminum. Nam quamuis illa dicantur, de quibus lege pœna constituta non est, ideòque opponantur legitimis criminibus, *l. 3. de crim. Stellion.* tamen aliquando, quamuis sit prodita legitima pœna, crimen extra ordinem vindicatur, nempè si legitima pœna ad eius coercitionem satis esse non videatur, *l. 5. & 7. de extraord. criminib.* Atque ex superiori disputatione axiomata quæ sequuntur licet colligere, quæ omnino vera esse arbitramur.

1. Qui Iurisdictioni præest, de his causis cognoscere non potest, de quibus proditæ sunt iuris actiones, scilicet ante *l. placet C. de pedaneis iudic.*

2. Extraordinaria enim cognitio ita est intelligenda cùm nulla agendi formula prodita est *l. 1. §. cum seruus de his qui effud.*

3 Non ideò tamen Iurisdictio rectè definitur, Iudicis dandi licentia.

4. Nam & cum magistratus cognoscit & iudicat, iurisdictio est.

5. Et non omnis qui iurisdictionem habet, iudicis dandi licentiam habet, vt in defensoribus ciuitatum, & magistratibus municipalibus deinde ostendemus.

6. In ius vocare, ius dicere, iurisdictionem exequi, ad eum tantùm referuntur, qui iurisdictioni præest, non ad iudicem datum.

7. Iudicium tamen ad iudicem datum refertur quoque, sed magis propriè ad eum qui iurisdictioni prœest.

Definiamus ergo eum qui iurisdictioni præest, non iudicasse nisi extra ordinem, quæ est sententia, non modò Duareni, sed & Cuiacii lib. 9. obseru. cap. 23. in fine & aliorum plurium. Neque est quod quis existimet imminui magistratus potestatem, si ipse non iudicaret, nam in eo potissimùm versatur ius dicentis auctoritas, si se non demittat ad disceptationem, & iudicationem priuatarum causarum, sed eas iudicandas iubeat, quod ius quasi summum, Rex in Gallia sibi reseruauit in suis cancellariis. Atque hac ratione prospectum est, vt augustior & venerabilior esset magistratus, si se non immisceret priuatis litibus diiudicandis & minus inuidiosa eius potestas, atque iudicia ipsa minus obnoxia sordibus aut gratiæ *l. 79. eum quem de Iudic.* cùm magistratus ex edicto perpetuo, vel suo ius diceret: iudex verò pronuntiaret ex præscripta sibi formula. Cæterùm non est existimandum magistratum, quòd non iudicaret, nisi extra ordinem, otiosum fuisse; nam præter publicas occupationes, quibus distinebatur, vt in *l. placet. C. de pedan. iud.* multititudine cognitionum satis occupabatur; quæ cum ex quatuor fontibus vberrimis oriantur, *l. penult. de extraord. cogn.* innumeram vim & multitudinem causarum producunt, vt intelligere licet ex *l.* 2. §. *dies*, *quis ordo in bon possess. seru. & l.* 2. *de feriis*, in qua enumerantur alia pleráque negotia, quibus magistratus impediebatur, præter cognitiones. Adde in iudicibus etiam dandis multum temporis & operæ insumptum fuisse, quod ex nostris cancellariis intelligi potest, in quibus tamen iudiciorum formulæ conceduntur, non auditis vtrinque partibus, sed ad vnius postulationem. At apud Romanos iudicium non constituebatur, nisi vtrâque parte audita; tunc enim postulatio fiebat apud ipsum magistratum scilicet, non apud iudicem datum *l.* 4. *in fine*, *de damno infect. l.* 1. §. *postulare*, *de postul.* & actor suam intentionem & actionem proponebat, atque clausulas ex suo commodo inseri iudicio postulabat; reus verò exceptiones suas opponebat. Quare apud ipsum magistratum disceptabatur, quâ formâ, quibusue clausulis, & quâ verborum conceptione, iudicium constitueretur, & vtrum simplex ac purum, an verò additis exceptionibus conciperetur, vt ostendit Victorinus in lib. 2. de inuentione, vbi Cicero agit de translationibus. Explicatâ autem & expensâ Duareni sententiâ, quod attinet ad interpretationem extremorum uerborum *l.* 3. *de iurisdict.* ad alias perueniendum est, quas paucis complectemur.

Sunt verò qui existimant illis verbis *d. l. imperium*, non contineri de-

finitionem iurisdictionis, imò ne exemplum quidem, quod quidam putant, sed exemplum mixti imperij, & consequenter iudicis dationem, non simplicis iurisdictonis, sed mixti imperij esse affirmant, in qua sententia sunt Alciatus, Baro, Cuiac. lib. 21. obseru. cap. 30. nosque ad eorum sententiam accedimus, quæ hoc breui argumento conficitur. Iubere autem, vetare, imperij est, *l. quod iussit, de re iudic.* at in iudicis datione iussus adhibetur, *l. vlt. de offic. præf. vrb. l. eum qui. de iurisdict. l. de qua re, de iudic.* Præterea probatur *ex l. cum prætor, de iud.* vbi magistratus iudices dare possunt propter vim imperij, id est, quia imperium habeant, & imperij pars sit iudicis datio. Denique probatur testimonio Harmenopuli, tit. 4. paulò post principium, vbi sic scribit, aut in hanc saltem sententiam; dedit, inquit, magnus Drugarius, aut alius quispiam iurisdictionem habens & imperium, iudicem, qui inter duos aliquos cognosceret; quibus verbis apertè ostendit imperio opus esse ad iudicis dationem. Probatur præterea iudicis dationem esse imperij, quia qui iussus est iudicare, nec esse habet iudicium in se suscipere, *l. vlt. §. iudicandi necessitas, de munerib. l. Prætor. in princ. & in §. qui autem, de vacat. mun.* nisi excusetur ab ipso prætore, vt in principio *d. l.* & postquam de re cognouit, cogitur etiam iudicare, & pronuntiare l. *de qua re. & l. venditor. de iudic.* Atque idcircò in *l. vlt. de offic. Præfect. vrb.* iudicis datio refertur ad potestatem, hoc est imperium, cum dicitur Præfectum vrbi egressum terminos suæ ditionis, potestatem non habere, eum tamen extra vrbem posse iubere iudicare, sicque eatenus potestatem exercere; quod intelligendum est, si Præfectus vrbi degens ipse intra territorium suum iubeat aliquem extra territorium suum iudicare, ne repugnet *l. vlt. de iurisdic. & l. 3. de off. Præsid.* vbi qui egreditur territorium suum priuatus fit; neque obest *l. cum vnus. de bon. aut. iud. possid.* in qua quis intelligitur iussus possidere eo tantum loco qui pertinet ad curam iubentis. Nam iussum huiusmodi possidendi afficit rem, ideóque in alieno territorio non valet, sed iussum iudicandi afficit personam, cum sit munus personale *d. §. iudicandi necessitas*, vt & obligatio *l. obligationum substantia. de oblig. & act.* at iudex qui iubetur iudicare, subest iurisdictioni, & imperio iubentis; in vnaquaque enim iurisdictione erat certus iudicum numerus, quos magistratus iuberet iudicare, *l. cum Prætor. de iudic.* Itaque imperium iudicandi, quamuis in alieno territorio, valet ratione personæ, quam solam afficit, non territorium.

Non etiam *l. eum qui. de iurisdic.* vbi quis non potest iubere iudicare eo die, quo priuatus futurus sit, vnde dici posse videretur, non posse etiam quemquam iubere iudicare eo loco, quo priuatus futurus sit, nempe in alieno territorio; nam, vt dixi, Præfectus vrbi ratione personæ sibi subiectæ retinet imperium etiam in alieno territorio, ideóque de aliena Prouincia euocare potest officiales suos & alios sibi subiectos *l. 2. Cod. de off. Præfec. vrb.* Itaque postquam I. C. definiuit mixtum impe-

rium esse cui iurisdictio insit, & subiecit exemplum in datione possessionis, aliud deinde subiicit in iudicis datione : vt sensus sit : iudicis dationem, non modo esse imperium, quod perse satis patet, cum contineat iussum, sed etiam esse iurisdictionem, & consequenter esse mixti imperii, cum in iudicis datione cernatur imperium cui iurisdictio insit, hocque modo, particula *etiam*, infert imperium, quasi dicat iudicis dationem, non solum esse imperij, sed etiam esse iurisdictionis. Verumtamen æquè verè dici potest iudicis dationem, esse iurisdictionis simplicis, nam præter vltima verba *d. l.* 3. quæ eum sensum videntur habere, id probatur ex rubrica, *qui pro sua iurisdictione iudices dare, dariue possunt C.* Probatur item ex *l. cum Prætor. de iud.* vbi is cui iurisdictio mandatur iudicis dandi licentiam habet. Et probatur denique quod Prætor in suis Edictis, ea quę sunt iurisdictionis proponat *l. si quis id quod. de Iurisdictione.* At in edictis, iudicis dationem vt plurimùm pollicetur, ergo ea erit iurisdictionis ; & sanè vtrumque verum est, nempe iudicis dationem esse mixti imperij, & esse etiam iurisdictionis, sed vario respectu, & diuersa ratione ; nam quatenus Prætor in iudice dando, & iudicio constituendo præscribit iudicandi normam, & rationem, eàtenus iurisdictio est : quatenus verò iudicem iudicare iubet, eumque iudicio addicit, eàtenus est imperium ; quod intelligitur etiam in cautionibus prætoriis quæ imperij esse dicuntur, quatenus Prętor caueri iubet *l. iubere caueri. de Iurisdict.* & iurisdictionis, quatenus Prætor cauendi formam præscribit, & cautionem concipit *l.* 1. *de damno infec. l.* 1. *in fine. de præto. stipulat.* atque si verba illa vltima *d. l.* 3. referamus, ad simplicem iurisdictionem, particula illa, *etiam*, idem erit quod, *insuper*, *quoque*, *præterea*, vt sensus sit, iurisdictionem quoque esse, &c. hoc est propositis exemplis meri & mixti imperij, iurisdictionis quoque exemplum ostendi posse in iudicis datione, vel illam particulam, *etiam*, interpretari possumus, pro, *non solùm*, vt scilicet includat cognitionem magistratus, & sensus sit iurisdictionem esse, non modò, cùm magistratus ipse cognoscit, & iudicat, sed etiam cùm iudices dat, qui iudicent & cognoscant : iurisdictionem (inquam) esse non solùm ipsam extraordinariam magistratus cognitionem, sed etiam iudicis dandi licentiam, vt nempe vtroque modo, & iudicando, & iudicibus dandis, magistratus iurisdictionem exequatur.

Sed iam alia iurisdictionis definitio quęrenda est, postquam ea quæ traditur à Duareno non est satis absoluta, & D. Cuiac. in parat. *ff. tit. de iurisdic.* hanc tradit ; vt iurisdictio sit, notio quæ iure magistratus competit, quæ definitio manca est, cùm non contineat iurisdictionem mandatam, nec eorum qui extra ordinem ius dicunt, cùm non sint magistratus, quales sunt Prętectus annonæ, & vigilum *l.* 2. §. *& hæc omnis. de orig. iuris*, quod & ipse agnoscit *eod. tit C. in paratit.* Sed ait eam esse definitionem iurisdictionis ordinariæ, quod tamen esse non po-

test, cum & ipse doceat obseruat. 9. cap. 23. in fine Magistratum non, adhibere suam notionem aut cognitionem, nisi extra ordinem. Praterea manca est ea definitio, quia non complectitur iurisdictionem defensorum ciuitatis, qui habent tamen ordinariam, vt *ex textu nouell.* 15. colligitur, *iuncta glossa.* nam quod ibi dicitur eos non conficere acta, quæ iurisdictionem requirunt, referendum est ad iurisdictionem voluntariam, quæ versatur circa legis actiones, hoc est legitimos actus, vt ibi rectè Cuiac. & tamen Defensores non sunt magistratus, nisi impropriè, vt apparet *ex ea nouell.* 15. *de defensorib. Ciuitatum. collat.* 3. vbi dicuntur habere speciem & imaginem magistratus: quamquam idem Cuiac. eos simpliciter magistratus esse dicat: Ergo definitione illa non continentur quæ ad solos magistratus pertinent, non etiam continetur iurisdictio Pedaneorum iudicum, qui introducti sunt à Iustin. in ciuitate Constantinopolitana, *nouell. de iudicib.* qui iurisdictionem videntur habuisse, tum ex dignitate, & amplitudine eorum, qui in ea Nouella nominantur, tum ex Iuliano apud quem *eadem Nouella cap.* 3. inscribitur *de jurisdictione iudicum*, de quo tamen amplius videndum. Denique manca est ea definitio, quia non continet iudicis dandi licentiam, quæ tamen iurisdictionis procul dubio est. Neque est quod quis existimet *notionis* verbo, in illa definitione iudicis dationem quoque contineri, nam illud omnino alienum est à mente Auctoris qui iudicis dationem ad mixtum imperium omnino refert. Præterea quamuis in dandis iudicibus, cognitionem aliquatenus Prætor adhibeat, non tamen semper, neque plenariam sed summatim, quæ cognitionis nomen non meretur; nam & ipsa iudicum datorum notio, non est propriè cognitio, & ab ea separatur *d. nouell. de Iudic.* Neque quis vnquam reperiat notionis nomine aut cognitionis, iudicis dationem significari. Nam quod est in *l. notionem de verb. signif. & l. ait Prætor. de re iudi.* notionem generaliter continere iurisdictionem, & cognitionem, non est ita accipiendum, quasi iurisdictio ibi significet iudicis dationem, nam significat cognitionem magistratus scilicet, quæ cum sit coniuncta cum iurisdictione, appellatur ibi iurisdictio, & opponitur cognitioni iudicum datorum, scilicet, quorum cognitio est sinè iurisdictione. Atque hoc liquidò apparet ex coniunctione *d. legis notionem, cum l. oratione. de feriis.* quæ sunt *ex eodem lib.* nam postquam in *d. l. oratione* I. C. dixit dilationem non posse concedi plus quàm semel, nisi cum causæ cognitione, explicans deinde quid sit causæ cognitio, eo in loco ait notionem continere & iurisdictionem & cognitionem, vt sensus sit dilationem causâ cognitâ sæpiùs dari posse non modò à magistratu cognoscente, sed etiam à iudice notionem suam adhibente. Apparet etiam *ex d. l. ait Prætor* coniunctâ cum *l.* 4. *eodem.* ex cuius principio apparet Edictum loqui de condemnato, quod fieri non potest sine causæ cognitione, & rubrica ipsa satis indicat ibi agi de iudicato: sed quia verbum *iurisdictionis* significat tantùm magistratus cognitionem, ideò I. C.

censet adhibendum fuisse verbum *notionis*, nam res iudicata est, siue iudicetur à magistratu, siue à iudice Pedaneo. Ex superioribus autem sequentes regulæ colligi possunt. Prima sic concipietur. Iudicis datio imperii mixti est.

2. Sed & simplicis iurisdictionis æquè dici potest.

3. Iurisdictio non satis absolutè definitur, notio quæ iure magistratus competit.

4. Nec etiam, notio quæ iure magistratus, vel ex mandato magistratus, vel extra ordinem competit.

5. Iurisdictionem ordinariam habere potest etiam qui Magistratus non est. Exemplum poni potest non solum in Defensorib. ciuitatum, sed etiam in Præsidibus, qui magistratus non sunt *l. 3. quod metus causa*: & denique poni potest in his omnibus, qui alicui collegio vel corpori præsunt, qui magistratus quidem non sunt, iurisdictionem tamen habent, in corporatos, & collegiatos, quæ nulla fori præscriptione declinari potest *l. vlt. de jurisdic. omnium Judic. C.*

6. Notionis verbum, iurisdictionis quidem partem, id est magistratus cognitionem continere potest non iudicis dationem.

7. Iudicis dati cognitio propriè non dicitur, sed notio *nouell. de iudic.* 32. *cap.* 5. *&* *nouell. vt differentes iudices* 86. *cap.* 2. *colla.* 6. in quibus iudices Pedanei iudicant, non in forma cognitionis, sed in forma parasimioseos. Cognitio est, cum acta causæ plenè & solemniter conficiuntur: parasimiosis, cùm acta fiunt summatim, & strictim, & cùm causa describitur quasi per summa rerum fastigia, & per præcipua capita, *sans formalitès* Parasimiosis ergo est quasi index causæ, de qua forma præter ea, quæ notantur à Cuiac. *d. nouell. de iudic.* & à Francisco Pithœo in similem Iuliani Nouellam, adde locum insignem Asconij Pædiani in tertiam Verrinam, quo parasimiosis eleganter & dilucidè describitur. Ex quo apparet, & ante Iustin. Nouellam, iudices datos iudicasse, non cognotionaliter, sed summatim, & in forma parasimioseos. Pædiani verba sunt, in iudicium cum esset ventum, antequam causa ageretur, id est disceptaretur à iudice & iudicaretur (sic enim interpretor) quasi per indicem rem exponebant, quod ipsum dicebatur causæ coniectio, quasi causæ in breue coactio. Parasimiosis ergo est causæ comprehensio, & expositio per indicem siue causæ coniectio, hoc est in breue coactio. Quare appositissimè Sabinus ait regulam esse quasi causæ coniectionem *in lege* 1. *de diuer. reg. iur.* nam vtraque est breuis rerum narratio, & quasi præcipuorum capitum excerptio; atque hac ratione maximè confirmari potest quod antea definiuimus, eum qui præsit iurisdictioni non posse cognoscere, vbi sunt proditæ iuris actiones, nam cognitio multos circuitus & ambages habet, longamque temporis moram: parasimiosis verò breuiter & celeriter expeditur breuiori tempore & minori sumptu *d. nouell. de iudic.* quare interest litigatorum, vt causa apud iudices datos potius disceptetur, quam vt à ma-

gistratibus cognoscatur. Hinc apud Sueton. in Claud. cap. 15. quidam apud principem interpellatus meritò contendebat, rem non esse cognitionis, sed ordinarij iuris, hoc est iudices dari debere; quod & factum est à Claudio in ea causa, qui tamen eum à quo petebatur, id est reum ipsum iudicem constituit in propriâ causâ, quod stolidè & ridiculè ab eo factum est, vt scilicet experiretur, an reus futurus esset æquus iudex in aliorum causis: erat enim ex numero iudicum, vt ex verbis Suetonii colligitur. Itaque parasimiosis opponitur cognitioni quanquam iudex datus cognitionem aliquam habeat, sed impropriè dictam, & quæ potius notio appellanda sit, vt scilicet cognitio propriâ suâ significatione referatur ad magistratum. Atque eo sensu accipienda est *lex vbicunquæ* 105. *de reg. iur.* alioqui sanè perdificilis, vt vbicumque causæ cognitio sit, ibi magistratus desideretur; id enim intelligendum est de plenariâ & propriè dictâ cognitione. Præterea obseruandum in quibusdam editionibus *nouell. Iuliani 69. cap.* 2. *&* *nouell. 76. cap.* 5. post illud verbum, *parasimiosis*, addi *naturaliter* vt videre est in varijs lectionibus earum Nouellarum adiectis ad calcem à Pithœo, quod verbum *naturaliter* quo sensu ponatur ignorare se fatetur Antonius Contius in adnotatiuncula adiuncta in margine *d. nouell. de iudicib.* apud Iustinianum. Sensus verò est, vt iudicium fiat, & causa disceptetur naturaliter, hoc est non ciuili more, non adhibitis iuris solemnibus quæ in vsu fori vsurpari solent. Sic tabulæ dicuntur naturaliter apertæ, & clausæ, quę scilicet apertæ sunt, non adhibitis iuris solemnibus de quibus *toto titulo*, *quemadmodum testam. aper.* & naturaliter clausæ, hoc est non adhibitis lino & cerâ, vt solemne erat. Quare rectè Antonius Augustinus in notis ad Iulianum, parasimiosin vertit naturaliter, non cognitionaliter de plano. Adjicit sine scripto, quod & Contius sequitur malè, nam causæ tractabantur apud iudices datos, adhibitis actis & scripturâ; quod probatur; quia in illa nouella singulis iudicibus duo exceptores dantur, qui frustra alioqui darentur. Item hoc probatur ex duobus locis Græcorum Interpretum, quos ibi Cuiac. adducit, quorum sensus est, parasimiosin esse cum acta non fiant plenariè, & cum adhibetur cognitio semiplena, & quasi dimidiata, vt scilicet non omnes allegationes partium scriptis mandentur, sed earum præcipua, & quasi prædominantia capita paucis quasi sub vno conspectu ponantur. Præterea probatur etiam ex loco D. Hiero. à Pithœo citato qui parasimioses vertit excerpta.

Neque obest quod *in d. Nouella*, postquam dictum est, iudices debere causas audire more parasimioseos, statim subjicitur, vt tamen in scriptis sententiam ferant: nam scriptura non opponitur parasimiosi, sed sensus est vt quamuis fori solemnia reliqua non adhibeantur in causa disceptanda, adhibeatur tamen solemnis recitatio sententiæ ex periculo, id est, ex scripto. Denique probatur, quia parasimiosis idem est quod adnotatio, & ita vertit vetus glossarium, ita etiam vetus Nouellarum

Interpres. Qua tamen in re aduertendum adnotationem esse subscriptionem ad libellum, quę fiat, vel à magistratu, vel à Principe, vel ab eorum Officialibus, quorum ea cura est; de qua adnotatione vide *l. hac lege de metatis lib.* 12. *C. l.* 2. *de petit. bon. subla. l.* 2. *de quibus muner. vel præsta. lib.* 10. *C. l.* 2. *de naui. non excusan. l. nulli de fundis patrimonialibus, l. quicunque de omni agro deserto lib.* 11. *C. l. quidquid de vectigalibus C.* Hæc autem adnotatio siue libelli subscriptio adhibetur, & paucis verbis, & sine causæ plenariâ cognitione, vt in *l. nec quicquam* §. *vbi decretum, de off. Proconſ.* ergo cùm res per adnotationem, siue per libellum expeditur, summatim negotium tractatur, non cognitionaliter. Ideóque Iustinianus in *dicta nouella de iudicibus* iubet datos iudices causas audire, more adnotationis, hoc est summatim, quod intelligendu m est, non vt iudices causas determinent per adnotationem & subscriptionem quando sententiam in scriptis ferre debent, sed vt more adnotationis, hoc est, vt breuiter, & summatim, quemadmodum fieri solet in causis quæ per libellum & subscriptionem expediuntur.

Cæterùm videndum est, an hæc definitio iurisdictionis satis absoluta sit, si dicamus iurisdictionem esse iudicandi vel iudicis dandi licentiam. Et sanè his verbis, omnis omninò iurisdictio comprehendi videtur, siue magistratuum, siue eorum qui habent demandatam, siue eorum qui ius dicunt extra ordinem, *vt in fine legis si in aliam, de off. Proconſ.* siue denique eorum qui quamuis magistratus non sint, ordinariam tamen iurisdictionem habent, vt supra expositum est. Verbum autem *licentiæ* in definitione ponendum videtur, cum ipsis iuris auctoribus *in l.* 3. *de iurisdic. l. vnica ne quis in sua cau. iudicet C. l. rem non nouam C. de iudic.* idque potiùs quàm verbum *necessitatis* quod ab Interpretibus ponitur; nam qui ius reddit, liberè agit pro suo imperio, non alieno, *l.* 3. *de off. eius cui mandata est iurisdictio*; nam iurisdictionem habet suo iure, non alieno beneficio *l.* 1. *eodem tit. & l. more maiorum de iurisdictione.* Quare licet ei iurisdictionem & actionem denegare *l. sed etsi* §. *ait Prætor, ex quib. cau. l. iusiurandum* 34. §. *ait Prætor, de iureiurando l. vlt. de obligat. & act.* Nulla enim prodita est actio, quâ iuris necessitate magistratus astringatur ad ius reddendum, cùm toto tempore sui magistratus, ne in ius quidem vocari possit *l.* 2. *de in ius vocando.*

Præterea *licentiæ* verbo excluditur sententia iudicum Pedaneorum, de illis enim non dicitur iudicandi licentia, sed iudicandi necessitas, vt supra dictum est. Ergo iurisdictio in duobus consistit, nempe vt vel magistratus cognoscat, vel iudices det *l. sæpe & l. sequenti de off. Præs.* Verùm in definitione hæc etiam verba addenda sunt *in priuatis negotijs*, vt scilicet excludamus iudicia publica, quæ non sunt iurisdictionis, sed imperij meri: nam magistratus præesse dicuntur priuatis *l.* 2. §. *deinde ex his legibus de orig. iur.* atque ab hac definitione non longè abest definitio tradita ab Alberico veteri Interprete, qui ad rubricam de iurisdictione statim

tim ab initio sic scribit. Iurisdictio sumpta in specie est potestas explicandi quæstiones quæ iure magistratus competunt, & in eis potestas delegandi. Complexus enim est, & cognitionem, & iudicis dandi licentiam.

Sed his quæ diximus valde obstat *nouella de Quæstore* 80. *colla.* 6. *& nouella* 86. *vt differentes iudices colla.* 9. Ex quibus probari videtur magistratus nõ liberè agere in iure dicundo, quando vrbani cogi videãtur à Quæstore, prouinciales ab Episcopis. Sed dicendum eos non habere potestatem cogendorum magistratuum, sed eos tantùm posse interpellare, & vrgere, illisque imminere, vt ius reddant, & nisi obtemperet magistratus, possunt illi ad Principem referre; quin imò ex illis nouellis confirmatur, iurisdictionem liberè excerceri, non coactè, quando opus fuerit interpellatores addere, qui tamen non habent ius cogendi, sed admonendi.

Aliter quoque definiri iurisdictio posse videtur, vt sit iuris cuique reddendi potestas; nàm ius reddere est, siue cognoscere, siue iudices dare *l.* 2. §. *eodem tempore* §. *cùmque consules*, §. *post originem*, *de orig. iur. l. penult. de iust. & iur. coniuncta cum l.* 4. *de inter. in iur. facien.* nàm hic est finis totius iuris, & iustitiæ, vt ius suum cuique tribuatur *l. iustitia de iust. & iur.* verbum autem, *potestatis*, in definitione positum, latiùs accipitur, quàm *in lege potestatis, de verbo. signif.* vt scilicet significet auctoritatem & facultatem quæ manat ex iurisdictione, vt *in l. vlt. C. Theod. de excusat. artif. & l. Duumuirum, de Decurio. C.* in quibus potestas accipienda est, pro iurisdictione, non pro imperio, cùm ibi agatur de Pedaneis iudicibus, & magistratibus Municipalibus.

Sed aduersus priorem iurisdictionis definitionem objici potest, quod plerique sint qui iurisdictionem habent, qui tamen Iudicis dandi licentiam non habent, quales inter cæteros enumerauimus magistratus Municipales, illi enim non habent ea, quæ sunt mixti imperij *l. ea quæ ad municip.* neque etiam iudicis dationem habere possunt, quæ sine imperio non explicatur. Nàm quod est apud varios auctores de limitibus agrorum ex lege Manilia, magistratus Municipales habere de re, de qua ibi agitur, iurisdictionem, iudicisque dationem, & addictionem, ita est accipiendum, non quod magistratus Municipalis generaliter, & iure suo, ac sui magistratus, iudicis dandi licentiam habeat, sed quod eo in casu lex Manilia eam facultatem illi specialiter tribuerit. Dubium enim non est, quin ius dandi iudicis illis competat, quibus hoc datum est lege. S.C. vel constitutione *l. cùm Prætor de iudic.*

Sed huic obiectioni respondendum est, magistratus Municipales, & reliquos qui iudicandi tantum, non iudicis dandi potestatem habent, vt *in l. rem non nouam C. de iudic.* habere quidem iurisdictionem, sed non plenam, non vniuersam, non totam, non totum iuris dicendi officium. Certum enim est alios alijs iurisdictionem habere pleniorem, *l. si in aliam* §. *cum plenissimam de off. Proconf. l. solet & l. sequenti de iurisdictione l* 1. §. *damus de suspectis tutorib.* eóque pertinere videntur obscura illa ver-

la *legis vlt. C. vbi & apud quem*, in qua nonnulli commemorantur, qui propriam iurisdictionem non habent, sed iudicandi tantùm facultatem; quæ verba non possunt referri ad Pedaneos iudices, nàm de his ante & post in eadem lege separatim agitur, & præterea illi nullam omninò iurisdictionem habent, nequè iudicandi facultatem, sed necessitatem. Quare videntur referenda ad eos qui iudicis dandi licentiam non habent, sed iurisdictionem, eatenus vt ipsi iudicent. Et quod ait lex eos non habere propriam iurisdictionem, ita est accipiendum, non quasi habeant alienam, & demandatam, sed quia suo iure non haberent, nisi eis esset lege nominatim tributa, quod dicitur ad differentiam magistratuum, qui suo iure iurisdictionem habent, eo ipso quod sunt magistratus, etiam si nulla lex illis tribuat specialiter *l.* 1. *de off. eius.* atque idem omninò significãtur *in d. l. rem non nouam*, vbi dicuntur habere ex sua iurisdictione iudicandi facultatem, licet magistratus non sint: ex sua iurisdictione, intellige, quæ illis lege tributa sit. Ergo vt plena dicatur iurisdictio, necesse est vtrumque habere, & iudicandi, & iudicis dandi licentiam, nàm quod in definitione sub disiunctione proponuntur, ita accipiendum est, non quod altera pars sufficiat ad plenam inrisdictionem, sed quod is qui eam habet, potest illam explicare, & exequi, & hôc, & illo modo pro varietate causarum. Necesse est igitur iudicis dandi licentiam assignare etiam iurisdictioni. Nàm præter rationes supra adductas, si iurisdictio in solis cognitionibus consisteret, quæ omnes sunt extraordinariæ, sequeretur omnem iurisdictionem esse extraordinariam, quod est absurdum.

Sed iam incipiamus dicere de mixto imperio, quod plerique omnes ita accipiunt, vt sit cum iurisdictione confusum, ita vt ex vtriusque mixturâ surgat tertia quædam & propria species; quinimò nonnulli existimant nullam iurisdictionem esse simplicem, hoc est, quæ non sit confusa cum imperio, quod probare conantur *ex l. vlt. de off. eius.* At verius est, iurisdictionem esse simplicem, imò & imperium, quod mixtum dicitur simplex esse. Nàm imprimis certum est magistratus Municipales non habere ea quæ sunt imperij; ergo habent iurisdictionem simplicem separatam ab imperio *d. l. ea quæ.* Neque verò existimandum est aliam esse eorum iurisdictionem quàm Romanorum magistratuum, nàm genere eadem prorsus est, quamuis in Romanis magistratibus plenior. Præterea, si nulla est simplex iurisdictio, cur tituli inscribuntur *de iurisdictione*, *ff.* & *C.* cur tàm frequens iurisdictionis mentio, cùm mixti imperij rara sit admodum? cur etiam non fit denominatio, ab imperio, vt à nobiliori? & quare non semper vsurpamus mixti imperij verbum, non autem iurisdictionis? aut cur saltem non æque appellamus iurisdictionem mixtam? quod necesse esset, si illa esset cum imperio confusa, quam tamen vocem nusquam reperias. Adde mixtum imperium, in omnibus eius exemplis considerari posse, non confusum cum iurisdictione; quin imò nullis casi-

bus adhiberi potest imperium, vt tamen iurisdictio non sit, puta si magistratus iubeat aliquem vocari in ius *l. si immaturam, quod vi aut clam*, aut duci in carcerem *l. 2. de in ius vocand.* aut si aliquis vetat suo edicto, verbi gratia, nè quid in loco publico fiat, vt *l. vlt. illo tit. ff.* Item si iubeat aliquem possidere *d. l. ea quæ*. Plura etiam alia similia exempla colligi possunt *ex l. nec quicquam* §. *de plano de off. Proconf.* Denique si mixtum imperium dicatur quasi conflatum & confusum ex iurisdictione & imperio, necessariò sequitur, eas partes aliquando esse simplices & discretas; quare igitur mixtum imperium appellatur? Dices, & sanè mixtum aliquando significat, id quod confusum est, ita vt propria conficiatur species, vt cùm ex mixturâ & confusione vini & mellis fit mulsum, *in l. Marcellus* §. *vlt. & l. idem Pomponius* §. *sed si plumbum, de rei vind.* §. *si duorum, de rer. diuis. instit.* Sed mixtum quoque duobus alijs modis dicitur, nempè cùm corpus aliquod componitur ex pluribus partibus, non quidem confusis, neque in vnum coalescentibus, sed ita vt vnaquæque pars integra maneat, & eadem, suamque naturam retineat, & corpus mixtum dicatur, quia partes se se contingunt, & cohærent inter se; mixtum igitur propter adiectionem partium, non propter confusionem; quales sunt ædes quæ ex tegulis, lignis lapidibus, & cementis componuntur. Mixtum etiam dicitur corpus, etsi partes maneant solutæ, & separatæ, comprehendantur tamen sub vno aliquo nomine, puta legio, populus, grex nàm & ouis dicitur immiscerì gregi, quæ omnia explicantur *in l. rerum mixtura de vsurpat. & dicto* §. *si duorum.* Itaque mixtum imperium dicitur, non primo modo, sed secundo, vel tertio, non inquam mixtum, quia confusum, sed quia cohæreat iurisdictioni, eamque quasi contingat, vt *in l. 1. in fine de off. eius.* vbi I. C. dixit non mixtum imperium vt *Vlpian. l. 3. de iurisdic.* sed imperium quod iurisdictioni cohæreat: quibus verbis manifestè ostēdit mixtum imperium dici propter adiectionem iurisdictionis, non propter confusionem eiusdem; nàm tale imperium interponitur quidem iurisdictionis gratiâ ad eam explicandam, & exequendam, sed ab eâ tamen manet integrum absque confusione, ideoque idem Paulus *in l. vlt. de off. eius.* appellat imperium quod non est merum, hoc est non quidem confusum, sed quod non est solum, sed habet iurisdictionem cohærentem, & adiunctam, ita tamen vt vtrumque idem maneat, & suam naturam simplicem retineat. Atque glossa *in d. l. idem Pomp.* §. *si plumbum de rei vind.* rectè etiam animaduertit, mixtum distare â confuso, quamuis ibi non agatur de imperio. Propter verò frequentem cohærentiam mixti imperij cum iurisdictione aliquando imperium dici videtur de iurisdictione, & contra, vt *in l. 3. de off. eius* vbi qui iurisdictionem exequitur, pro imperio agit, item *in l. iudicium soluitur, de iudic.* in qua quis dicitur habere maius imperium in ea iurisdictione, & *in l. in causæ 2. in fine de min.* vbi scriptum est, *pro sua iurisdictione restituere.* Denique à iure dicendo imperij consequētia deducitur *l. & ideo, iuncto fine l. præc. de off. Proc.*

Sed ei quod diximus, iurisdictionem esse simplicem, duo potissimùm repugnant. Primum est *in l. imperium de iurisdic.* vbi iurisdictio inest imperio, ergo confusa. Alterum *in l. ea quæ ad municip.* vbi sunt quædam magis imperij, quam iurisdictionis, ergo vtriusque simul, & confusæ. Verùm *ad d. l.* 3. dicendum est, ea inesse, non modo quæ confusa sunt, sed etiam quæ cohærent, & in continenti subjiciuntur, quemadmodum pacta dicuntur contractibus inesse *l. iuris gentium* §. *quin imò*, & §. *adeo. de pact.* vbi glossa hoc explicat de rebus creditis.

Ad legem verò, *ea quæ*, dicendum, particulam, *magis*, non necessariò significare confusionem partium: quemadmodum si dicas, ædes magis lateritias esse, quàm ligneas, sed significat *in ea l.* in cohærentiâ, & iuncturâ imperij cum iurisdictione, magis eminere, & elucere imperium, nam mixtio illius non pro confusione est accipienda, sed pro iuncturâ, & cohærentiâ, vt supra dictum est. Ex ea tamen *l. ea quæ* colligi posse videtur quædam esse, quæ sunt magis iurisdictionis, quàm imperij, vt tamen semper cohærentiam tantùm, & iuncturam intelligamus, non confusionem, & quæ idcirco magistratibus Municipalibus competere possunt. Nàm dicta lex non negat absolutè eos mixtum imperium habere, sed ea quæ magis sunt imperij, quàm iurisdictionis; illa autem dici posse puto contrariâ ratione magis iurisdictionis, quàm imperij, quæ scilicet pertinent ad coërcitionem modicam, qualis est pignorum capio §. *sciendum de suspect. tuto. instit. lege quemadmodum* §. *vlt. ad legem aquiliam.* Item quod dicitur factum ab Ædili *in l. lectos de peri. & com. rei vend.* & si quæ sunt huiusmodi. Sanè negari non potest, quin coërcitio modica sit mixti imperij; nàm & propterea existimo, magistratus Municipales potissimùm dici, habere potestatem, vt colligitur *ex principio legis primæ, si quis ius dic.* à cuius regulâ frustra excipiuntur Duum viri, qui sunt magistratus Municipales, & vt plurimùm præcipui, *l.* 1. *de albo scrib.* nisi & ipsi potestatem haberent, quod & apertè dicitur, *in l. Duumuirum C. de Decur.* & apertiùs *in l. si quis vxori* §. *si fugitiuum de furt.*

Dubitari enim non potest, quin magistratus Municipales habeant coërcitionem, scilicet modicam, *d.* §. *sciendum*, & *d. l. quemadmodum*; nàm & eam habet quicumque iurisdictionem qualem qualem habet, cùm iurisdictio absque ea coërcitione nulla sit, hoc est, explicari non possit, neque subsistere, & futura sit illusoria, *l. vlt. de off. eius l.* 2. *de iurisdic.* sed præterea hoc apertissimè probatur his verbis Siculi Flacci, statim ab initio lib. de conditionibus agrorum. Regiones autem, inquit, dicimus, intra quarum fines, singularum coloniarum, aut municipiorum magistratibus ius dicendi coërcendique est libera potestas. Verumtamen quia modica coërcitio non obtinet principem locum in iunctura, & mixtione iurisdictionis, sed eius veriùs videtur esse quasi appendix, sequela, & fulcimentum: idcirco ea dici potest magis iurisdictionis quàm imperij. Quinimò & negari potest esse imperij, si strictè & propriè imperium

mixtum accipias; quod tunc propriè est, cùm res est magis imperij, & cùm iurisdictio sequitur, quasi appendix, & consequentia: Atque eo sensu necesse est intelligere quod dicitur *in l.2. de in ius vocando. l. sed & si §. finali ex quibus cau. maiores, l. nec magistratibus, de iniur.* & à Gellio lib. 13. cap. 12. & 13. nempe magistratus minores non habere imperium, scilicet propriè & strictè acceptum. Nam particulâ illâ imperij, quæ consistit in modicâ coërcitione, eos nullo modo carere posse, ex superioribus constat, & præsertim *ex d. l. lectos*, in qua Ædilis habet modicam coërcitionem, quem tamen Gellius negat habere imperium d. cap. 13. Quare placet eorum sententia, qui existimant mixtum imperium quodammodo duplex esse, vnum quod principaliter interponatur, & quod iurisdictio sequatur, quasi accessorium; aliud verò, quod sit accessorium iurisdictionis, nempe coërcitio modica, vt neutro tamen modo iurisdictio cum imperio confundatur.

Sed videtur *ex l. vnica, si quis ius dicenti.* magistratus Municipales nè modicam quidem coercitionem habere, cùm non possint iurisdictionem suam defendere pœnali iudicio. Verùm dicendum est, eos habere quidem modicam coërcitionem, non illam tamen coërcitionis speciem, de qua in illo tit. Rationem vulgò afferunt, quia ibi agitur de mulctæ dictione, quam nulli alij habent, nisi magistratus populi Romani, & Præsides prouinciarum, qui scilicet illis exæquantur *l.*181. *aliud est fraus, l. si qua pœna* 244. *de verbo. signif. l.* 2. §. *fin. de iudic.* Quæ tamen ratio manca esse videtur, quia talis potest incidere, non obtemperantis contumacia, quæ non satis vindicetur pecuniariâ pœnâ, sed maiori coërcitione opus habeat, vt *in fine l. vlt. de sportulis C.* Nam præter mulctam sunt alia duo genera coërcitionis maioris, quæ adiunguntur à Cicerone in legibus, nempe vincula, & verbera, & Gellius d.cap.13. prehensionem vocat summam coërcendi potestatem, quod & de verberibus intelligi potest *ex d. l. vlt.* Quare dicendum est, coniunctim magistratus Municipales, non vti hoc pœnali iudicio, quia maiorem coërcitionem non habent, quæ in mulcta, vinculis, & verberibus consistit, sed modicam tantùm, præterquàm in seruos in quos etiam videtur habere castigationem corporalem, sed tamen modicam *l. magistratibus, de iurisdic.* Adde etiam rationem quam afferebat D. Roaldus, nempe, quod coercitio adhibetur *in d. l. vnica, si quis ius dic.* iudicio constituto, & iudicibus datis, quod magistratus Municipales suo iure non possunt. Neque mirum maiorem coercitionem adhiberi iudicibus datis; nàm illi de contumacia tantùm cognoscunt, & iudicant, idque ex auctoritate ipsius qui ius dicit, vt in simili dicitur *l. vlt. C, vbi & apud quem*, qui & deinde eorum sententiam exequitur. Quod autem sequitur *in d. l. vnica vers. is videtur*, rectè interpretatur D. Cuiac. obseruat. 24. cap. 25. vt scilicet extremum in iurisdictione sit, rem abducere, vel auferre, iubente magistratu, cùm agitur rei vindicatione, vel ad exhibendum, ita vt nihil deinde reliquum sit quod sequa-

tur. Quare verba illa. *Cæterùm si & sequentia recusauerit*, referenda sunt ad ipsam ductionem, vel oblationem rei, cùm nihil aliud sit, quod sequi possit. Ad eius verò sententiam confirmandam adde rationem ductam *ex l. 2. si ex nox. causa agat.* ex cuius fine apparet rem statim atque ducta est iussu Prætoris, non defendente scilicet reo, & rectè non cauente, *l. rectè defendi de iudic.* fieri in bonis actoris, ita vt consequenter actio perimatur, sicque, hoc est extremum in iurisdictione. Quare *in l. vel in operis 36. de procuratoribus*, ille qui iudicium non accipit, ex noxali causa, si tamen patiatur seruum duci, defendere videtur, quia scilicet ductio rei est finis iurisdictionis, & actionis in rem, vel etiam interdicti ad exhibendum, *l. 3. de liberis exhibendis & duc. l. 1. §. ex hoc rescripto, de inspic. ven.* Quod autem diximus iurisdictionem esse non posse sine particula illa imperij, quæ consistit in modica coërcitione, non ideo infert, nullam esse iurisdictionem simplicem. Neque enim dicimus in quocunque actu iurisdictionis adhiberi coërcitionem; nam plerumque eâ opus non est, & quamuis opus sit, res quandóque alio modo expediri potest *l. 4. §. vlt. de dam. infec.* & iis etiam casibus, quibus adhibetur coërcitio, non ideo tamen minus iurisdictio simplex manet, & minimè confusa, vt ex crassa illa comparatione ædium quam attulimus *ex l. rerum mixtura, de vsurpa.* vnusquisque facilè potest intelligere. Adde quod dicitur *in l. qui dolo, ad l. Iuliam de vi publica*, eum qui imperium, vel potestatem habeat, aliter quàm ei ius erit, decernere, imperare, facere, ex quibus verbis facilè intelligitur Magistratum quandoque cognoscere & decernere, vt tamen imperium non adhibeat. Cæterùm quæ huc vsque sunt explicata in breuem summam contrahi possunt sequentibus axiomatis.

1. Iurisdictio est, iudicandi vel iudicis dandi in priuatis negotiis licentia.

2. Quare qui iudicandi facultatem tantùm habent, urisdictionem quidem habent, sed non plenam.

3. Licentiam dicimus, quia qui iurisdictionem exercet, magistratus præsertim, liberè agit, non ex officio mercenario, quod interpretes comminiscuntur. Dico, *Magistratus præsertim*; nàm Delegati, aut Municipales non ita liberè agere videntur *l. 4. §. vlt. de dam. infec.* in qua tamen non coguntur, sed damnum resarciunt, propositâ in id actione, si iurisdictionem denegauerint.

4. Iurisdictio etiam definiri potest, iuris cuique reddendi potestas.

5. Iurisdictio magistratuum Municipalium simplex est.

6. Sed & omnis.

7. Imò & imperium, quod mixtum appellatur.

8. Mixtum enim dicitur, non quia cum iurisdictione confusum, sed quia coniunctum.

9. Illud verò duplex est, vnum cuius iurisdictio, accessorium est, quod propriè imperium dici potest.

10. Atque eo sensu Magistratus minores, itémque Municipales imperium habere negantur.

11. Aliud quod iurisdictionis accessorium est, quod in modica coërcitione potissimùm consistit, dico, potissimùm, quia & in aliis leuioribus iussis, quæ in explicanda iurisdictione interponuntur.

12. Quæ illius sunt, magis imperij quàm iurisdictionis esse dicuntur quæ huius, magis iurisdictionis quam imperij esse dici possunt.

13. Modica autem illa coërcitio definiri posse videtur; potestas ex iurisdictione manans.

14. Qnam coërcitionem & magistratus Municipales proculdubio habent.

15. Nam & illius ratione Duumuiri, qui sunt magistratus Municipales potestatem habere dicuntur.

16. Idemque dicendum videtur, de illis Pedaneis iudicibus, qui *in l. vlt. de excusat. artif. C. Theodo.* potestatem habent, & consequenter iurisdictionem habere videntur, nam & illis mulctæ dictionem tribuere videtur Iustinianus *in l. vlt. de Sportulis C.* qui & tandem illis iurisdictionem dedit *Nouell. de iudic. colla. 6.* quamuis generaliter Pedanei iudices non habeant iurisdictionem. Sed de ea re pleniùs agemus proprio tractatu, de iudiciis, quem, Deo fauente, huic statim subnectemus.

17. In seruos autem corporalem etiam modicam castigationem habent *dict. l. magistratibus de iurisd. l. quemadmodum ad l. Aquiliam, l. si quis vxori, §. si fugitiuum de fur.*

18. Quinimò nulla iurisdictio esse potest absque ea imperij particula, & quasi delibatione, quæ in modicâ coërcitione versatur.

19. Cuius præcipuum exemplum in pignoris capione poni potest.

20. At pœnali iudicio iurisdictionem suam aduersus non obtemperantes tueri magistratus Municipales non possunt.

21. Et quia maiorem coërcitionem pœnale iudicium continet, mulctam nempè, vincula, aut verbera pro modo potestatis eius qui ius dicit.

22. Et quia ea coërcitio fit iudicibus datis.

Extremum in iurisdictione est, iubere rem duci, vel ferri, cùm rei vindicatione, aut ad exhibendum agitur *l. qui restituere, de rei vind.*

Transeamus iam ad merum imperium, quod diligenter imprimis à iurisdictione est separandum, cum qua confundi videtur ita, vt in iurisdictione sit imperium, & in imperio etiam mero iurisdictio. Et quidem Cuiac. *in l. 2. §. deinde cùm ærarium, de origine iuris*, illa confundi existimat, & definit, merum imperium tunc esse, cùm alicui mandatur gladij potestas speciali lege, prout res incidit in singulari aliquâ causâ, vt olim ferè semper fiebat: Sed si ius gladij alicui datum sit generaliter, puta quia fuerit creatus Quæstor parricidij, aut Triumuir capitalis, aut etiam Prætor qui quærat de publicis iudiciis; tunc temporis existimat ius gladij non esse meri imperij, sed iurisdictionis potius, quia statim

atque quis adeptus est talem honorem, & talem magistratum, adipiscitur ius gladij, absque vlla speciali lege vel mandato : speciali iure; igitur suo, & sui magistratus; qua ratione ait hodiernos magistratus quibus criminum cognitio sit commissa, propriè non habere merum imperium; sed potestatem gladij, quam habent, dici potius iurisdictionis, & mixti imperij; quo sensu & qua ratione concludi potest nullum esse magistratum Romanum, qui in iure nostro habeat merum imperium, quando gladij potestas non illis mandaretur specialiter, sed generaliter data esset, quibus competebat *leg. illicitas* §. *qui vniuersas de off. Præsid.* Ratio autem eius hæc esse videtur, quia tunc imperium, merum esse intelligitur, cùm remanet penes Populum, aut Principem; neque alicui competit, nisi ex speciali mandato : Sed si imperium illud, ita cum magistratibus communicetur, vt generaliter illis competat, ex quo magistratus sunt creati, iam desinit esse merum imperium, cùm magistratum sequatur sine speciali mandato, & competat iure magistratus. Præterea etiam confundi videntur iurisdictio & merum imperium; nam nullus est ferè actus iurisdictionis simplicis, qui possit explicari sine imperio, hoc est sine iussu. Imò nec iudex datus, notionem suam adhibere potest, nisi etiam iubeat, puta in rei vindicatione iubet rem restitui, §. 1. *de off. iud. instit. l. qui restituere de rei vind.* in actione familiæ erciscundæ iubet arbores succidi, ædificium deponi, tabulas testamenti apud vnum ex heredibus manere, libros improbatæ lectionis corrumpi, & reliqua huiusmodi *l.* 4. §. *mala.* §. *sed & tabulas famil. erciscun.* Item rem hereditariam venire *l. officio, eodem.* Item in duplicibus iudiciis vtitur adiudicationibus, quod absque iussu fieri non potest §. *si familiæ, de off. iud. instit.* Item si vsu veniat, iubet agros metiri *in fine eiusdem tit.* iubet quoque acta circumduci *l. acta de re iudic.* Vice-versâ in imperio mero iurisdictio semper est; nam vti de priuatis negotiis, ita & de publicis iudiciis latæ sunt leges *l.* 1. *de public. iudic.* & crimina legibus vindicantur *l. vnica C. vbi de criminibus.* Quare, vt inquit Theophilus *in principio de pub. iudiciis institu.* quemadmodum in priuatis causis actor dicit, *ago illa actione*, sic in publicis iudiciis, accusator, *postulo illa lege.* Itaque *in l.* 2. §. *exactis de orig. iur.* ius dicitur de capite alicuius, *in l.* 1. *de off. eius*, iurisdictio appellatur, quæ proculdubio merum imperium est. Verumtamen certissimum est imperium merum, & iurisdictionem, non modò nominibus distingui, sed etiam re ipsâ, & suâ naturâ esse omnino separata, ita vt nihil sit illis commune; atque ea in re differt merum imperium à mixto, quod mixtum, licet non confundatur cum iurisdictione, cum eâ tamen coniungitur, illique cohæret, neque absque ea esse potest; & hoc inter se commune habent, quod circa priuata negotia, & ius singulorum versentur. At merum imperium nullum commercium cum iurisdictione habet, neque illi coniungitur, aut cohæret. Neque obstat ratio Viri doctissimi quæ hoc argumento comprehendi potest, nempe Quæstores

parricidij,

parricidij, & his similes, de quibus supra, esse magistratus, at illos eo ipso quo creantur tales magistratus, habere ius gladij; ergo iure magistratus. At quæ iure magistratus competunt, ijs opponuntur, quæ sunt meri imperij *l. 1. de off. eius*, ergo ius gladij in illis erit iurisdictio, & mixtum imperium; quod quidem in eorum persona quibus specialiter mandatur, est merum. Non, inquam, obstat hæc ratio; nam præterquam quod *in d. l. 1. &* similibus, dicitur merum imperium specialiter mandari, neque iure magistratus competere, nullâ adhibitâ distinctione magistratuum; & præterquam quod ex eo sequeretur gladij potestatem, à talibus magistratibus mandari posse, quod est inauditum. *d. l. 1.* dici potest meri imperii substantiam non esse in eo quod specialiter mandetur, cùm & pleraque specialiter mandentur, quæ non sunt meri imperij, vt cognitio de alienandis rebus minorum, & de transactione alimentorum. *l. 2. de off. eius l. cum hi. §. sed nec mandare, de transactionibus*; neque merum imperium ita appellari, quia specialiter mandetur, sed quia sit omnino à iurisdictione separatum, & per se solum ac purum subsistat. Merum enim, vt Festus inquit, solum esse vel purum: quâ formâ merum ius gentium dicitur. *l. bona fides, depos.* hoc est, solum, & seiunctum à præceptis ciuilibus: mera actio negotiorum gestorum, *l. & si quis*, §. *idem Labeo de relig.* id est sola, & seiuncta ab æquitate: merum iudicis vel Prætoris officium *l. 5. de verb. obligat.* hoc est solum & seiunctum ab omni obligatione *l. qui per collusionem §. vlt. de actionibus empti*: mera pæna *in fine legis, si quis ius dicenti*, id est sola & seiuncta ab eo quod interest. Itaque quamuis daremus aliquos esse magistratus, qui suo iure haberent merum imperium, nihilominus tamen merum semper manere, & à iurisdictione separatum. Atqui statim vbi creatus est quis Quæstor parricidij puta, illi competit ius gladij absque mandato speciali. Ergo iure suo, & sui magistratus. Sed non sequitur, nam ille ius gladij habet, quia lege datum est cuicunque, qui Quæstor esset parricidij, non quidem vt iure suo habeat, sed beneficio legis absque quo tale ius non haberet. At illa quæ competũt iure magistratus, ita illis competunt, vt nullo iure sint illis specialiter mãdata, sed quasi sibi innata & propria habent, ideoque ea quæ sunt iurisdictionis, vel mixti imperij non dicuntur venire ex lege aliqua, sed ex more maiorum, vt *in l. cùm Prætor, de iudic.* Magistratus P.R. iudices dare possunt, more maiorum propter vim imperij, hoc est iure sui magistratus, suæque potestatis. Sic iurisdictio more maiorum mandatur *l. more, de iurisdic. l. 1. in fine, de off. eius*; & Prætor sedet more maiorum in iurisdictione reddenda *l. penult de iustit.* ita vt idem videatur esse, iure magistratus, quod more maiorum, vt etiam apparet *ex l. sed & si §. 1. ex quibus cau. maior.* vbi vtraque lectio ponitur; ex quo intelligimus, magistratus iurisdictionem & mixtum imperium propria sibi fecisse longo vsu, & longa consuetudine, his scilicet vtendo more maiorum suorum. Illa autem consuetudo, & mos ille maiorum ex eo fluxisse videtur, quòd Regibus exactis P^o.

Romanus, ferè centum annis, eâ consuetudine vsus sit, vt ex collegio Pontificum, vnus eligeretur qui priuatis præesset *l. 2. §. deinde ex his legibus, de orig. iur.* Iurisdictio ergo & mixtum imperium, non tam ex iure aliquo certo magistratibus tributa, quam vsu, & consuetudine longâ illis quæsita, ideoque propria magistratus esse dicuntur, & iure magistratus competere. Non ergo ius gladij vlli magistratui competit iure suo; quia non venit more maiorum, neque ex vsu & consuetudine, sed ex speciali attributione. Quinimo negari rectè potest Quæstores parricidij, Triumuiros capitales, hisque similes, qui de solis capitalibus causis cognoscerent, magistratus propriè & legitimos fuisse. Nàm magistratus sunt propriè qui iuridicundo præsunt *d. l. 2. §. post orig. de orig. iur.* siue iuris disceptatores, vt est *in l. rem non nouam, C. de iudic.* & apud Tull. in legibus, siue qui priuatis præsunt *d. §. deinde & ex his ll.* & omnes omnino popu. Rom. magistratus iurisdicendi causâ creati sunt, vt de Consl. Prætoribus, Tribunis plebis, Ædilibus dicitur *in d.l. 2. §. cumque consl. & §. capta de orig. iur.* Imò & ipse Præfectus vrbi *d. §. capta*: quamuis ille deinde ius gladij sibi vindicauerit ex constitutionibus Principum scilicet *l. 1. de off. Præf. vrb.* Quinimó ex serie illius legis *à § post orig.* vsque *ad § iuris ciuilis*, facile colligitur eos solos fuisse legitimos magistratus, qui iurisdicundi causa creati essent. Quo sensu etiam negari videtur Præfectos prætorio legitimos magistratus ab initio fuisse *d. §. exactis, vers. populo deinde aucto*; quia iurisdicendi causâ non essent introducti. Ergo qui de solis criminibus cognoscunt, non possunt dici propriè magistratus, cùm nihil suo iure habeant, neque iuridicundo inter priuatos præsint. Nam nec Latrunculator inter magistratus connumeratur, de quo *in l. solemus 61. de iud.* Dici fortasse posset Cõsules ab initio, ante legem Valeriam scilicet, Dictatores & Decemuiros legibus ferendis, suo iure merum imperium habuisse. Sed illi erant plusquam magistratus; nam Regiam potestatem habebant, & summam *d. §. exactis*; Et Varro lib. 4. de lingua latina appellat Dictatorem, summam populi potestatem, & magistrum populi: longè autem plus est magister, quàm magistratus. Quinimó dici etiam potest eos non habuisse merum imperium iure suo, quando & beneficio populi acciperent, & ita acciperent, vt deponere aliquando deberent; dari enim non propriè dicitur, quod ita datur vt quandóque redeat *l. si tibi pecuniam, de reb. cred* Et qui imperium accipit à Populo, non potest illud sibi asserere suo iure, neque negare se illud habere alieno beneficio. Cæterum sententia Azonis quam refert Alciatus lib. 2. paradox. cap. 6. eadem primâ fronte videtur, quæ & D. Cuiacij. Veruntamen attentius dispicientibus magna apparebit differentia, nàm Azo vult quidem magistratus, quibus ius gladij datum sit, habere merum imperium sibi proprium, sed ita proprium, quod specialiter datum, non quod iure suo illis competat, & ita vt nihilominus tamen meri imperii nomen, & naturam non ideò amittat. Pro cuius sententia hęc afferuntur, aut afferri

possunt, Proconsulem aut Præsidem in suis Prouincijs maius imperium habere omnibus post Principem, *l. & ideo l. vlt de off. Proconſ. l. 3. & 4. & penult. de off. Præſid.* Item magistratus quosdam ius vitæ noxijs adimendæ, id est merum imperium sortitos esse *l. vnica C. Theod. nè ſine iuſſu Principis*; Item Præsides habere ius gladij *l. illicitas §. qui vniuerſas, de off. Præſid.* Item merum imperium lege dari *l. 1. in fine de off. eius, l. nemo poteſt 70. de reg. iur.* Dationem autem significare translationem proprietatis *§. ſic itaque diſcret. de act. inſtit.* Item Præfectum vrbi omnia crimina intra vrbis terminos sibi vindicare *l. 1. de off. Præfecti vrb.* vindicari autem, quæ nostra sint proprietatis iure. Præterea, Prætoris imperij maiestatem dicit *l. pen. de iuſtitia & iur.* Item Prætorem qui iurisdictionem suam exequitur, agere pro suo imperio *l. 3. à contrario ſenſu, de off. eius.* Item adoptionem fieri magistratus imperio *l. 2. de adoptionibus.* Item Præfectum Ægipti *l. 1. de off. Præfecti auguſt.* Denique magistratus omnes maiores habere imperium *l. 2. de poſtul. l. ſed & ſi §. 1. ex quibus cauſis maior. l. nec magiſtratibus, de iniurijs*; & passim mentionem fieri imperij magistratuum; quibus omnibus & similibus locis significari videatur, magistratus habere merum imperium sibi proprium. At Lotharius contrariam Azoni sententiam tuebatur, secundum quem etiam pronuntiatum est ab Henrico Germanorum rege, cùm is fuisset electus arbiter ab vtroque, & existimabat merum imperium solius Principis proprium esse, & magistratibus illius vsum tantummodo concessum. Omnes tamen ferè interpretes Azonis sententiam sequuntur: quanquam Alciatus d. cap. Lotharium tueri conatur, tribus de suo additis rationibus, nempe quòd magistratus passim appellentur, administratores. Item quòd executores dicantur *C. vt nemo priuatus l. vlt.* Denique quòd administratio illis tradita dicatur in formula iurisiurandi, quod habetur *nouell. iuſiurandum quod præſtatur ab his qui adminiſtrationes coll. 2.* Verum hæ rationes ad eam sententiam fulciendam minus validæ videntur. Nàm aliud est administratio, aliud merum imperium *d. l. vnicâ C. Theodoſ. nè ſine iuſſu Principis* nàm administratio refertur ad tractationem publicorum negotiorum *tit. de adminiſtr. rer. publicar. l. 11. C. & tit. de adminiſtr. rer. ad ciuitatem pertinentium ff.* Itaque magistratus dicuntur administratores, non ratione meri imperij, sed rei publicæ: executores autem nunquam simpliciter appellantur, eo enim nomine veniunt apparitores *l. vlt. de Princ. agen. in reb. lib. 12. C. & in d. l. vlt, vt nemo priuatus.* Non dicuntur precisè executores, sed legum executores; quod rectè quidem dicitur, cùm leges per magistratus effectum accipiant. *l. 2. §. poſt originem de orig. iur.* Denique *traditionis* verbo, proprietatis translatio maximè significatur *l. traditionib. C. de pact.* quod ille tamen negat. Lotharij sententiam firmioribus rationibus fulciri potest. Primò quòd qui habent merum imperium, dicuntur tantùm habere exercitionem publici iudicij *l. 1. de off. eius* quod fuit præcipuum illius firmamentum, cui adiungi potest *lex aliud est*

fraus, de verbor. significat. & l. sunt præterea, de publicis iudic. vbi. dicitur dari executio criminis seu delicti. Neque alia pæna imponi potest ab eo qui habet merum imperium, quàm quæ specialiter iure irrogata est. Facit deinde quod Cassiodor. scribit lib. 7. cap. 1. magistratus operari districtionem publicam; quibus verbis innuit illos habere tantùm meri imperij exercitionem, & executionem. Item, quod Præsidibus dicatur esse permissa potestas damnandi in metallum *d.§. qui vniuersas*: permissa inquam, non iure proprietatis concessa. Item, quod Præses se abdicando, non amittit imperium *l. penult. de off. Præsid.* ex quo apparet, imperium non esse illi proprium. Sed hæc sententia optimo hoc argumento confirmatur, quia qui exercitum accipit, ius gladij & merum imperium accipit *l. de militibus, de cust. & exhib. reo.* & tamen tale imperium ab eo acceptum, dicitur esse populi Romani, & ad eius maiestatem pertinere; quare maiestatis reus fit, qui imperium & exercitum populi Romani deseruit *d. l. 3. ad l. iul. maiestat.* Quo etiam pertinent verba Gellij in fine cap. 2. libri 2. vbi sic scriptum est; Fabius imperio paret, & filium Consulem collaudat, cùm imperium, quod populi esset, retineret. Præterea pro sententia Lotharij sumi argumentum potest ab eo cui mandata est iurisdictio, nàm ille nihil habet suo iure, sed beneficio alieno, *l. more, de iurisdic.* nihil proprium habet, sed alieno vtitur *l. 1. in fine de off. eius.* neque agit pro suo imperio, sed pro alieno *l. 3. eodem*; quod & similiter dici potest de eo cui merum imperium tribuitur, vt sc. non agat pro suo imperio, sed pro imperio populi, neque illud habeat sibi proprium, sed benificio legis. Nàm populus Rom. merum imperium penes se habere voluit, vt illius tantùm vsum magistratibus, aut quibus vellet concederet; ideoque lege Valeria rogatum est, ne quis in ciuitate imperium haberet, nisi à populo sibi daretur, hoc est nè quis suo iure sibi arrogaret, sed beneficio populi acciperet. Quare cùm ab initio Consulibus ius illud datum fuisset, postea ademptum est, & lege factum, nè illi animaduerterent in caput ciuis iniussu populi *d. l. 2. §. exactis, de orig. iur.* Ergo qui de capite ciuis ius dicit, hoc agit ex iussu populi, non pro suo imperio. Sanè in vnum Principem populus ita merum imperium transtulit vt illius proprium foret, ideoque dicitur Populus lege Regia quæ de imperio Principis lata est, Principi, & in Principem omne suum imperium & potestatem transtulisse *l. 1. de constit. Princip. §. sed & quod Principi, de iure nat. instit.* quibus verbis significatur, longè vberiori iure, & pleniori imperium in Principem fuisse translatum, quàm soleret magistratibus concedi, & permitti. Neque obstant quæ pro Azone supra allata sunt, nam Præsides, Proconsules, & nonnulli alij magistratus, dicuntur quidem habere merum imperium, siuè ius gladij, siuè ius vitæ noxijs adimendæ: non tamen sequitur eos habere sibi proprium; nàm & is cui iurisdictio mandata est, dicitur habere iurisdictionem, quamuis propriam non habeat. Non etiam obstat quod ius gladij datum dicitur, nam dare

non semper significat proprietatem transferre *l.* 1. *in principio. de pos. l. si stipulatus, de vsur.* Non etiam obstat quod dictum est, Præfectum vrbi sibi vindicare crimina, nàm vindicare, non semper de dominio & proprietate intelligitur, vt cùm dicimus, vindicare in libertatem, aut creditorem vindicare pignus *l. si fundus* §. *in venditione de pignor.* Denique non obstat quod magistratus dicatur agere pro suo imperio, nam hoc intelligitur de mixto, merum enim ita lege datur, vt non sit proprium magistratus, quanquam tamen quædam ita lege dantur, vt magistratus sint propria, & illis iure suo competant, quo modo intelligendum est iurisdictionem lege dari, *l. & quia, de iurisdictione, &* mixtum imperium *l. cùm Prætor, de iud. & d. l.* 1. *de off. Præfecti Augustalis*; quod & 1. glossa admonet *l.* 1. *de off. eius.*.

Cæterùm obseruandum, differentiam esse inter merum imperium, & summum, nam merum imperium continetur gladij potestate; at summum significat Regiam potestatem, & principatum. Sic Consules dicuntur habuisse summum imperium, & Decemuiri qui & leges ferre, &, interpretari potuerunt, & Dictator summam potestatem *d.* §. *exactis* quia habuerunt Regiam potestatem, vt ibi de Consulibus dicitur, quos & Tull. testatur, Regum imperium habuisse lib. 3. de legibus. Veruntamen, quia merum imperium est pars summi imperij, & principatus, idcirco potuit appellari summum, quo sensu Tull. pro Flacco, ait eum habuisse summum imperium, cùm Prætor esset in Asia, his verbis: Qui nuper summo etiam imperio fuerit, summo autem in amore esse propter nomen ipsum imperij, non potuerit. Mirandum verò est homines eos quibus odio sunt nostræ secures &c. Sed propriè & reuerâ merum distinguitur à summo, quod exemplo Consulum apertissimè probatur, qui summum quidem imperium retinuerunt, quamuis merum, hoc est ius gladij, illis fuerit ademptum *d.* §. *exactis.* Quare malè Haloander *in fine nouuell.* 103. *de Proconf. Palest.* vertit summum imperium, vt scilicet Proconsul ille habeat summum imperium. Melius alij, vt sit summus magistratus, id est *exarchon,* vt est in ipso contextu. Ex his verò iam patet iurisdictionem, & mixtum imperium re ipsa omninò distingui à mero, imò nihil quicquam cum eo habere commune: nàm iurisdictio est de causis priuatorum, vt in definitione dictum est, atque etiam mixtum imperium, & de his quorum iudicatio ad magistratum pertinet iure suo; & ius dicere, nihil aliud est, quàm priuatorum negotia explicare *l. meminisse, de off. Proconf.* At ea quæ sunt meri imperij, quamuis à ciuilibus causis crimina plerumque materiam & originem sumant *l. properandum C. de iudic.* & quamuis in publicis iudicijs priuati dolorem suum persequantur *l. si cui, de accusat.* tamen in ijs non agitur de re familiari *l.* 4. *de publicis iudic.* id est de iure priuatorum, sed de vindictâ publicâ, & iure ipsius Reipublicæ. Publicum enim crimen est, quod in omnium fertur iniuriam *l. Manicheos C. de hæreticis.* Ideoque dicuntur crimina publici iudicij

l. 7. & penult. de publi iudic. & l. 20. de accusat. siue quod de iure publico, non priuatorum agatur; quo sensu populares actiones dicuntur *l. 1. de pop. act.* siue quod iudicatio eorum criminum sit ipsius populi, vel eius, cui populus commiserit. Nunc videndum est, an merum imperium satis aptè definiatur *d. l. 3. de iurisd.* Ait autem lex, esse gladij potestatem: quare videndum imprimis, cur gladij potius, quàm securis, aut alterius teli potestas dicatur, quando certum sit plerisque alijs rationibus, quàm gladio, vitam posse eripi *l. aut damnum*, §. 1. *de pœnis* Existimauit verò Cuiac. lib. 20. obseruat. Cap. 30. rationem nominis inde ductam, quòd vt plurimùm ijs quibus daretur merum imperium, concederetur sola potestas vitæ adimendæ gladio, non alio genere mortis, quod probari putat *d. l. aut damnum*, cuius tamen longè alius sensus est; non enim negat Præsidem posse aliud genus mortis irrogare, sed hoc tantùm negat, latâ sententiâ, quâ quis iubetur gladio animaduerti, non licere Præsidi alio genere mortis animaduertere, ideoque nec habere Præsides ius liberè mortis reis concedendæ, quod tamen rescripto Principis impetrari possit, qui beneficij loco liberam mortis electionem damnatis quandoque concedebat, atque hic sensus *dictæ l.* paucis verbis comprehenditur *in l. acta* §. 1. *de re iudic.* Quam sententiam eleganter & copiosè explicat vir clarissimus Petrus Faber lib 1. semest. cap. 4. quæ est etiam glossæ sententia. Magis placet eius sententia *in d. l. nemo potest de reg. iuris*, vbi ille ex Dion. lib. 53. refert, Augustum, distributis inter Populum, senatum, & Principem prouinciis, solitum mittere Legatos suos, qui Præsides deinde sunt appellati, cum iure gladij ferendi, & gladio animaduertendi in milites, quod est merum imperium, quod illi semper datur qui exercitum accipit à Populo *l. de militibus de custod. reor.* vt quamuis potestas Præsidum in omnes prouinciales deinde fuerit producta, gladij tamen nomen remanserit, quod & sic vsurpatum in omnibus magistratibus etiam Vrbanis, qui merum imperium haberent, quamuis qui essent propriè Vrbani, neque militari veste vterentur, neque ius ferendi gladij haberent, vt ostendit Cassiodor. lib. 7. Variar. cap. 1. atque inde fluxisse gladij appellationem pro mero imperio, apparet ex eodem loco, vbi Cassiodor. gladium bellicum appellat, & *ex l. illicitas* §. *qui vniuersa, de off. Præsidis*, ex qua apparet ius gladij, primùm ijs datum qui vniuersas Prouincias regerent, quamuis & ad alios deinde manauerit; quanquam autem gladij potestas dicatur, non tamen existimandum est merum imperium ad hoc solum mortis genus restringi, neque enim id probatur *d. l. aut damnum*, neque vllo alio, quod sciam loco, nam quod percusso securi Papiniano I.C. Antonius Carac. percussori dixit; gladio oportuit te exequi iussũ meũ, vt refert Spart. in eius vitâ, intelligendũ est secundũ *d l, aut damnum, et d. l. acta*, quia scilicet Imperator gladio animaduerti iusserat, alioqui absurdũ esset dubitare Imperatorem quolibet teli genere mortem irrogare potuisse. Ergo qui merum imperium habent, omni

ratione vitæ eripiendæ vti possunt pro varietate criminum, vt probatur apertissimé *in l. si quis forte, § vlt. legibus sequentibus, de pœnis, & l. sacrilegij, ad l. iuliam pecul.* nam quamuis quædam crimina gladio & ferro vindicentur *§. item lex iulia, instit. de public. iudic.* tamen sunt pleraque quæ alio genere mortis vindicantur, vt parricidium *§. alia deinde lex, d. tit. de publicis iudic.* sacrilegium *d. l. sacrilegij, &* alia quam plurima delicta. Quare si merum imperium ad solum gladium propriè sumptum restringeretur, sequeretur eos qui haberent merum imperium non posse de his criminibus cognoscere; quæ alio genere teli puniuntur; & præterea certum *ex dicto §. alia deinde* præter gladium alias quoque fuisse solemnes pœnas, quod pluribus exemplis confirmat idem D. Faber. lib. 2. semest. cap. 7. 8. 9. nisi forte dici possit, gladij quidem pœnam solemnem fuisse, alias tamen vitæ adimendæ rationes his fuisse permissas qui haberent merum imperium, sed extra ordinem permissas, cuius opinionis coniecturam facit *lex 4. ad l. Iul. pecul.* Neque solùm in hac definitione gladij potestas significat omne genus mortis irrogandæ, sed etiam quamlibet grauiorem coërcitionem, quod probatur *ex edicto. 8. Iustin. de Pontici tractus Vicario cap. 2.* vbi illi Vicario tribuit ius gladij vt delicta coërceat congruentibus pœnis; at certum est non omnia delicta morte vindicari. Probatur etiam d. cap. 1. lib. 7. apud Cassiodor. vbi quamuis gladij meminerit, ostendit tamen aliarum pœnarum potestatem fuisse Præsidibus permissam, quos ille Comites prouinciæ videtur appellare, quãquam tamen *in d. l. nemo potest, de reg. iuris. & d. l. solent de off. Præsid.* gladij potestas distinguatur à reliquis coërcitionibus, & in sententijs verbum gladij strictissimè sumatur *d. l. aut damnum.* Cæterum de gladij iure & potestate multa idem vir clarissimus Petrus Faber lib. 1. semest. cap. 3. & 4. & Cuiac. d. cap. 30. lib. 2. obseruat.

Sequitur in definitione (*ad animaduertendum facinorosos homines*) quæ ratio loquendi valde obseruanda: quanquam enim latinè dicatur, animaduertere in aliquem, frequentius tamen dicitur, animaduertere aliquem, præpositione reiectâ, præsertim in ipsis capitalibus sententijs, vt ex sequentibus locis apparebit à nobis collectis ex vniuerso martyrologio Adonis. Ait igitur ille 5. idus Iunij; verũ Præses cùm eos insuperabiles cerneret, gladio animaduerti præcipit: & 8. idus Augusti; dictatâ sententiâ Cucuphatem rebellem Principem, & Dijs sacrificare nolentem glàdio feriri iubemus, & deinde; ferroque animaduersus, martyrium consummauit: & 3. Cal. Augusti; ex tabella recitauit Maximam, Donatillam, & Secundam, & gladio animaduerti iussit: & 3. id. Augusti; iratus Fabianus dictauit sententiam; vt gladio animaduerteretur Tiburtius scilicet: & 7. calend. Septembris; gaudio repletus martyr &c. animaduersus est: & 17. calend. octob. Præses Marcellum gladio animaduerti iussit: & 18. calend. octob. decretum ex tabella recitauit; Tatium Cyprianum gladio animaduerti oportet: & 16. calend. octob. beata Lucia

& sanctus Geminianus gladio animaduersi sunt : & 5. calend. octob. gladio animaduerti Cosmam & Damianum Præses iubet : & 7. idus octob. Sanctus Dionysius gladio animaduersus : denique 3. Id. nouembris Mennatem gladio animaduerti placet. *Animaduersionis* autem verbum pro summo supplicio propriè accipi probat d. loco Cuiac. *ex l. perspiciendum, & l. seq. de pœnis, ex l. si quid erit, de off. Proconsul.* Accipitur tamen pro omni pœna, quæ ex mero imperio proficiscatur *l. 2. §. deinde, cùm necessarius, de orig. iur. l. de militibus, de custod. reor. l. 1. in vlt. verbis Papin. de off. eius*; quare & grauior animaduersio dicitur *l. 1. §. solent, de off. Præfecti vrbi*, & maior *dicta l. si quid erit*, & durior *l. custodias, de public. iudic.* & animaduersio capitalis *l. 5. C. de iurisdic.* & animaduersio mulctæ *l. aliud est fraus, de verb. significat.* & animaduersio seueriſſima *l. vlt. de off. Præsidis* vt ex his adiunctis intelligamus animaduersionis plures esse gradus, neque semper summum suplicium significare. Quinimo animaduersio ad mixtum imperium quandoque refertur, eòque pertinet nota Pauli ad Papin. *in fine d. legis 1. de off. eius*; nàm quia dixerat Papin. mandatâ iurisdictione non transferri animaduersionem, reprehendit eum Paulus, & ait iurisdictione mandatâ, eam quoque animaduersionem transferri, quę sit mixti imperij. Sic, *coërcitionis* verbum, quamuis de mero imperio dicatur *d. l. si quid erit, & d. l. solent*, tamen vsurpatur etiam pro illâ particulâ meri imperij, quæ versatur in coërcitione modicâ *d. l. vlt. de off. eius.*

Denique ait lex imperium merum appellari potestatem, quod verbum ptiam frequenter vsurpatur pro mixto *l. potestatis, de verbor. significat. l. pœna, nè vis fiat ei & l. 1. si ven. nom.*

Dicendum etiam nonnihil est de mandatâ iurisdictione, vt huic tractatui finis imponatur, quâ de re generalis hæc regula traditur *in princio legis primæ ff. de off. eius*, vt quæ specialiter tribuantur, mandari non possint, ed ea t antùm quæ competunt iure magistratus; ex quâ regulâ intelligitur merum imperium non mandari, quia nulli competit iure suo, sed specialiter tribuitur : iurisdictionem autem, & mixtum imperium mandari posse, quia iure magistratus competunt, vt supra probatum est. Sed & si quid specialiter tribuatur, quamuis meri imperij non sit, non tamen potest mandari, vt de cognitione transactionis alimentorum de que alienandis rebus minorum ante dictum est. Iurisdictio autem siue vniuersa mandari potest, siue vna eius species *l. solent & sequentibus de iurisdictione*, sed mandatâ eâ non tamen transfertur mixtum imperium : quia tantum ea tacitè transeunt, sine quibus iurisdictio explicari non potest *d. l. 1. eod.* At iurisctio absque mixto imperio expediri potest, vt fit à magistratibus municipalibus *l. ea quæ, ad municpalem.* quare mixtum imperium non transfertur, nisi nominatim quoque mandetur, vel nisi ex certis coniecturis colligi possit, mandatum fuisse, putà, si vniuersa iurisdictio mandetur; nàm adiectio illa, *vniuersa*, videtur etiam includere mixtum imperium, aut etiam si magistratui mandetur iurisdictio

dictio, nam ex dignitate eius qui mandatur facilè præsumitur transiatum mixtum imperium *l.3.de off.eius*, quemadmodum à simili is qui à Principe iudex datur, intelligitur habere iurisdictionem propter dantis autoritatem, vt deinde dicetur. Neque obstat quod Paulus *in fine legis* 1. *de off.eius & l.vlt.C.eod.tit.* nàm quod attinet ad illam legem primã quamuis Paulus generaliter dicat imperium, quod iurisdictioni cohæret, mandatâ iurisdictione transire, tamen manifestissimum est ex præcedentibus verbis Papiniani quæ ille reprehendit, eum intelligere, non de vniuerso mixto imperio, sed de eius tantùm particula quæ versatur in modicâ coërcitione, alioqui notâ: & reprehensio illius esset inepta. Sic etiam quod generaliter dicit *in d. l. vlt.* manifestò restringitur ad eam partem mixti imperji quæ versatur in eadem animaduersione, & coërcitione modicâ, vt ille ostendit hac subiectâ ratione, quia iurisdictio sine modicâ coërcitione nulla est, quæ ratio manca esset & absurda, si in regulâ præcedenti loqueretur de vniuerso mixto imperio.

Cæterùm maxima differentia est, & diligenter constituenda inter Iudicem datum, siuè delegatum, & eum cui iurisdictio mandata est; nam hic iurisdictionem habet, quamuis non suam: at iudex datus nullam; quod probatur præter ea quæ iam dicta sunt, breui argumento; quia qui iurisdictionem habet mandatam, eam nullo modo alteri mandare potest *l. iure, & l. sequenti, de iurisdic. & d. l. vlt de off. eius*: at iudicem tamen dare potest *l. cùm Prætor de iudicijs*. Neque constituenda est differentia inter iudicem datum, & iudicem delegatum, nàm iudex delegatus idem omnino est, quod datus siue Pedaneus *l. properandum & l. apertissimi, C. de iudicijs*, & *l.* 1. *C. qui pro sua iurisdictone iud. dare dar. poss.* vt colligitur ex verbis Rubricæ, in qua agitur de iudicibus datis, & ex verbo *cognitor* in contextu, quo significatur iudex specialis siue datus, & ex eo quod appellatio redit ad delegantem; sicque oportet intelligere *leg. à iudice C. de iud.* cuius sensus hac ratione erit facillimus, nempe vt iudex delegatus siue datus non habeat potestatem iudicis dandi, quam tamen habet is cui iurisdictio mandata est. Ratio apertissima, quia iudex datus iudiciario munere ipse fungitur, hoc est, quia eius muneris, & iudicandi necessitas illi iuncta est *l. vlt. §. iudicandi, de munerib. & honor. l. pæna, de vacat. munerum*, à cuius muneris necessitate non potest se excusare, nisi scilicet iustâ de causâ & à Prætore cognitâ *d. l. penult.* cùm nec aduocati excusentur, qui tamen à necessitate aliorum munerum excusantur *in l. sancimus C. de aduocat. diuers. iud.* At is qui habet iurisdictionem, siue suam, siue mandatam, non habet iudicandi necessitatem, sed licentiam, vt in superioribus expositum est; quare iudicem alium dare potest. Præterea, vt iudex dari possit, iurisdictione & mixto imperio opus est, vt supra diximus: at iudex datus neutrum horum habet, atque ex ea ratione, quod ipse iudiciario munere fungatur, vt est in contextu, colligitur delegatum *in d. l. à iudice*, necessariò debere intelligi de iudice dato, quod etiam colli-

gitur ex ratione Rubricæ quæ est *de iudicijs*, & ex eo quod in fine legis fiat mentio iudicis dati. Ergo iudex datus alium iudicem dare non potest: qui habet mandatam iurisdictionem potest. Est & alia differentia inter eos, nam appellatio redit ad eum qui iudicem dedit, vt est *in princip. l. 1. quis & à quo appellatur*: at ad eum qui iurisdictionem mandauit, non redit appellatio, sed ille ipse prouocatur qui appellaretur ab eo qui iurisdictionem mandauit, vt est *in* §. 1. *eiusdem legis*, cuius ille verissimus sensus, vt ex veteribus quidam agnouerunt, quorum sententiam refert *glossa. l. d.* §. *in 3. opinione*, quæ tamen glossa omnia miscet, & insolubiles nodos sibi nectit, vt etiam *in d. l. à iudice & d. l. qui pro sua iurisdictione*. Ratio verò eius differentiæ manifesta, quia qui iudicem dat, iurisdictionem sibi retinet, & solam notionem transfert: at qui iurisdictionem mandat, eâ se spoliat, vt in alium transferat; quare perinde est, atque si ipse sententiam dixisset, quia qui exequitur alienam iurisdictionem, vice mandantis fungitur *l. 3. de off. eius, & l. more maiorum & sequen. de iurisdic.* Obseruanda autem est exceptio quę additur *ad finem d. l. à iudice*, vbi iudex datus à Principe iudicis dandi potestatem habet. Nihil mirum, quia ipse iure singulari habet iurisdictionem, quod colligitur ex rubricâ, & contextu *d. l. qui pro sua iurisdictione*, & suam sententiam exequitur, & assessores habet *nouell. 60.* & apparitionem *l. penult.* quæ est græca, *de fruct. & lit. expens. C.* Ex his autem facilè intelligitur falsas esse definitiones glossæ, locis iam citatis; sic enim constituit, eum qui habeat iurisdictionem ordinariam, posse mandare iurisdictionem. quod verum est; sed falsum est quod subjicit: si mandet in vnâ aliquâ causâ, appellationem ad ipsum redire *d. l. 1. in principio, quis à quo appell.* nam iam probatum est *in illo principio* non agi de mandata iurisdictione, sed de iudicibus datis. Præterea falsum est quod glossa constituit, eum cui vniuersa iurisdictio sit mandata posse mandare vnam aliquam specialem causam. Nam generaliter, nulláque adhibitâ distinctione negant I. C. id posse fieri *d. l. vlt. de off. eius, & d. l. more & seq.* falsum item est quod vult probare *ex d. l. à iudice* eum cui sit mandata vna species iurisdictionis non posse eam alteri mandare; nam quamuis ea sententia vera sit, non tamen probatur illâ lege, quæ non est intelligenda de mandatâ iurisdictione, sed de iudice dato. Denique falsum est, quod existimat, iure singulari & speciali appellationem iudicis dati à delegato Principis redire ad ipsum delegantem *d. l. 1. C. qui pro sua iurisdic.* nam hoc generale est in omnibus qui iudices dant *d. l. 1. quis à quo appellat. in principio*, sed ex eo tantùm infertur quoddam ius singulare *in d. l. qui pro sua iurisdic.* nam, cùm redeat ad delegantem appellatio, concluditur valuisse dationem iudicis, nullo habito tractatu personarum, aut causarum, id est nullo habito delectu aut differentiâ: quæ tamen differentia obseruatur in cæteris qui iudices dant; datio enim non valet, nisi & causa & is qui iudex datur pertineant ad iurisdictionem dantis, qui sensus est illius tituli *qui pro sua iurisdic. C.*

TRACTATVS

DE REBVS CREDITIS,

SI CERTVM PETATVR, ET DE CONDICTIONE.

RVbrica tres habet clauſulas: Prima eſt *de rebus creditis*, id eſt de rebus quæ debentur ex aliquo cõtractu, nam *credendi* generalis appellatio ad omnes contractus in quibus alienam fidem, id eſt obligationẽ ſequimur *l.*1. vbi plenius explicabitur *l.* 2. *in fin. & l.*20. *ſi tibi h.t.* Non tamen idem eſt *de rebus creditis* quod *de contractibus vel de obligationibus*; nam cõtractus eſt actus comparatus ad nectendam obligationem *l.*2. *in f. h.t.* obligatio eſt iuris vinculũ ſiue nexus ex contractu conſurgens *in princ. de obligat. inſtit.* res credita verò id quod ex obligatione & cõtractu debetur *inſtit de reb. incorp. & l.*3. I. *de oblig. & act.* Ideoque apud Paulum initio lib. 3. ſentent. alius eſt titulus *de rebus cred.* & alius *de contractibus.* Quia tamen hæc tria valde coniuncta ſunt, contractuũ quoque iura & obligationes *in hac tertiâ Digeſtorũ parte* quæ tota eſt de rebus creditis inſeruntur, vt eſt *in l.* 1. Hanc autem clauſulam non huius tituli ſpecialem eſſe, ſed ad totam tertiam partem generaliter pertinere veteres Interpretes cenſuerunt: Antonius Auguſtinus lib. 3. emendat. c. vlt. primus addubitauit: Cuiacius deinde lib. 1. obſer. c. 32. & in parat. huius tit. ſpecialem eſſe voluit, prorſuſque negauit vllos eſſe titulos ad vnam aliquam partem generales in digeſtis, quamquam generales agnoſcat ad totam materiam teſtati & inteſtati *parat. ſi tabulæ teſtam. extab.* & *parat. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt* I. & *initio tit. de hereditatib. quæ ab inteſtato deferuntur inſtit. in priorib. notis.* Veterum tamen ſententia vera eſt, & apertè probatur *l.*2. §. *igitur & duob. ſeqq. &* §. *Quintus C. de veteri iure enucl.* & *oratione ad anteceſſores* quæ Pandectis præfigitur §. *in ſecundo autem, & ſequentibus*: ex qua conſtitutione etiam conſtat iuris & legum diſtributionem in partes & titulos generales in ipſo Edicto perpetuo fuiſſe obſeruatam: quod & *l.* 1. *h. t.* apertè probat de hac parte quæ *de rebus creditis* inſcribitur, & quæ præcisâ locutione *de rebus* appellatur *d. l.* 2. & *d. oratione.* Ait enim multa ad contractus varios pertinentia iura *ſub h.t.* Prætorem inſeruiſſe. Neque verò exiſtimandũ eſt hoc eò dictũ, quatenus condictio de quâ propriè eſt hic primus tertiæ partis titulus ex omnibus contractibus competit *l.*9. *certi condictio in prin.* & §. *quoniam inf.* nam ſubjicit lex Prætorem de commodato & de pig-

nore *ſub h. tit.* edixiſſe, quod ad condictionem referri non poteſt; nemo enim condictione obligatur hoc ipſo quod commodatum vel pignus accepit *l.* 13. *ſi quis inficiatus* §. 1. I. *depoſiti. l.* 4. §. 1. *h. t.* Quare neceſſe eſt intelligere Prætorem ſub tit. generali *de reb.cred.* edixiſſe de commodato & de pignore proprijs &ſpecialibus titulis vt *I. commodati vel contrà, & de pigneratitiâ act. vel contrà*, cuius argumenti vim vt effugiat Cuiacius in hoc parat.cogitur dicere Prætorem quidem edixiſſe de commodato& de pignore ſub ſpeciali *tit. de reb. cred.* ſed ſeparatim, cùm tamen Vlpianus abſolutè & ſimpliciter loquatur *in d. l.* 1. Idem etiam probat *l.* 2.§. 3. *creditum h. t.* dum ait creditum eſſe etiam vbi eadem res reddenda eſt; nam in mutuo de quo *h.* 1. *tit.* propriè agitur, non eadem ſpecies neceſſariò reddenda eſt, ſed idem genus reddi ſolet, vt eſt *in princ. d. l.* 2. ex quo ſequitur hanc clauſulam *de rebus cred.* non ad hunc tit. ſpecialiter pertinere ſed generaliter ad totam tertiã partem.Denique idem probat *tit.de reb. cred. & iureiur. C.* & conſimilis apud Paul. initio lib. 2. ſentent. nam ſub ijs titulis de ſolo iureiurando agitur, quod argumentum eſt ſub inſcriptione *de reb. creditis* generaliter contineri caſus omnes in quibus alienam fidem & obligationem ſequimur,vt fit in iureiurando *l.*26.*qui iuraſſe* §. *vlt.* I. *de iureiur. &* §. *item ſi quis poſtulante, inſtit. de act.* Neque verò hîc immorabimur in refellendis Cuiacij rationibus quibus probare nititur nullos eſſe titulos generales partium in Pandectis, nam hoc alibi proprio loco in Proemio ad Paratitla cap. 3.præſtitimus.

Secunda clauſula rubricæ,& prima quidẽ huius tit.*ſi certum petetur*.quâ tituli argumẽtum ſignificatur, ac ſi diceret de certi petitione: quâ formâ Paulus lib.1.ſentẽt. titulum 14.(cuius rubricam omiſit Cuiacius)inſcribit, *ſi hereditas petatur*,hoc eſt de hereditatis petitione,vt Iuſtinianus repoſuit *D.& C.* Sic ſupra titulus *ſi ſeruitus vindicetur* nihil aliud ſignificat quàm de ſeruitutis vindicatione,&titulus *ſi vſusfructus petetur*, de vſusfructus petitione;quod de ſimilibus ſimiliter iudicãdum eſt.quæ locutio in noſtro quidem titulo tota formalis eſt id eſt ſolẽnis,vel à primis verbis Edicti ducta, vel à clauſulâ aliqua actionis *l.* 1. *de condict. triticaria I.arg.*§.*ſic itaque, ver. planè Inſtit.de action.*non tamẽ in omnibus alijs ſimilibus titulis qui ex imitatione videntur potius concepti,quàm ex certa aliqua formula; ſunt enim innumeri *D.&C.*Dicet fortaſſe aliquis,fruſtra ergo in rubricâ ſubjicie*& de condictione*,ſi verba hæc *ſi certum petetur* idem velint quod *de certi petitione*, quãdoquidem certi condictio nihil aliud ſit; nam hoc additur explicationis cauſâ,vt intelligamus eam certi petitionẽ proprio nomine condictionẽ dici,ac ſi quis diceret,ſi ſeruitus vindicetur,vel ſi vſusfructus petetur,atque ſubjiceret,& de confeſſoriâ;nam hoc eſt propriũ nomen actionis quæ illis titulis ſignificatur. Quinimo ſi ſubtilius attẽdamus,aliud eſt propria petitio & aliud actio,vt apertè probat *l.*9.*certi* §.2.*quoniam* I.*h. tit.*nam petitio eſt actoris poſtulatio ſimplex apud Prætorẽ *l.*15.*amplius I.ratam rem haberi*: at actio,cùm iudicium à Prætore conſtitutum eſt&iudex datus *l.*25.*Ædiles*

§.4.*iterſciendum,de Ædilitio Edicto*;nam a Prætore dabãtur vel denegal ã-tur actionesvt ex verbis Edicti patet *in D.*paſſim,&ex Tullio lib.2.de inuẽtione:in iure enim,inquit,&exceptiones poſtulantur,&quodammodo agẽdi poteſtas datur,&omnis conceptio priuatorum iudiciorum conſtituitur; quod nempe obtinuit antequam impetrandarũ actionum neceſſitas fuiſſet ſublata *tot.tit.de form.& impetrat.action.ſublatis. cod.* Rectè autem&ordine poſt generalem totius partis titulum & inſcriptionem *de rebus creditis*,proponitur hic primus titulus *ſi certum petetur* : nam cum rerum creditarum, id eſt quæ nobis ex aliquo contractu debentur aliæ certæ,aliæ incertæ ſint *l.74.ſtipulationes quædam* I. *de verb.oblig.l.6.ſcire,C.de contrah & commit. ſtipulat.*ac proinde actiones aliæ certi,aliæ incerti *l.1.de ſent.quæ pro eo quod inter. profer. C.* quæ etiam certæ vel incertæ eodem ſenſu dicuntur *l 3.C. de inutil. ſtipulat.*cõſentaneum fuit de petitionibus certi primùm tractare, quia actiones omni ex parte certas eſſe, quoad fieri poteſt,iuris authores voluerunt *l.2.§.deinde S.de orig iuris*, vbi certas intelligo non numero ſolũ, ſed intentione potiſſimùm,quia ſententia certa eſſe debet,quantum poſſibile eſt*§.curare Inſtit.de action.l.3 de inutilib. ſtipul.& l.vnica de ſentent. quæ ſine certa quantit. prolata eſt C.* & deinde actiones incerti exponere, qualis eſt ex ſtipulatu *l.24. ſi quis certum h.t.* item actio præſcriptis verbis, & actio in factum, de quibus eſt proprius tit. I. item condictio incerti de qua paſſim hac potiſſimùm parte,& ſi quæ ſint aliæ. Petitionis verò verbum, quamquam de actione in rem propriè dicatur. *l.28.actio in perſonam* I. *de oblig.& act.* quæ ideo petitoria appellatur §. *retinendæ inſtit.de interdictis*,generale tamen eſt etiam ad actionem in perſonam *l.178. pecuniæ* §. *actionis* I. *de verb. ſignif.* & de ea hîc intelligendum quæ ex contractu deſcendit, quod prima clauſula rubricæ ſatis demonſtrat, & *l.1. S. de interrog. in iure faciend.* apertè probat.

Cæterum Gloſſa in hac rubrica *certum* interpretatur mutuum, nimis profecto reſtrictè & cõtra definitionem *l.6.certum* I.*h.tit.*quæ certũ eſſe ait generaliter, cuius ſpecies vel quantitas quæ in obligatione verſatur, qualis quantaque ſit apparet; quod non ſolùm in mutuo eſſe poteſt, & in rebus quæ in eo verſantur,ſed etiam in alijs rebus & in alijs contractibus & obligationibus *d. l.74.ſtipulationum* I. *de verb. oblig.l.9. certi* §. *1. competit, & l.24.ſiquis certum* I. *h.t.* Neque obſtant duæ rationes quas affert gloſſa, quarum prima eſt, quod ſub *tit. ſi certum petatur C.* de ſolo mutuo agatur, vt ferè *h. tot. tit.* altera quod *in l.1.* I.*de condict.Triticaria*, is qui certam pecuniam numeratam petit, illâ actione vti dicatur ſi certum petetur, & quod ſub *tit. ſi certum petetur de chirographis C.Th.* de ſolâ numeratâ pecuniâ agatur. Nam quod ad primam attinet, etſi ſub illâ rubricâ Codicis de ſolo mutuo tractetur, non tamen ſequitur quin certi petitio in omnibus alijs caſibus locum habeat, vbicumque certum in obligatione verſatur : Sed de mutuo ibi primùm & ſolùm agitur, vt etiam *iſto noſtro tit.* potiſſimùm, ac hpræcipuè ratione, quod pro mutuo nulla

possit alia actio competere, quàm quæ isto titulo proponitur certi condictio. At pro alijs obligationibus in quibus certum quoque versatur, possunt vt plurimùm aliæ etiam competere, propriæ nempe & peculiares ex jis contractibus & causis ex quibus descendunt *l.9.certi condictio* §. 1. *competit*, & §. 2. *quoniam h. t.* ideoque sub propriis titulis passim reponuntur, non autem sub hoc communi & generali. Adde quod in mutuo certum maximè versatur, quia in iis rebus consistit quæ pondere numero & mensurâ constant : & quod etiam *crediti* generale nomen proprium sibi fecerit, vt suo loco exponemus. Ad secundam verò rationem quod spectat, id quod dicitur *initio leg.1.I.de condictione triticaria*, ad differentiam condictionis illius tantùm dicitur quæ pro pecuniâ numeratâ competere non potest : sic & Cuia. *ad l 6.h.t.* non autem vt actio quæ ibi appellatur si certum petatur, id est certi condictio restringatur ad solam pecuniam numeratam ; alioqui sequeretur nec in omni specie mutui eam competere, hoc est pro aliis rebus quæ pondere numero & mensurâ constant præter pecuniam numeratam, quod perquam absurdum est. Quinimo verba illius *leg.1.* apertè probant clausulam *si certum petetur*, latius patere quam mutuum : nam certa pecunia numerata ex aliis causis deberi potest, legato putà vel stipulatione, vel ex alia obligatione ; numeratam enim pecuniam dicit non quasi mutuo datam, sed vt restringat verbum *pecuniæ* generale *l.* 178. *pecuniæ* §. *actionis* I. *de verb. signif.* ad pecuniam signatam & formâ publicâ percussam. *l.* 1. *de contrah. empt.* I. Denique probat *lex 2.si certum petetur, de suffragiis C.Th.* in ea enim agitur non solùm de pecunia numerata sed etiam de omnibus alijs rebus mobilibus & immobilibus certis scilicet. Nam quod sub. *tit. si certum petatur de Chirographis C.Th.* de sola pecunia numerata agitur, non aliâ ratione fit, quàm quòd dolus qui eâ lege coërcetur sub specie mutuæ numeratæ pecuniæ vt plurimum & faciliùs committatur. Sed quæri meritò potest, quo sensu certi petitionem in hac clausula intelligamus. Nam primâ fronte videri potest eam generaliter intelligi quotiescumque certum petitur siue dari, siue etiam reddi, restitui, tradi, præstari intendatur, & similibus modis, vt sint variæ actionum intentiones pro variis causarum figuris. §. *omnium instit. de action. & l. 3. de obligat. & action.* I. ac per consequens hac clausulâ *si certum petetur*, non modo condictionem significari, sed etiam reliquas omnes actiones ex obligationibus vbi certum petitur, putâ depositi, commodati, pigneratitia, empti, venditi, locati, conducti, & alias huiusmodi ; nam in vēditionibus & locationibus & omnibus contractibus certa quantitas vel species versari potest, vt est *initio leg. vn. C. de sent. quæ pro eo quod inter. profer.* quo sensu si hæc clausula accipiatur, generalis erit ad vniuersam ferè tertiam partem. At verum est eam esse istius tituli propriam eáque tantùm significari istam certi petitionem, quâ intenditur aduersarium dare oportere, id est dominium alicuius rei in actorē transferre. Quod innuūt prima verba *l.5.h.t.* & probat disertè vltima

clausula quæ nominatim est de ea actione, sicut & totus tit. hoc est de condictione, cuius intentio est aduersarium dare oportere § *sic itaque discretis, instit. de action.* Probat etiam *l. 1. de condictione triticaria* quæ demonstratiuâ particulâ palam ostendit, actionem quam ibi appellat si certum petetur, esse speciem certam actionis quam glossa & interpretes certi condictionem rectè exponunt Facit præterea, quod *sub titulo si certum petet. C. & sub tit. si cert. petat. de suffrag. l. 2. & tit. si certum petat. de chirograph. C. Th.* de eadem actione tantùm tractetur. Neque obstat quod *in l. 1. S. de interrogat. in iure faciendis* propter periculum plus petionis necessaria est heredis in iure interrogatio cùm in personam est actio & certum petitur. Ex quo videri possit illis verbis non solùm actionem quâ dari intenditur contineri, sed alias quasuis personales in quibus intenditur certum reddi, restitui, præstari oportere, & alijs modis, quandoquidem verum sit in istis quoque periculum plus petitionis versari, vt putà in cõmodato, deposito, & similibus, vt videre est apud Anianũ ad Paul. sẽtent. tit. de plus petendo. Nam verum quidem est in alijs quoque actionibus in personam in quibus certum vertitur, sicut & in condictione, periculum plus petitionis esse posse, imò & in actione in rem §. *plus autem, instit. de action.* sed illæ non pertinent ad quæstionem *d. leg. 1.* quia nempe interrogatio de qua ibi agitur locum in jis non habet; nam vnusquisque heredum pro re in solidum tenetur *l. 5. si vt certo*, §. *nec, commod. l. 1* §. 3. *si apud duos, depos.* I. At in cõdictione omnino necessaria est, quia æs alienum ipso iure inter coheredes diuisũ est, qui ideo non nisi pro hereditarijs portionibus sine periculo plus petitionis conueniri possunt *l. 6. ea quæ, famil. erciscund. l. 1. si cert. petat & l. 2. de heredit. action. C.* Hæc vero verba, *si certum petetur*, neque ad solum mutuum referuntur, vt putat glossa, neque rursus ad alios casus, quàm ad illos quibus certum dari intenditur, ad quos omnes generaliter pertinent, vt rectè censet Cuia. qui tamen malè hanc clausulam cum priori coniungendam esse sentit, quod tum ex superioribus facilè conuinci potest, quandoquidem probatum sit priorem clausulam ad vniuersam tertiam Digestorum partem generaliter pertinere: tum *ex rubricis 1. & 2. lib. 4. C.* in quibus clausulæ illæ separatis titulis proponuntur. Et malè ducit argumentum ex rubricis *C. Th, si certum petatur de chirographis, & si certum petatur de suffragijs*, quasi illis significetur certi petitio proposita in Edicto Prætoris *sub tit. de suffragijs* vel *sub. tit. de chirographis*. nam adiectiones illæ non titulum significãt sed causam petitionis, quasi diceret si certum petetur ex causa suffragij vel ex causa chirographi; ex varijs enim causis certi petitio nasci potest *l. 9. certi in prin. &* §. 1. *h. tit.* adde quod vix credibile est Prætorem vllum de suffragijs vnquam edixisse, tum quia eorum nullum in Digestis vestigium, tum quia omnis pactio vel cautio de emolumento vel etiam de honorario in quocunque genere aduocationis vel procurationis prohibita *l. 1.* §. 5.

si cui cautum I. *de extraord. cognit. l.* 15. *litem* C. *de procuratoribus.* Et quamquam suffragia hæc venalia in litibus non putem admissa, sed in alijs causis, & vt loquitur Anian. *ad l.* 2. C. *Th.* in alijs necessitatibus, legibus tamen Romanis fuisse prorsus incognita liquidò constat *ex l.* 1. C. *Th.* & sub posterioribus Imperatoribus ea cæpisse manifestum est ex ipsis constitutionibus in quibus de his suffragijs mentio fit *vtroque* C. Nam & Imperatorem Alexandrum ea improbasse certum est ex noto Turini supplicio apud Lampridium; quod argumentum etiam est nec Saluium Iulianum Iurisconsultum qui longè ante vixit nouum edictum de suffragijs ex constitutionibus in Edicto perpetuo cuius conditor sub Hadriano fuit composuisse. Maneat ergo clausulam *si certum petetur* huius tituli propriè primam esse; clausulam verò *de rebus creditis* totius partis esse generalem, quas Iustinianus, vt longo vsu receptas & solemnes, imitatione Edicti perpetui meritò retinuit, quod & in alijs rubricis similiter obseruauit; quasi & ipse alterius Edicti perpetui nouus conditor.

Vltima clausula rubricæ supereſt, *& de condictione*, quâ significatur actio quæ datur cùm certum petitur, actio nempe in personam quâ intenditur aduersarium dare oportere §. *appellamus, instit. de action. & l.* 1. *C. de donation. quæ sub modo.* quæ varijs nominibus significatur; nam *in l.* 1. *de condict. triticaria. I.* dicitur *actio si certum petetur* quo etiam sensu possunt eadem verba accipi, *in l.* 1. *S. de interr. in iur. faciend.* non quod hoc sit eius proprium nomen, sed vel à verbis Edicti vel ab aliqua clausula ipsius actionis, vt ante diximus: nam eâdem ratione hæc ipsa quandoque dicitur actio si paret eum dare oportere, §. *sic itaque, de actionib.* §. *is quoque, quibus modis re contrah obl. &* §. *preterea, de except. instit.* à clausula nempe iudicij quâ Prætor iudicem datum alloquitur, vt hodie Princeps in rescriptis, *s'il vous appert.* Iuxta quam actor intentionem quoque suam format apud iudicem, vt scribit Theophilus §. 1. *de action. instit.* & probat, *d.* §. *præterea.* Proprio verò nomine hæc actio appellatur condictio, vt in rubrica & passim, ac proinde condictitia actio *d.* §. *is quoque. l.* 24. *si quis certum, h. t. l.* 1. *qui se debere, de condict. caus. da. I. & l.* 3. *C. de donat. quæ sub modo.* imò etiam præcisè condictitia, §. *tripli, &* §. *quadrupli, de action. instit. l.* 13. *si duo,* §. *idem Iulianus, de iureiurando.* I. Condictionis autem nomen sumptum est à ritu denuntiationis qui olim in omni actione in personam adhibebatur; condicere enim est denuntiare priscâ linguâ *d.* §. *appellamus, de actionib.* vbi Theophilus scribit eum qui olim cum aliquo litem haberet denuntiasse ei, vt hoc aut illo die veniret litigaturus, id est ad iudicium accipiendum; quo in loco interpres contra fidem contextus & rem ipsam addit de suo, *aut ad litem persequendam*: nam denuntiatio hæc ante litem inchoatam fiebat, vt apud Terent. In Phormione actu 1. scen. 2. Ego te cognatum dicam, & tibi scribam dicam id est actionem vt interpretatur Theophilus, *initio de action. instit.* in quæ verba Donatus; à denuntiatione, inquit, in personam, ne

dicere

diceret non mihi denuntiasti. Condictionem verò pro denuntiatione dictam fuisse alij quoque auctores similiter docent. Festus, condicere est dicendo denuntiare, & condictio in diem certum eius rei quæ agitur denuntiatio, vbi generaliter condictionem definit, quia & in aliis quoque causis præter actiones vsurpabatur. Seruius in illud Virgilij 3. Æneid.

Tertia lux classem Cretæis sistet in oris.

Hoc quidem, inquit, iuxta speciem Auguralem positum tradunt, quæ appellatur condictio, id est, denuntiatio, cùm denuntiatur, vt ante diem tertium quis ad inaugurandum adsit. Donatus in *Heautontimorumeno* actu 2. scæ. 3. condictio est, inquit, actio in aliquem vel denuntiatio. Condicere priscâ linguâ est denuntiare. Vetus Glossarium; *Paraggelia*, denuntiatio, condictio. Condicere est denuntiare priscè, nunc verò condictionem, omnem in personam actionem dicimus; quæ vltima verba palam demonstrant condictionis nomine significari non modò eam actionem quà intenditur aduersarium dare oportere, sed generaliter omnem in personam actionem; quod omnino conuenit cum *l.* 25. *actionum genera*, *I. de obligat. & action.* vbi actionum genera duo esse dicuntur, in rem quæ dicitur vindicatio, & in personam quæ condictio appellatur; & cum principio *d.* §. *appellamus*, vbi Iustinianus similiter docet actiones in rem vindicationes generaliter appellari, in personam verò actiones condictiones. Nam quod addit; *quibus dare facere intenditur*, nihil restringit, neque vllam actionem in personam excludit: quamquam enim hæc verba *dare facere*, propriè accepta ab alijs actionum intentionibus distinguantur, §. 1. *de action. instit. & l.* 3. *de oblig. & action.* tamen generali significatu quamcunque actionis personalis intentionem complectuntur, vt rectè exponit Accurs. *in d.* §. *appellamus*, malè à reliquis interpretibus in eo reprehensus, cuius sententia probatur §. *est prodita*, *instit. quib. mod. obligat. tollit. l.* 18. *& vno*, *de acceptil. l.* 27. *emptor*, *de nouatio. l.* 89. *si à colono*, *de verb. oblig. l.* 11. *cùm rem*, *rem pupilli saluam fore*, *l.* 46. *si ita scripsisset*, *de legat.* 2. *l.* 19. *cùm ita*, *& l.* 16. *ei cui*, *de liberatione legata* I. quibus locis illâ solemni formulâ, *dare facere*, omnis actio in personam significatur, etiam actio ex vendito *d. l.* 27. *emptor*, cuius tamen intentio est rem præstari, id est, tradi *l.* 11. *ex empto*, *D. de action. empti*, non autem propriè dari vel fieri. Omnes ergo actiones in personam generaliter condictiones appellari vult Iustinianus, cuius etiam interpres Theophilus addit nominatim particulam, *omnes*, & omittit verba, *dare facere*, quasi minimè necessaria. Verumtamen, quia actio quâ dari propriè intenditur, id est, dominium transferri, non habet speciale nomen, appellationem generis sibi peculiarem fecit, & dicta est specialiter condictio, abusiuè quidem, cùm nulla hoc tempore eo nomine denuntiatio fiat *d.* §. *appellamus*, *vers. nunc verò*, & ita condictionis appellationem vsu sibi propriam fecit, vt nulla alia actio in personam specialiter appelletur condictio, licet hoc nomen generi vniuerso conueniat. Neque enim vulgaris vsus loquendi

regulis Dialecticorum ſubiicitur; ſicque omnino conciliari oportet principium *d.* §. *appellamus cum verſ. nunc verò*; alioqui §. ſecum ipſe pugnabit; quamquam non dubitem, quin olim vnaquæque in perſonam actio potuerit condictio ſpecialiter dici. Nunc ergo condictionis nomine eam tantùm actionem intelligimus quâ propriè dari intenditur; & condicere non iam eſt denuntiare, ſed eam actionem intendere *l. vlt. in fin. S. vſufructua. quemad. caueat*, hocque ſenſu condictio *iſto tit. & ſequentib.* & paſſim in iure accipitur; nam ſi ſpecialiter de qualibet actione in perſonam acciperetur, falſum eſſet quod dicitur *in d. l. vlt.* neminem poſſe rem ſuam condicere, niſi à fure; itémque quod dicitur *in l.* 13. *ſi quis inficiatus, in fin.* I. *depoſiti*, neminem hoc ipſo quod depoſitum accipiat condictione obligari; & denique quod dicitur ex mutuo naſci actionem quæ vocatur condictio *in prin. quib. mod. re contrah. obligat. inſtit.* hoc enim de mutuo non eſſet ſpecialiter dicendum, ſi cuicumque actioni in perſonam conueniret. Quia verò id quod condicitur, id eſt dari intenditur, aut certum eſt aut incertum, vt ſupra dictum eſt, conſequens etiam eſt condictionem aliam eſſe certi aliam incerti. Quæ autem hoc titulo proponitur certi condictio eſt *l. 9. certi, h. t.* nam quamuis ſimpliciter dicatur in rubrica, *& de condictione*, tamen ex præcedenti clauſula, *ſi certum petetur*, perſpicuum eſt, qualis debeat intelligi: certi, inquam, condictio eſt, eáque vna & eadem, quamquam Accurſius & omnes ferè interpretes duas conſtituant, vnam ſpecialem ex mutuo, alteram generalem ex omnibus cauſis ex quibus certum petitur. Quam ſententiam ſequitur Cuiac. *hoc parat. & C. parat. ſi certum petet. & parat. de obligat. & action. & ad l. 6. certum h. t.* quibus in locis ait *condictionis* nomen proprium eſſe factum actionis ex mutuo *in prin. &* §. 1. *quib. mod. re contrah. obligat. &* §. *item is cui, de obligat. quæ quaſi ex contractu, inſtit.* & ab illa perduci, & accommodari ad omnes cauſas ex quibus certum petitur: ac proinde certi condictionem aliam generalem eſſe quæ ſignificetur illis verbis, *ſi certum petetur*, in noſtra rubrica, aliam ſpecialem quæ vltimis verbis rubricæ demonſtretur, in quo quidem diſſentit à Gloſſa, quæ vltimâ clauſulâ vult generalem ſignificari, & clauſulâ præcedenti ſpecialem. Quin & ipſe Cuiac. aliquantùm variare videtur, nam *parat. de vſuris C.* ſcribit ex aliis quoque cauſis æquè condictionem dari perinde atque ex mutuo, licet mutuum condictionis commune nomen proprium ſibi feciſſe ſimiliter dicat. At verior nobis videtur eorum ſententia quos Gloſſa in rubrica noſtra exiſtimaſſe refert vnam tantùm eſſe certi condictionem, quam tamen malè generalem appellaſſe puto, cùm nulla ſit alia ad cuius differentiam ita dici debeat; nam vna tantùm eſt & eadem, vt dixi *d. l. 9. certi condictio, h. t.* cuius nempè ſimilis ſemper & vniformis ſit intentio aduerſarium dare oportere *d.* §. *appellamus inſtit. de action.* licet ex variis cauſis proficiſcatur *d. l.* 9. à quibus varia cognomina accipit: quod ſimiliter videre eſt in vindicatione, cuius quoque vna tantùm eſt intentio rem acto-

ris esse §. 1. *de actionibus instit.* quamquam diuersis appellationibus distinguatur pro varietate causarum vnde proficiscitur. Neque quicquam pro Cuiacio facit *prin. tit. &* §. 15. *quoque, quib. mod. re contrah. obligat. vel* §. *item is cui, de obligat. quasi ex contractu*; nam quod ibi de mutuo dicitur idem etiam de obligatione scripturæ *instit. de literarum obligatione*, & de stipulatione certi *initio de verb. obligat.* enunciatur, nempe ex ijs causis certi condictionem nasci, idemque similiter intelligendum de omnibus alijs in quibus certum petitur *d. l. 9. certi, h. t.* Et quamquam *in d.* §. *item is cui, & d.* §. *is quoque, & simili* §. *in l.* 5. I. *de obligat. & action.* probetur certi condictionem à mutuo ad indebitum fuisse productam, non tamen idem esse in cæteris casibus : nam ibi est ratio specialis, quia scilicet indebitum redigitur ad similitudinem mutui, sicut vnusquisque quasi contractus ad similitudinem alicuius contractus propriè dicti. Sed neque dici potest vllam esse actionem generalem quæ cum specialibus & propriis concurrat, & ad earum varias intentiones sufficiat ; nam contrà, actiones à prudentibus compositæ sunt, vt certæ sint *l.* 2. §. 2. *vers. deinde, S. de origin. l.* 65. *seruo, ad SC. Trebell.* & vnaquæque propriam sedem habeat & propriam intentionem, quod in iis præsertim necesse est quæ à contractibus proficiscuntur, cùm vnusquisque contractus certam habeat naturam & certum ius quod lex ei dedit *l.* 27. *si vnus*, §. *pactus, S. de pactis*, certos terminos & fines *l.* 24. *Lucius*, I. *depositi.* certam potestatem *l.* 26. *Publia*, *l.* 31. *bona fides, eod. tit.* certam definitionem & conceptionem propriam *l.* 1. *C. de iure emphyteu.* Et frustra in componendis supplendisque actionibus quas subtili ingenio & diuino quodam motu excogitatas ait *lex vlt. C. de long. temp. præscript.* elaborassent prudentes *d.* §. *deinde, &* §. 3. *postea, l.* 2. *S. de orig. iur. & l.* 1. 2. 3. 4. *& l. quoniam*, I. *de præscr. verb.* Frustra etiam anxiè inquirerent, quæ actio in vnoquoque negotio propriè competat *tot. tit. de præscr. verb. & de condict. ex lege* I. & passim, si essent aliquæ actiones generales quæ ad diuersarum obligationum petitionem sufficerent. Adde quod Iustinianus tam insignem diuisionem actionum in generales & speciales non fuisset omissurus, cuius tamen neque sub titulo de actionibus, neque alio in loco iuris vlla mentio ; imò nec ipsa quidem appellatio generalis condictionis vel alterius actionis vsquam reperitur. Neque obstat quod condictio concurrat cum aliis actionibus *d. l.* 9. *h. t.* non enim ideo generalis dici potest ; alioqui & ipsæ quibus concurrit & omnes aliæ quæ inuicem concurrunt, quales multæ sunt quas Paulus lib. singulari de concurrentibus actionibus complexus fuerat generales similiter dicerentur, quod nusquam fit. Non etiam obest quod competat ex omni contractu, ex omni obligatione, & ex omni causa ex qua certum petitur *d. l.* 9. neque enim hoc ita accipiendum est quasi hæc actio ita sit generaliter comparata, vt ad omnes aliorum contractuum & obligationum intentiones flecti & aptari possit quasi regula quædam Lesbia, & tantumdem præstet, quantum peculiaris &

propria ex contractu actio; interdum enim minus præstat *d.l.6. § .2. quoniam, h.t. & l.1 in fin. C. de condict. indebiti*, interdum verò plus, vt docet Cuiac. ad Paul. edictum *in l.13. si quis inficiatus*, I. *depositi*. Sed quia vnum idémque negotium multiforme esse potest, & quasi diuersas facies habere, hinc fit vt pro variis respectibus ex vno eodémque negotio diuersæ, imò interdum contrariæ competant actiones, non tamen quasi ex eodem, sed quasi pluribus obligationibus & contractibus in vno codémque negotio interuenientibus *d. l.9. certi*, §.2. *quoniam, h.t.* Quod perspicuum fit exemplo legatorum & fideicommissorum, pro quibus datur actio personalis, actio in rem, & hypothecaria §. *nostræ, instit. de legat.* sed variis respectibus, vt ibi docet Cuiac. in posterioribus notis, & apparet *ex l.76. cùm filius*, §. *pen.* I. *de legat.2.* Perspicuum etiam in furto, pro quo aduersus furem datur actio furti, condictio & vindicatio §. *vlt. instit. de obligat. quæ ex delicto nascunt.* Perspicuum denique & in dote, pro qua actio in rem & hypothecaria dantur, sed diuerso colore & obtentu *l.30. in rebus, C. de iur. dot.* Quod similiter in certi condictione intelligendum est, quotiescumque cum actione peculiari contractus concurrit, vt nempè in ipsa condictione non natura ipsius contractus attendatur, sed dandi tantùm obligatio, quasi duobus contractibus interuenientibus, vt retulimus iam *ex d.* §. *quoniam.* Summa ergo istius rubricæ hæc sit, de condictione per quam certum petitur, vt est *in l.24. si quis certum h.t.* certum scilicet ex rebus creditis, id est, quæ nobis ex aliquo contractu vel obligatione debentur. Et hinc apparet aptissima continuatio istius partis tertiæ cum secunda, nam ibi de rebus quæ nostræ sunt, hîc de rebus quæ nobis debentur: & in vtraque de petitionibus certi, ibi quidem in rem, hîc personalibus, nam & in actione in rem certum petitur & rem certam designare oportet *l.6. si in rem, S. de rei vindicat.*

LEX I.

BReues ad contextum huius tit. commentarios scribere propositum est mihi, quantũ scilicet ad verborum interpretationẽ satis sit: in quo vno, vt præcipuus labor, ita docentis discentisque præcipuum studium esse debet. Sed breuitatem pro modo rei intelligo, vt enim eleganter Martialis.

Non sunt longa quibus nihil est quod demere possis.

Ait ergo Vlpianus in lege prima, *ad verborũ interpretationẽ*; Edicti scilicet perpetui ad quod scribebat: nam quamquam veteris Edicti verba ipsa hoc titulo Iustinianus non inseruerit, inseruit tamen aliis pluribus huius tertiæ partis ad quam totam pertinet clausula *de rebus creditis.* Adde quod in isto & aliis in quibus verba prætermisit, mentem Edicti retinuit & iura ad Edictum pertinentia. Sed & in tota ipsa Pandectarum compositione quasi nouum Edictum perpetuum Iustinianus condidit, quod apertè significat, dum ad huius sui differentiam prius & vetustius Edictum vocat illud quod à Saluio Iuliano conditum fuerat, vt *l.2. §. quartus autem, C.*

de vet. iur. enuclean. & oratione ad anteceſſores §.4. *tertij inſuper* ; nam & Edicti perpetui ſe imitatorem palam profitetur *l.* 1. §. 3. *cùmque hæc materia, C. de vet. iur. enuclean. & l.* 2. *S. de ſtatu homin.* & titulos ferè omnes vel ab ipſis Edicti verbis inchoat, vel certè à libris Iuriſconſultorum ad Edictum vrbicum & prouinciale.

Ait, *ipſius tituli*, hoc eſt rubricæ *de rebus creditis* nam Edictum perpetuum titulis & rubricis diſtinctum *l.*2. *in fin. de interdictis* I. *l.* 1. *in prin. & §. de qua autem, S. de poſtulando, l* 195. *pronuntiatio, de verb. ſignif l.* 1. *de collat. bonorum* I. *d. l.* 2. *S. de ſtatu homin. & d. §. cùmque hæc materia*, ad diſtinguendos ſcilicet tractatus *l.* 1. *ad ſc. Trebell.* I.

Ait, *Prætor inſeruit* ; nam Saluius Iulianus Edicti perpetui non auctor ſed conditor & ordinator *l.* 2. §. 14. *ſed quia diuinæ, de veteri iur. enucl. l. pen. de condict. indeb. C.* ideoque Edictum perpetuum ad Prætorem ipſum refertur *l.* 25. *obligamur*, I. *de obligat. & action.*

Ait, *omnes enim contractus* ; titulus ſcilicet ipſe *de rebus creditis* generali appellatione ſuâ contractus omnes complectitur, non tamen Prætor ſub eo omnes complexus fuerat, ſed pleroſque, vt conſtat *ex verſ. quoniam, & ex verſ. ideo.* Nec etiam Iuſtinianus omnes complexus eſt ; nam contractus nomine generali continetur etiam precarium, dotis datio, tutela, & negotiorum geſtio *l.* 23. *contractus*, I. *de regul. iur.* immo matrimonium ſiue nuptiæ quæ paſſim contrahi dicuntur. Omnes tamen contractus hac tertiâ parte ſub generali inſcriptione *de rebus creditis* Iuſtinianus complexus eſt, qui propriè & frequentiùs dicuntur contractus, & quos ipſe ſolos agnouit eſſe contractus, & ordine expoſuit *lib.* 3. *Inſtitut.* excepto contractu qui literis ſiue ſcripturâ fieri dicitur *tit. de literarum obligat.* & contractu emphyteutico, quoniam non ſunt ex iure veteri, ſed ex conſtitutionibus, & excepto contractu ſtipulationis qui propter longiorem tractatum ab alijs contractibus ſegregatus eſt *D. & C.* Addidit præterea & contractus innominatos.

Ait, *quos alienam fidem ſecuti inſtituimus.* Quibus verbis innuit à contrario contractus ita etiam poſſe inſtitui, vt alienam fidem non ſequamur. Vtrumque exemplo perſpicuum fiet, vt ecce, ſi tu mihi rem venditam ſtatim tradas, vt ego tibi pretium ſimul numerem, contractus quidem eſt, ſed in quo inſtituendo neuter alterius fidem ſecutus eſt. Contrà verò, ſi cùm fortè pecuniam ad manum non haberem, tu nihilominus rem venditam mihi tradideris, pretium ſcilicet poſt tempus accepturus, manifeſtum eſt te fidem meam fuiſſe ſecutum, te, inquam, mihi fidem de pretio habuiſſe *l.* 19. *quod vendidi*, I. *de contrab. empt.* §. *venditæ verò, inſtit. de rer. diuis.* Quod ſi pretium tibi prænumerem ſub ſpe futuræ traditionis rei venditæ, ego fidem tuam ſequor, fidem, inquam, tibi de re habeo. Eadem varietas poteſt contingere in contractu do vt des, id eſt rerum permutatione, & alijs contractibus innominatis ; nam ſi vterque contrahentium ſtatim contractum implet, neuter alterius fidem ſequitur.

At si vnus alteri tempus ad implendum contractum dederit quem ipse iam impleuit, fidem illius sequitur. Emptio ergo & venditio & contractus innominati vtroque modo possunt institui, vt vel fidem alterius sequamur vel non sequamur, quantum attinet ad substantiam contractus; nam quod attinet ad obligationem euictionis, necesse semper est, vt emptor venditoris fidem sequatur, & vterque contrahentium inuicem in rerum permutatione & aljis contractibus innominatis *l.* 1. *vers. vnde* I. *de rerum permutatione.* At cõtractus alij nominati non aliter possunt institui, quàm vt alteruter & interdum vterque fidem alterius sequatur, nam in deposito, commodato, pignore, & omnibus alijs in quibus rem nostram alteri committimus, fidem eius sequimur *l.* 9. *eandem*, I. *de duob. reis constituend. l.* 1. *in p. inc. S. nautæ, caupones, stabular.* In locatione conductione, societate, & mandato, vel rem nostram, vel operam, vel negotium alteri committimus, atque ideo fidem eius sequimur. In stipulatione cùm in futurum conferatur obligatio, consequens est nos semper fidem promittentis sequi *l.* 2. *in fin. h.t.* vnde & solemnes olim stipulandi formulæ fidepromittis, fidepromitto, fideiubes, fideiubeo §. 1. *de verb. obligat. instit.* Denique in scripturæ siue literarum obligatione cùm sub spe futuræ numerationis obligemur *tot. tit. de literarum oblig. instit.* manifestum est nos fidem alterius sequi dilatâ scilicet solutione, generaliter enim fidem sequi vel habere quis dicitur, quotiescumque vice solutionis promissionem & obligationem admittit *l.* 4. §. *addici*, I. *de fideic. libert. l.* 2. *C. de bonis auctor. iud. possid. iunctâ l.* 6. *item liberatur* I. *quib. mod. pign. vel hypoth. solu.*

Ait, *credendi generalis appellatio est*: creditum ergo genus est *l.* 2. §. 3. *creditum, h. t.* sub quo omnes quidem contractus continentur, non tamen omnino, sed quatenus eos ita instituimus, vt alienam fidem sequamur, sicut modò exposui. Fidem enim sequi & credere idem esse ex hoc contextu apparet, & vtrumque tantùm dici quatenus in contrahendo aliquem nobis obligamus *l.* 2. *in fin. & l.* 20. *si tibi*, I. *h. t.* quod illa verba apertè declarant in nostro contextu, *mox recepturi quid ex eo contractu.* Nam vbi nihil obligationis supereſt, contractus quidem dici potest, sed non creditum vel fides habita, & quod ait *mox*, intellige, postea, vt *in l.* 1. *de obligat.* I. siue quandoque, vt *in principio quib. mod. re contrah. oblig. institut.* non enim tantùm significat statim, & illico sed etiam deinde, pòst, vt rectè hic Glos. quod probat *l.* 9. *certi*, §. 6. *sed etsi ei, h. t. l.* 15. *à Diuo Pio*, §. 1 *de re iudic.* I. *l.* 5. *si tibi*, I. *locati, l.* 12. *fructus esse, in prin.* I. *soluto matr.* Seruius in illud 3. Georgicon: Mox tamen ardentes....id est, posteaquam. Creditum ergo in solis contractibus propriè versatur, vt lex nostra apertè demonstrat, & Iustinianus disertè docet *in fin. no.* 4. *collat.* 1. quod etiam innuit *l.* 10. *creditores, cum l. seq. & princ. leg.* 12. *vt si cui*, I. *de verb. signif.* non enim nisi inter consentientes fieri potest *vers. nam cuicumque, hac nostrâ l. & l.* 32. *si & me, h. t.* quamquam per interpretationem la-

tius producatur legibus modo citatis, quod suo loco exponemus. Cui consequens est crediti appellatione non contineri naturalem obligationem *d. l.* 10. *creditores, & l.* 94. *si is cui*, §. 1. *de solution.* I. neque quamlibet fidem simpliciter acceptam, putà nudo pacto vel nudâ pollicitatione, quæ fides humana dicitur *l.* 1. *S. de pactis*, id est, naturalis *l.* 1. *de pecun. constit.* I. sed fidem ciuilem, id est, ciuili obligatione astrictam, fidem, inquam, contractus, vt vocat *l.* 4. §. 1. *de manumiss.* I. *l.* 3. *C. de duob. reis. stipul.* quam solam ius ciuile agnoscit & fouet. Fides enim naturalis & simplex obligationem non parit *l.* 7. *iuris gentium, S. de pactis*, immo obligationi opponitur; & ideo fideicommissa primùm appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, id est, nullâ obligatione, sed tantum pudore eorum qui rogabantur olim continebantur, vt est *in princip. de fideicom. hereditat. instit.* quæ tamen postea ad iuris necessitatem reuocata sunt §. *& quia prima, eod. tit.* atque ideo latiori crediti appellatione iam continentur *d. l.* 94. *si is cui*, §. *vlt.*

Ait, *de commodato, & de pignore.* Horum contractuum speciatim meminit, quia in iis & similibus maior dubitandi ratio, quod ex aliorum comparatione facilè intelligetur; nam in mutuo dominium rei credimus *l.* 2. §. *appellata, h. t.* in emptione venditione quoties fidem de pretio habemus, quasi mutuam pecuniam credere videmur *l.* 3. §. 1. *is autem solus*, I. *de Senatusc. Macedon.* in societate dominium credimus; fit enim communio rerum *l.* 1. 2. 3. §. 1. *l.* 31. *vt sit*, I. *pro socio l. vlt. C. eod. tit.* in mandato administrationem rerum aut negotiorum vice domini *l.* 1. *de procurat. S.* nam & procurator omnium rerum quasi quidam penè dominus, hoc est alieni iuris Vicarius à Tullio dicitur pro Cecinna. Denique in literarum & verborum obligatione, atque etiam in contractibus innominatis rem quæ in obligatione versatur, contrahenti credimus, dum illi fidem de ea habemus. At in commodato & pignore, necnon in depositio & locato videri possit nos nihil credere, neque contrahentis fidem in vllo sequi; quoniam licet in commodato rem vtendam demus §. *item is cui, instit. quib. mod. re contrah. oblig.* in depositio custodiendam §. *præterea, eod. tit.* in locato vtendam fruendam §. *præterea, instit. de locato*, & in pignore obligatam propter alterius contractus fidem & societatem *l.* 9. *legato.* I. *de supellect. leg. &* §. *vlt. instit. quibus modis re contrah. oblig.* verum est tamen nos rei datæ compotes semper intelligi, quia eam ciuiliter possidemus. Creditor enim, depositarius, commodatarius, & conductor naturaliter tantùm incumbunt possessioni *l.* 3. §. *vlt. l.* 4. *S. ad exhibendum, l.* 38. *videamus*, §. *si possessione, de vsuris* I. atque ideo non sibi possident, sed domino rei qui ipse possidere intelligitur, vt de creditore pigneratitio & debitore dicitur *l.* 36. *qui pignoris*, I. *de acquirenda possess. l.* 7. *cum notissimi*, §. *sed cum illud, C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Itaque ea tantùm species pignoris fiducia olim dicebatur, in qua dominium rei sub conditione remancipandi & restituendi transferebatur in creditorem apud Paul. tit. 13. lib. 2. & aliis

locis pluribus, quia scilicet in alio genere pignoris debitor creditoris fidem non videbatur sequi.

Verius tamen est in depositō, commodato, pignore, & locato creditum rectè dici, & nos fidem alterius sequi, cùm enim contrahendo, rem nostram alteri quomodocumque committimus, fidem eius sequimur, vt ante dictum est *l. 9. eundem* I. *de duob. reis constit. l. 1. in prin. S. nautæ caup. stabular. l. 1. §. 3. hæc autem*, I. *depositi* Neque obstat quod *in l. 24. si ventri, §. in bonis, de reb. auct. iud. possid.* I. dicitur, aliud esse credere, aliud deponere, vel quod dicitur *in l. 31. in naue*, I. *locati* in commodato & depositō non semper iri in creditum, nam illis locis creditum pro mutuo dicitur, vt aliàs sæpe. Hic enim contractus nomen generis sibi proprium quodammodo fecit *l. 10. creditores, in fin. & l. seq.* I. *de verb. signif. no. 4. de fideiuss. §. vlt. collat. 1. l. 5. §. is quoque qui, de obligat* I. *l. 24. quod si minor*, §. 4. *restitutio, S. de minoribus.* Siue quia hic contractus omnium frequentissimus, siue potius quia in eo rem nostram alteri maximè credimus dominio in ipsum translato. Quinimo & interdum credendi verbum ad solam pecuniam numeratam refertur *l. 4.* I. *de sc. Macedo.* sed hoc rarius & pro subiecta materia, quia in eo S. C. nominatim de pecunia numerata agitur. At generaliter omnes contractus crediti appellatione continentur, vt supra probatum est.

Ait, *rei quoque verbum.* Maluit Prætor dicere de rebus creditis quàm de pecunijs creditis, quia licet pecuniæ appellatio valde lata sit *l. 222. pecuniæ* I. *de verb. signif.* rei tamen appellatio latior est quàm pecuniæ *l. 5. rei. eod. tit.* I.

LEX II.

AIt Paulus *Mutuum damus.* Cur de mutuo primùm & potissimùm *h. tit.* agatur, exposui ad secundā rubricæ clausulam. Est autem mutuū, creditum siue contractus quo res nostras quæ pondere, numero, mensurâ consistunt in hoc damus, vt accipientium fiant, & quandoque nobis non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ & qualitatis reddantur, vt colligitur *ex hac l. & l. 1. §. 1. de oblig. & actio.* I. *& ex princ. tit. quib. modis re contrah. oblig. Instit.* Vel breuiùs mutuum est creditum siue conctractus quo res datur vt par reddatur, quæ definitio colligi potest ex vulgato loco Varronis 4. de ling. latin. Si datur quod reddatur mutuum, & ex alio Tullji. epistolâ quâdam ad Q. Metellum: in amicitia mutuum hoc arbitror, cùm par voluntas accipitur & redditur. Verbum *datur* ostendit rem fieri accipientis §. *sic itaque, Instit, de actio.* verbum *par* non eandem rem, sed aliam æqualem reddi, atque ideo mutuum non posse consistere nisi in rebus quæ in genere suo vicissitudinem solutionis recipiunt, quæ inquam ita sunt inter se æquales & compares, vt tantumdem præstent, & mutuâ vice fungantur §. *mutui datio, hac l. 2.* Idem erit omnino sensus, si mutuū definias creditum vel contractum quo aliquid datur, vel quo ex meo

tuum

tuum fit, vt non idem, ſed tantumdem reddatur *l.31.in nauem*, I. *locati*, vel vt in ſimili re ſolui poſſit, vt eſt *in ead. l.* Poſſis quoque definire, creditum ad abuſum vt tantumdem reddatur; nam res quæ in mutuum cadunt in abuſu conſiſtunt, id eſt in abſumptione *l.* 5. §. *hoc ſenatuſconſ.* §. 1. *& vlt. S.de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſumuntur vel minuuntur*. Neque enim quis vti illis poteſt, quin minuat & conſumat §. *conſtituitur*, *inſtit. de vſufr.* vbi pecunia etiam numerata ipſo vſu aſſiduâ permutatione quodammodo extinguitur. Atque ideo res huiuſmodi in hoc dantur, vt arbitrio accipientis omnino permittantur *l.* 42. *res in dotem*, I. *de iur. dot.* ac conſequenter commodari aut locari non poſſunt, quia vſu conſumuntur *l.* 3. §. *vlt.* I. *commodati*; commodatum autem & locatio fiunt ad vſum, non ad abuſum, niſi fortè in eum caſum commodentur vel locentur, qui ſine detrimento & conſumptione haberi poſſit, putà ad oſtentationem vel pompam aut ad imaginariam numerationem *l.*18. *ſi ego*, *in fin. h.t. d. l.*3. §. *vlt. & l.*4. I. *commodati*, tunc enim non quantitate ſpectantur, vt in mutuo ſed corpore *l.* 51. *ſed ſi certos*, I. *de leg.* 1. *l.*1. §. 3. *non ſolum*; I. *ad l. falcid.* Aliam mutui definitionem vide in parati. Cuiacij ad hunc tit. quam fusè exponit lib.11. obſer. cap.37. & aliam in parat. ſi certum petet. C.

Ait, *non eandem ſpeciem.* In iure ſpecies quandoque idem eſt quod apud dialecticos §. *creditum*, *hac l. & §. vlt. inſtit. de obligat.* quam Tullius in Topicis formam mauult appellare, quo ſenſu genus etiam promiſcuè dicitur *in prin. de obligat. quaſi ex contractu*, *inſtit. & l.*1. *de condict. ex leg.* I. Sed hîc, vt & alibi ſæpè, ſpecies eſt quod dialectici indiuiduum vocant, veluti Stichus, Pamphilus: genus verò quam illi ſpeciem, veluti homo *l.* 54. *in ſtipulationibus*, I. *de verb. oblig. l.6. ſi in rem*, *S. de rei vindicat.* Iuriſconſulti enim à forma ſeu figura corporis quæ oculis conſpicitur ſpeciem frequentiùs dixerunt: dialectici à forma interiori quæ mente & intellectu concipitur: vtrique à veteri verbo, *ſpecio*, quod eſt, video, apud Varronem lib.5. de ling. lat. vnde Vlpianus ſiue Tribonianus quibuſdam locis viſiones etiam dixit pro ſpecie facti & themate propoſito, vt Cuia. explicat *ad l.* 25. *cùm de indebito*, I. *de probatio.* rectiùs quàm Ant. Auguſtin. lib. 2. emendatio, c. 2. ſpeculationes. Benè itaque Accurſius hîc ſpeciem interpretatur rem ſiue corpus, ſed malè ſubiicit mutuum in ſpeciebus non conſiſtere, quia ſcilicet conſiſtit in quantitate: vt etiam malè Cuia. Accurſium ipſum reprehendit, quaſi ſpecies hîc non ſignificet corpus, ſed quantitatem. Nam ſpecies in hoc contextu nihil aliud eſt quàm res ſiue corpus, vt apparet *ex §. creditum*, *ead. leg. & ex prin. tit. quibus mod. re contrah. oblig. inſtit. & ex l.*31. *in nauem*, I. *locati.* Et generaliter ſpecies res & corpus promiſcuè vſurpantur *l.* 30. *talis ſcriptura*, *l.*34. *planè*, §. 1. 2. *&* 3. I. *de leg.* 1. *l.6. ſi in rem*, *S. de rei vindic. d. l.*54. *de verb. oblig.* Neque obſtat quod ſpecies ſiue corpus à quantitate diſtinguatur *l. 6. certum*, *h.t. d. l.*30. *in prin. d. l.*34. §. 3. *ſed ſi pondus*, & quod ea quæ in pondere, numero, menſurâ conſiſtunt, quantitate valeant magis quàm corpore *l.* 1. §. 3. *non*

solum, I. *ad leg. falcid.* Nam in iis rebus possumus alterutrum vel vtrumque cogitare, corpus scilicet & quantitatem *l.* 94. *si is cui*, I. *de solutio. l.* 24. *Lucius*, I. *depositi*, *l.* 51. *sed si vt certo*, I. *de leg.* 1. *l.* 35. *quod sæpè*, §. *in his*, I. *de contrah. empt. l.* 3. §. *vlt.* I. *commodati*, *l.* 34. *planè*, §. 2. & 3. *l.* 47. *cum res*, §. 1. *de legat.* 1. ideóque res quæ pondere, numero, mensurâ constant non minùs qnàm reliqua corpora species appellantur, vt *lib.* 10. *C. in rubrica, vt nemini liceat in coëmptione specierum se excusare, & l. vlt.* §. 6. *species*, I. *de publica. & vectigal.* Quinimo non possumus dicere quidquam consistere in pondere, numero, & mensura, quin simul res, siue corpora & species cogitemus, vt *in* §. 1. *nostræ leg. & in prin. quibus modis re contrahitur obligatio, & in d. l.* 35. *quod sæpè*, §. 5. *in his.* Manifestum autem est Paulum *in princ. nostræ l.* in mutuo non spectare quantitatem, quod facit *in* §. 1. sed speciem siue corpus rei tantùm ex illis verbis, *veluti vt pro tritico vinum recipiamus.*

Ait, *commodatum erit aut depositum.* Glossa & interpretes hæc verba quasi exempli tantùm causâ posita accipiunt; ideóque supplent, aut alius contractus: & Cuiacius nominatim addit, vel pignus, vel precarium, vel locatio, vel dos. Sed nihil opus est quidquam supplere; nam vbi in contrahendo hoc simpliciter agitur, vt eandem ipsam speciem quam dedimus recipiamus, necesse est, vt sit commodatum *l. vlt.* I. *de præscrip. verb.* aut depositum, neque alius contractus esse potest; in pignore enim non hoc simpliciter agitur, sed vt creditum sit magis in tuto; in locatione vt merces datur; in dote vt matrimonium sequatur; in precario verò id quidem simpliciter agitur, vt rem ipsam quam dedimus recipiamus *l.* 1. *de precario* I. Sed precarium magis ad donationem accedit, quàm ad contractum *d. l.* 1. *l* 2. *& l.* 14. *interdictum, eod. tit.* At in contractu do vt des cuius exemplum Glossa affert nunquam ita res datur, vt eadem postea vicissim detur, sed hoc negotium in alium contractum cadit, vt Cuia. hîc explicat; contractus enim do vt des idem est quod rerum permutatio, vt idem quoque docet *ex l.* 5. *naturalis, vers. sin autem rem do*, I. *de præscrip. verb.* & Accurs. ipse §. *actionum autem, instit. de actio.* qui tamen alibi contractum do vt des à permutatione malè distinguit, vt *ad l.* 1. I. *de rer. permut. D. & C. & ad rubr. C.* At permutatio, vt nomen ipsum ostendit, non est vnius & eiusdem rei, sed diuersarum.

Ait, *sed idem genus*, id est rem eiusdem generis *l.* 1. §. 1. *de oblig. & actió.* I. rem similem *l.* 31. *in nauem*, I. *locati*, putà non idem ipsum triticum aut vinum quod datum est, sed tamen par, vt *vers. seq. & l.* 3. *h. t.* quod similiter intelligendum in cæteris rebus in quibus mutuum consistit.

Ait, *non erit mutuum.* Rectè concludes negatiuè mutuum non esse, si id actum sit, vt res alterius generis reddatur; tunc enim est contractus do vt des, id est rerum permutatio. Non tamen rectè concludas affirmatiuè mutuum esse, vbicumque id actum est, vt res eiusdem generis reddatur; nam & in permutatione idem agi potest; putà si tibi dem Stichum, vt

mihi des Pamphilum, quorum vterque sub eodem hominis genere continetur. Vt ergo mutuum sit non sufficit id agi, vt res eiusdem generis reddatur, sed etiam vt ea res pondere, numero, mensurâ consistat, vt statim subiicit lex *in* §. 1.

§. MVTVI DATIO.

AIt, *quæ pondere, numero, mensurâ consistunt.* Idem est si dixeris, constant, vt *l.35. quid sæpè*, §. *in his, de contrah.empt. l.1.de condict tritica. l.30. in ratione*, §.3. *verum*, I. *ad leg. falcid. l.42. res in dotem, de iur.dot. l.1.I. de obligat. & actio. & in prin. quib.mod. re contrah. obligat.* vel, continentur, vt *l.38. quod legatur, S. de iudiciis, l.30. talis*, 34. *planè*, §.3. *sed si pondus, l.4. cum res*, §. 1. *de leg.1. l.* 115. *ita stipulatus*, I. *de verb. obligat.* vel etiam, valent, vt *l.1.* §.3. *non solùm*, I. *ad leg. falcid.* Nam quamquam vnaquæque earum rerum suo corpore consistat, constet, & contineatur, & consequenter in iis vel corpora, vel quantitatem cogitare & spectare possimus, vt supra diximus in verbo, *speciem*, propriè tamen quantitate constare & valere dicuntur, & iis opponuntur quæ in corpore constant *d.* §.3. *non solum, l. 6. certum*, I. *h. t.* hac nempè ratione quod vsum præbere & functionem in commercio & communi hominum vitâ recipere vix possunt, nisi ex quantitate, sicut de pecunia numerata nominatim dicitur *l.1. de contrah. empt.* I. ex quantitate, id est ex pondere, numero, vel mensurâ; hæc enim quantitatis verbo generaliter significantur *d. l.6.* Sicut ergo res incorporales dicuntur in iure consistere *instit. de reb. corporal. & incorporal.* quoniam à iure substantiam capiunt: sic & illæ de quibus agimus dicuntur in quantitate consistere, quoniam ab ea corpus quoddam recipiunt, vt de grege dicitur *in l. 30. rerum mixtura*, I. *de vsurpatio. & vsucapio.* qui inter eas res censetur quæ numero constant *l. 35. quod sæpè*, §. 5. *in his*, I. *de contrah. empt.* vt etiam docet Cuiacius *ad nostrum* §. corpus, inquam, quoddam & cum corpore nomen etiam à pondere, numero, vel mensura, putà amphora vini, metreta olei, modius frumenti, libra argenti *d.* §.5. *in his*. Ex quo fit, vt si id quod pondere, numero, mensurâ continetur sine adiectione ponderis, numeri, mensuræ, stipulatus sim, nihil stipulatus videar *l. 94. triticum, & l.*115. *stipulatus*, I. *de verb. obligat.*

Ait, *quoniam eorum dationæ.* Sensus est huiusmodi. Dictum est *in prin. l.* eo modo mutuum dari, vt non eandem speciem quam dedimus recipiamus, id est idem corpus, sed rem eiusdem generis, id est consimilem, non alius generis. Inde verò deducitur mutui dationem in iis tantùm rebus consistere quæ pondere, numero, mensurâ contineantur, quoniam eas solas ita dare possumus, vt non eandem rem postea recipiamus, sed planè similem *in fin. l. 31. in nauem*, I. *locati*, quia in toto suo genere consimiles sunt, & mutuâ vice sine discrimine funguntur, ita vt quamuis non eadem

ipsa quæ data est reddatur, reddi tamen videatur, nec dici possit aliud pro alio solui. At in cæteris rebus mutui datio esse non potest, quia in suo genere numquam ita possunt esse similes, vt eædem esse videantur, mutuáque vice ex æquo fungantur, & tantumdem præstent. Regula autem est, aliud pro alio inuito creditori solui non posse. Denique verbum ipsum mutui res compares & æquales significat, vt in definitione dictum est: At nullæ sunt tales quàm quæ pondere, numero, mensurâ continentur, ideóque & in iis solis mutuum est, non in aliis.

Ait, *in creditum ire.* Malè Accurs. videtur interpretari mutuum; nulla enim erit ratio, sed inepta inculcatio, si dixeris mutui dationem in iis rebus consistere quæ pondere, numero, mensurâ continentur, quoniam earum datione possumus mutuum contrahere. Et malè inferret Paulus, dum statim ait, creditum ergo à mutuo differre quà genus à specie §. 3. *creditum, si in nostro* §. pro mutuo creditum vsurparet. Verius ergo videtur, vt *ire in creditum* exponamus pro fidem habere, & obligationem sequi, sicut exposuimus in prima clausula rubricæ, & *in l.* 1. *S.* vt consecutio sit huiusmodi, mutui dationem consistere in dictis rebus, quoniam in iis dandis possumus in creditum ire, quale scilicet in mutuo desiderari dictum est *initio legis*, nempè de recipienda re eiusdem generis, quia illæ res & non aliæ functionem in genere suo recipiunt per solutionem magis quàm specie, hoc est funguntur in commercio per solutionem generis magis quàm eiusdem speciei quæ data est, id est corporis, vt in simili re solui possit, sicut dicitur *in fin. l.*31. *in nauem*, I. *locati*. Neque obstat si dixeris, falsum ergo esse quod *in fin.* §. dicitur, in cæteris rebus in creditum iri non posse, quandoquidem in iis quoque fidem & obligationem alienam sequi possumus; nam quod ait in creditum iri non posse, intelligendum est quale scilicet in mutuo esse oportet. Cuiacius tamen *in hoc* §. in creditum ire, cum Glossa interpretatur, mutuum contrahere, & *ad l.*19. §. *vlt.* I. *ad SC. Velleian.* generaliter definit in creditum ire, idem esse quod mutuum aut promutuum contrahere, & promutui exemplum ponit *ex eo* §. si quis vice debitoris se reum creditori constituat. Poni etiam potest, si venditor emptori fidem habeat de pretio, vt dictum est *in l.* 1. vel etiam si ei in quem ex alio contractu dominium rei suæ transtulerit, quamuis enim non numerauerit pecuniam, cæpit tamen esse mutua pecunia quæ debetur, id est vice mutui *l.*3. §. 1. *de SC. Macedon.* I. aut etiam si quis ex alio contractu quàm mutui rem quæ pondere, numero, mensurâ constat in alium transferat recepturus non eandem rem, sed eiusdem generis, vt *in l.*31. *in nauem, locati conducti*, I. *l.*42. *res in dotem, de iur. dotium* I. Sed & indebitum solutum promutuum est *l.* 5. §. *is quoque*, I. *de obligat. & actio.* Promutuum autem vocat, sicut *l.* 40. *Sticho*, §. 3. *seruus*, *vers. quæro*, I. *de statulib.* quod nempè est vice mutui, siue pro mutua pecunia *l.* 15. *ex conducto*, §. 5. *item cum quidam*, I. *locati*, quo sensu mutua pecunia intelligenda est *d. l.*3. §. 1. hoc est promutua. Magis tamen placet quod dixi, vt in cre-

ditum ire vel abire idem omnino significet quod credere, siue mutuum aut promutuum sit, siue alius quicumque contractus in quo alicuius fidem sequamur, aliquid scilicet deinde recepturi ex eo. Quod probatur *l. 65. seruo inuito*, §. *vlt.* I. *ad SC. Trebellia.* vbi in creditum ire generaliter significat credere, & debitorem sibi ex quacumque causa constituere : quod magis intelligetur *collato prin. l. 49. solutam*, I. *de solutio.* & ita Accurs. ibi interpretatur dum ponit exemplum in commodato & locatione. Item probatur *d. l. 19.* §. *vlt.* I. *ad SC. Velleia.* illis verbis : perinde habendum sit ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses. Sensus enim est mulierem quæ pro Titij debitore soluere volebat, mutuam à me pecuniam sumpsisse, & Titio numerasse : Titium verò rursus eandem pecuniam mihi credidisse & numerasse, vt scilicet mihi actio contra mulierem, & Titio contra me sine dubitatione competat ; & ita Glossa intelligit in verbo *comparari*, vt nihil quidquam intersit, vtrùm dixeris credere, vel in creditum ire ; nam quod ibi Cuiacius, in creditum ire, interpretatur, quasi creditor stipulatus me promittentem vice Titij creditæ pecuniæ reum receperit, vt *in prin.* §. defendi non potest. Quorsum enim hæc stipulatio, si mulier numerauerat creditori, & soluta erat Titij obligatio, aut quorsum illa mutuam pecuniam accepisset, nisi vt solueret creditori, sicut *initio* §. propositum est. Præterea probatur, quia credere, & fidem sequi vel habere idem est *l. 1. h. t.* At is qui fidem sequi vel habere dicitur §. *venditæ, instit. de rerum diuisione, l. 19. quod vendidi, de contrah. empt.* idem eodem sensu dicitur ire in creditum *l. 5. procuratoris*, §. *pen. de tribut. actio. & l. 3.* §. *is autem, de SC. Macedon.* I. Sequitur ergo vt credere & in creditum ire idem etiam sit. Probatur denique, quia credere & in creditum dare promiscuè dicitur *l. 19. non omnis*, §. *vlt. & l. 20. si tibi, h. t.* Neque obstat quod de mutuo vel promutuo agatur in plerisque locis, in quibus in creditum ire vel abire dicitur, vt *d. l. 31. in nauem, locati, d. l. 3.* §. *is autem, de SC. Macedo. d. l. 19. tutor,* §. *vlt. ad SC. Velleia. & in hac nostra l.* Nam cùm crediti appellatio generalis sit ad omnes contractus, dubium non est, quin & de mutuo similiter dicatur.

Ait, *in genere suo functionem recipiunt.* Functionem recipere idem est quod fungi : fungi autem simpliciter & præcisè dictum, idem est quod officio & munere fungi, hoc est officium & munus agere, vt docet Donatus in illud Terentij : Tute illorum officio fungere, in heautontimom. actus 1. scen. 1. Res ergo quæ pondere, numero, mensurâ consistunt, in genere suo fungi, siue functionem recipere per solutionem magis quàm specie, nihil aliud significat, quàm eas res officium & munus suum agere magis per solutionem sui generis, id est corporis quod sit ex eodem genere quàm speciei, id est corporis ipsius quod datum est, vt nempè functionem recipere idem sit omnino quod vsui præbere, vt Paulus noster loquitur *l. 1. de contrah. empt.* qui eodem sensu dixit pretio fungi *l. 33. si*

ſeruum, S. ad leg. Aquil. l.63. pretio, I. *ad l. falcid.* & monumentum functum *l.43. quæ religioſis, de rei vindicat. S.* ſicut Vlpianus dotem functam *tit. 6.* Prædictæ autem res ideo per ſolutionem generis vſum ſui præbent, quoniam ita ſunt inter ſe æquales & geminæ, vt nihil quidquam interſit, ſed eædem prorſus, & effectu, & aſpectu eſſe videantur, & ob id Vlpianus *in l. 29. cum Stichus*, I. *de ſolutio.* eas communi ſpecie contineri dicit, id eſt communi formâ, figurâ, & facie. Ex eo enim ſequitur, vt vice mutuâ fungi poſſint, vtque vna tantumdem præſtet quantum alia *l.6. certum, h.t.* vt inquam permutationem recipiant, vt loquitur Papinianus *l. 51. ſed ſi certos, de leg.* 1. & Alphenus *l.31. in nauem*, I. *locati*, hoc eſt, vt res vna pro alia ſolui poſſit, atque ita permutari per ſolutionem. Cui conuenit, quòd mutuum à mutatione dici & deduci exiſtimat Cuiacius lib. 1. obſ. c.37. quamquam enim olei, vini, tritici, & aliorum quæ pondere, numero, menſurà continentur magnæ ſint differentiæ & varietates: tamen in mutuo non ſufficit rem quæ ex eodem ſit genere reddere, niſi etiam ſit eiuſdem qualitatis *l.3. h. t. & l.94. triticum*, I. *de verb. obligat. & §. præterea, inſtit. de actio. cum l.4. de tritico legato* I.

Ait, *ideo in creditum ire non poſſumus*; ſupple quale requiri dictum eſt in mutuo *initio huius l.* nam alioquin certum eſt cæteras quoque res credi poſſe, ſed non mutuo dari.

Ait, *quia aliud pro alio.* In mutuo aliud pro alio ſolui poteſt, neque neceſſe eſt reddere eandem rem, ſed rem eiuſdem generis, quia nihil intereſt, & effectu ipſo idem reddi videtur. At in cæteris rebus id non licet propter contrariam rationem; neque enim illæ permutationem in ſolutione recipiunt. Permutatio hîc eſt, cùm aliud pro alio ſoluitur, vt ſupra dictum eſt, & probatur præterea *l.25. ſi ei nuptura, cum l. ſeq.* I. *de iure dotium, & l.21. ſi mulier dotis*, I. *de pactis dotalib.*

Ait, *inuito creditori.* Regula iuris certiſſima eſt, aliud pro alio ſolui non poſſe *l. 98. qui res*, I. *de ſolutio.* quam hîc tractat & aſſerit Gloſſa. Quod ita verum eſt, vt ne volenti quidem creditori aliud pro alio iure ſtricto ſolui poſſit, vt liberatio contingat *l.35. nihil tam naturale*, I. *de regul. iur.* neque enim tunc vera & naturalis ſolutio eſt *l. 49. ſolutum*, & *l.46. ſi quis alium*, I. *de ſolution.* Receptum tamen eſt benignâ interpretatione, vt aliud pro alio volenti ſolui poſſit; quod ſignificat verbum, *placet, in l.27. ſi ei nuptura, de iure dotium, l.1. §.3. de pecun. conſtit. & l.26. ſi non ſortem*, §.4. *ſi centum, de condict. indeb.* I. vt docet hic Cuiac. & hoc ſenſu *ſolutionis* verbum generaliter accipitur *in l. 54. ſolutionis, de ſolution.* I.

§. APPELLATA.

AIt, *appellata eſt autem mutui datio.* Iuſtinianus eodem ſenſu ait, *mutuum appellatum eſt, in prin. quib. mod. re contrah. obligatio.* Hanc autem verbi interpretationem plerique calumniantur, vt & multas alias

Iuriſconſultorum quas veras notationes eſſe negant. Cuiacius lib. 11. obſer. c. 37. ait, hanc mutui originationem ſcitè magis quàm verè ductam, & Iuriſconſultos ab Stoicis fuiſſe imbutos, & ipſis etiam licentiores ac propemodum ineptos in ducendis nominum originibus, quod tamen aliquatenus excuſat, quia pleraque nomina etymologiæ non habent proprietatem, ideóque pro captu ingenij cuique liceat eorum reddere rationem. Alij, quod magis placeret, hanc & ſimiles in iure, non verbi notationes & etymologias, ſed alluſiones eſſe volunt, quas ad illam definitionis ſpeciem popularem aliquatenus referre poſſis, quam Tullius in Topicis demonſtrat his verbis: Sæpè etiam, inquit, definiunt & Oratores & Poëtæ per tranſlationem verbi ex ſimilitudine cum aliqua ſuauitate, cuius exemplum ſubiicit ex Gallo Aquilio Iuriſconſulto qui littus definire ſolebat, quà fluctus eluderet. Nam & Gellius lib. 6 c. 12. quamquam Iuriſconſultos cauilletur in explicandis teſtamenti & ſacelli verbis, agnoſcere tamen videtur eos non tam notationes quàm concinnas & conuenientes vocabulorum alluſiones ibi tradidiſſe, quas etiam fatetur, neque abſurdas, neque inelegantes, quoties rei ſignificationem quamdam vocabulum videtur continere. Ego verò exiſtimo auctores noſtros in his & ſimilibus notationibus, non ad grammaticas verborum origines, vt grammatici ipſi putant, ſed ad rei ipſius ortum reſpexiſſe, eiuſque vim & naturam, non vocabuli etymologiam demonſtrare voluiſſe, quamquam cum aliqua loquendi concinnitate quæ notationem ſapere videatur, veram nempè & ſolidam philoſophiam non fucatam affectantes *l.* 1. *S. de iuſtit. & iure.* Quinimo & Stoicos ipſos philoſophorum ſeueriores eandem prorſus rationem ſecutos, quos quamquam Tullius verborum leges & normas attendens vt ineptos derideat, imitari tamen non veretur primo officiorum, cùm fidem ex eo appellatam ſcribit, quia fiat quod dictum eſt: Et eo modo notatio iuſtitiæ accipienda eſt *in d. l.* 1. teſtamenti, *inſtit. de teſtamentis ordin.* poſſeſſionis *l.* 1. *de acquir. poſſeſſ.* I. interdicti *inſtit. de interdict.* mutui denique *h.* §. & ferè reliquæ in iure. Iuriſconſulti enim non verborum tantùm, ſed & rerum ſignificationem attendunt *tot. tit. de verb. & rerum ſignif.* I. & vt eſt *in l. penult.* §. *pen. de conſtit. pecun.* Senſum magis quàm vana nominum vocabula amplectuntur. Sic cognationis nomen à græca voce dictum ait *l.* 10. *Iuriſconſultus*, §. 1. *de gradibus* I. ſignificationis vi inſpectâ, non vocabuli origine: & hoc ſenſu Iuriſconſultus *in noſtro* §. ad mutui naturam & ſubſtantiam, non ad etymologiam reſpiciens, concludit non naſci mutui obligationem, ſi non de meo fiat tuum, vt rectè Gloſſa; quod principio legis conſentaneum eſt, cùm in mutuo non eadem res quæ data eſt reddi debeat, quia ſcilicet arbitrio accipientis omnimodo permiſſa eſt, ſed res eiuſdem generis & qualitatis *l.* 42. *res in dote*, I. *de iure dotium*, ideóque oportet eum qui dat eſſe dominum §. *pen.* I.

§. CREDITVM.

AIt, *creditum ergo.* Quamquam mutuum crediti nomen sibi quodammodo proprium fecerit, vt docuimus supra *ad finem l.* 1. tamen verum est crediti appellationem ad omnes contractus esse generalem, vt *in ead. l.* 1. expositum est. Postquam ergo mutui proprietates enarrauit *in hac l.* 2. nempè vt non eadem species reddatur, sed idem genus, vt in iis rebus consistat quæ pondere, numero, mensurâ continentur, non in aliis, & vt dominium in accipientem transferatur, concludit *b.* §. creditum à mutuo differre, vt genus à specie, quod variis argumentis demonstrat. Primum, quia creditum consistit non modò in dictis rebus, sed etiam extra eas, sicut in illis contractibus in quibus eandem rem recepturi sumus, vt in depositio, commodato, pignore, & similibus, qui scilicet permutationem in solutione non recipiunt, vt mutuum in quo aliud pro alio soluitur, quia res in quibus consistit functionem in suo genere recipiunt per solutionem, vt supra dictum est. Deinde quia mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur. Pecunia generaliter, significat res omnes quæ in patrimonio nostro sunt *l.* 5. *rei*, *& l.* 222. *pecuniæ*, *de verb. signif.* I. *l.* 2. §. *pen. de constit. pecun. C.* sed pro subiecta materia significatio restringitur, vt hîc, vbi agitur de mutuo, vel ex mente testatoris *in l.* 30. *talis*, I. *de leg.* 1. Mutuum ergo esse non potest, nisi proficiscatur pecunia, id est res quæ pondere, numero, mensurâ continetur. Nam mutuum re contrahitur *instit. quib. mod. re contrah. oblig. & l.* 17. *si tibi*, *S. de pact.* Neque obstat, quod *in l.* 3. §. 1. *de SC. Macedon.* I. mutuum esse dicatur, licet pecunia non proficiscatur; nam ibi promutuum interpretari debemus, cùm fides habita sit de pecunia, vt supra exposuimus §. 1. in verbo *in creditum ire.* At creditum esse interdum potest etiam si nihil proficiscatur: non dicit si pecunia non proficiscatur, sed si nihil; quia contractus quidam aliquatenus consistunt, etsi res non sit in nostro patrimonio, vt putà emptio quæ in re aliena potest contrahi *l.* 4. *& l.* 28. *rem alienam*, *de contrah. empt.* I. item commodatum *l.* 15. *commodare*, I. *commodati*, *cum l. seq. pignus*, *l.* 22. §. 1. I. *de pign.* itémque locatio *l.* 1. *si tibi alienam*, I. *locati conducti*, *& l.* 6. *Cod. de locato.* Exemplum autem contractus, siue crediti in quo nihil proficiscatur, tale ponit, veluti, inquit, si post nuptias dos promittatur, quem locum obscurum esse ait hîc Cuia. Variè enim à Glossa & interpretibus accipitur. Primò, vt promissio dotis intelligatur facta post contractas nuptias, id est iam constante matrimonio; nam & hîc à muliere vel alio eius nomine dos constitui potest *l. vlt. in prin. de donatio. ante nuptias C. l.* 7. *dotis*, §. *si res*, *l.* 44. *si pater*, *in fin.* I. *de iure dot. & l.* 24. *si inter*, I. *de pactis dotal.* Secundò, vt promissio dotis facta intelligatur post nuptias scilicet solutas diuortio, & facta ab olim marito vxori *l.* 21. *si diuortio*, I. *de verb. obligat.* quam interpretationem refellit Cuiacius hîc, quia verba hæc *post nuptias*

nunquam

nunquam significent post diuortium, sed post nuptias contractas & nondum solutas. Adde quod in casu *d. l.* 21. nihil interest, ante vel post nuptias fiat promissio, quia ibi etiam si nuptiæ nunquam existant valet obligatio; nam stipulatio facta est donationis causâ, idque sub falsa dotis mentione quæ stipulationem non vitiat, non magis quàm legatum, quod ibi cum tali stipulatione meritò comparatur, quia in vtroque donatio est. Priorem autem interpretationem Cuiacius partim approbat partim vero improbat. Et approbat quidem, vt intelligamus dotem fuisse post nuptias contractas, & ipso matrimonio constante marito nuncupatam & verbo constitutam: sed reprobat, quatenus dicatur promissa; quia cùm promittendi verbum ad stipulationem referatur §. *si scriptum, instit. de inutil. stipulat.* superuacua erit iteratio *in fin. leg.* vbi dicitur verbis etiam creditum fieri interpositâ stipulatione. Quare vt ab illo casu hic differat, existimat in hoc loco fuisse à Paulo scriptum, *veluti si post nuptias dos dicatur.* Fuit olim dotis dictio modus solemnis dotis constituendæ apud Vlp. tit. 6. & Caium tit. 17. hodie sublatus: sed Tribonianũ pro *dicatur* rescripsisse *promittatur*, atque ita imprudẽter effecisse, vt superfluè *in fin. leg.* repetatur, stipulatione creditum fieri. Ego verò Cuia. assentiri non possum; nam si iuris conditori detrahis auctoritatem, operi quoque detrahis, ius, inquam, euertis, si Triboniano fidem abrogas, cuius incomparabilem in iure prudentiam tandem agnouit Cuia. vt ipse profitetur *in præfatione paratitulorum C.* Et quamquam daremus quod ille vult, culpâ tamen vacaret Tribonianus; nam promittendi verbum in instrumentis quidem pro stipulatione accipitur. At aliter enunciatum pollicitationem etiam significat *l.* 19 *sciendum*, §. 1. *de ædilitio Edicto* I. quæ pollicitatio hodie sufficit in dote, vt *C. de dotis promissione, & nuda pollicit.* Quare manebit adhuc diuersitas istius loci *cum fine l.* si promissionem pro pollicitatione hîc intelligamus, non pro stipulatione. Sed exemplum propositum ego simpliciùs explicandum puto, nempe vt dotem promissam post nuptias intelligamus, cùm futuro marito promittitur in tempus quo nuptiæ fuerint secutæ, hoc est vt promissio quidem fiat ante nuptias, sed solutio differatur post nuptias; isto enim casu maritus fit creditor dotis, quia fidem de dote habet promittenti, & tamen ab ipso nihil profectum, nulla, inquam, pecunia vel alia res data. Neque obstat, si dicas frustra in tali specie addita fuisse illa verba *post nuptias*; quia in dotis promissione semper inest ea conditio, si nuptiæ fuerint secutæ, & non posse ex ea agi nisi post nuptias *l.* 3. *& l.* 21. *stipulationem*, I. *de iure dot.* Nam præter id quod vulgò dicitur abundantem cautelam non nocere, respondeti potest *post nuptias* fuisse additum, vt intelligatur de qua dotis promissione agatur; non solùm enim dos promitti dicitur, cùm futuro vel iam marito promittitur, sed etiam cùm maritus ipse promittit se dotem restituturum in casum soluti matrimonij, siue mulieri, siue alteri *l.* 2. *l.* 29. *quoties.* §. *vlt. & l.* 56. *si quis*, I. *soluto matrimonio, &* §. *accedit, C. de rei vxor. actio.* Item

etiam cùm soluto matrimonio vir stipulanti mulieri dotem promittit, vt *l.21. si diuortio*, I. *de verb. oblig.* quod fieri potest vel animo nouandi, vel si mulier dilationem dotis reddendæ largiatur. Non etiam obstat, si dixeris in casu à me proposito aliquid à marito proficisci, nempè matrimonium, & ideo verbis non conuenire, quia dicitur, etiam si nihil proficiscatur; nam responderi potest hæc verba de datione pecuniæ vel rei alterius videri intelligenda ex superioribus, non de facto aliquo. Vel si nihil proficisci tunc intelligas, cùm neque res, neque factum à creditore proficiscitur, vt Cuia. intelligit, poterit responderi & ante nuptias virum cui dos promissa sit, esse creditorem, etsi sub conditione nuptiarum nominatim, stipulatus sit, quia verum est eum contraxisse, & fidem promittentis secutum esse *l.42. is cui, de oblig. & actio.* I.

Ait, *oportet dominum esse dantem.* Tertiam differentiam inter creditum & mutuum hîc proponit significans creditum esse posse, etiam si creditor non sit dominus rei creditæ. Nam vt *ad prin. huius* §. probauimus rem alienam vendere, locare, commodare, & pignori dare possum, atque ita creditor fieri, quatenus fidem alterius secutus sum. Licet enim dominus rem auferre possit, atque ita contractum inefficacem reddere, obligatio tamen manet, & inter contrahentes datur actio *l.28. rem alienam*, I. *de contrah. empt. l.15. commodare, & l.16.* I. *commodati, l.22. si pignori*, §.1. *de pignorat. actio.* I. & si res in commercio non sit, ac consequenter contractus nullus sit, esse tamen intelligitur *l.4. de contrah. empt.* I. non quidem vt teneat, sed vt obligatio consistat & detur actio, vt rectè glossa docet *in l. 70. liberi hominis, ibidem ex* §. *vlt. eod. tit.* quod apertius probat *lex. 62. qui officij*, §. 1. *eod. tit.* I. At in mutuo oportet eum qui dat, id est credit pecuniam, esse dominum, vt hîc dicitur, alioqui non nascitur obligatio, quia pecuniam accipientis non facit §. *appellata, S. & l.3.* §. 1. *de obligat.* I. & mutuum non contrahitur nisi quatenus datum est *l.17. si tibi S. de pactis*, id est, quatenus dominium translatum est, hoc enim propriè est dare §. *sic itaque, instit. de actio.* si tamen pecunia fuerit ab accipiente consumpta, reconciliatur mutuum, vt ait glossa vlt. *in l.11. rogasti, h.t.* hoc est fit promutuum, vt scilicet condictio certi creditori perinde detur ac si pecuniam suam credidisset *l.12. si à furioso, & l.13. nam & si fur.* I. *h.t.* Dominum autem glossa hîc accipit etiam eum qui sit vice domini, quales sunt tutor, curator, procurator *l. 26. si pecuniam*, I. *h. tit. l. 126. si ita stipulatus*, §. 2. *Chrysogenus, de verb. oblig. & l.157. ad ea, de regul. iur.* I. Sed isti non suo nomine mutuum dant *d.* §. 2. *Chrysogonus*; nam si suo nomine alienam pecuniam credant, non faciunt accipientis *arg. l.3. & l. vlt. C. si aliena res pign. data sit.* Quare cùm non suo nomine pecuniam credant, dominus cuius nomine dant ipse dare videtur. Nec regulæ obest, quòd filiusf. & seruus dantes peculiares nummos, obligant accipientem, vt dicitur in nostro contextu, id est, mutuam faciunt pecuniam, & dominium eius transferunt, licet ipsi qui dant domini non sint, & licet

non patris,aut domini nomine dent, sed suo proprio nomine quasi patresf. &proprium patrimonium habentes §.*actiones autem de peculio,instit.de actio.* Nam certum est iure ciuili peculia filiorumfamilias & seruorum in bonis &dominio parentum esse&dominorum §.*ex hoc,instit. quib. non est permiss. facere testam.l.37.per seruum,*§.1. *de acquir. rer. dominio* I. & non in dominio eorum qui peculium habent.*l.*20.*si liberam, C. quod cum eo*; quod& textus noster apertissimè innuit : Non, inquam, regulæ obest ; id enim tale est, vt subiicit contextus, quale si voluntate meâ tu des pecuniam (tuam scilicet & nomine meo) ; nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint. Quæ comparatio & obiectionis solutio primâ quidem facie absurda prorsus videtur,cùm contrarij sint casus, nam in hoc is qui mutuam dat pecuniam verus est dominus,&alieno nomine dat : in præcedenti autem filiusf. aut seruus domini non sunt, & suo nomine mutuam pecuniam dant. Quâ ratione motus Cuiac.hanc comparationem ita explicare conatur ,vt dicat nummos peculiares quodammodo esse filiif. vel serui, non patris vel domini,quia peculium veluti patrimonium eorum est,quæ explicatio locis supra citatis apertè refellitur. Sed ita res videtur explicanda,vt cùm quis suam pecuniammeo nomine&voluntate tibi credit, non iam suã sed meam credere intelligatur;nam perinde habetur,ac si mihi data fuisset pecunia, &à me ad te profecta *l.9.certi,*§.*si nummos,&l.*15.*singularia,* I. *h.t.* vt ille quasi nudus minister meus eâ in re tantùm accipiatur. Atque hoc modo comparatio aptè conueniet;nam in vtroque casu mutuum rectè cõtrahitur,licet is qui nummos dat non sit dominus,putà filiusf.&seruus, aut non intelligatur esse, vt qui alieno nomine & voluntate credit, nempè quia in vtroque casu nummi dantur voluntate domini, aut veri, id est, eius qui peculium dedit filiof. vel seruo, aut eius qui dominus iam intelligitur eo ipso quòd cùm pecunia eius nomine & voluntate detur ab ipso, profecta & data videatur, quamquam reuera eius non sit, vt in contextu dicitur. Nihil autem interest, vtrùm ipse dominus per se tradat alicui rem, vt eius fiat, an voluntate eius aliquis *l.9. qua ratione*, §.3. *hæ res,* I. *de acquir. rer. domin.* Hoc tantùm differt primus casus à secundo, quòd in illo filiusf. vel seruus proprio suo nomine pecuniam crederet, non patris vel domini : quamquam re verâ & effectu ipso patri vel domino contrahunt, & obligationem acquirunt *l.*74. *placet,* I.*de acquir. hæredit.*

Ait, *verbis quoque credimus.* Glossa rectè hæc verba de credito, non de mutuo dici primùm affirmat. Hîc enim traditur quarta & vltima differentia, nempè vt creditum verbis quoque fieri possit, non mutuum. Sed malè deinde eadem Glossa addit hæc verba *de mutuo* etiam posse intelligi, adhibitâ commentitiâ mutui diuisione in tres species, quæ nullo testimonio vel ratione iuris probatur. Nam quod ille appellat ciuile tantùm, nempè in pecuniæ cautæ & non numeratæ obligatione post biennium, mutuum nullo modo est,sed literarum siue scripturæ obligatio *instit. de literar. obligat.* Sed nec illud quod vocat ciuile mixtum, vt si quis credendi

causâ pecuniam stipulatus fuerit, & pòst numerauerit, aut si quis pecuniam mutuam dedit sine stipulatione, & ex continenti stipulationem fecit *l.3. §.vlt. & l.6. contra*, I. *de Senatusc. Macedon.* mutuum est, sed verborum obligatio tantùm. Quamquam enim quasi duo contractus interuenire videantur, vnus re, alter verbis *l.9. certi*, §. *quoniam*, I. *h.t.* re vera tamen vnus est contractus & numeratio intelligitur fieri, vt stipulationis substantiam impleat *d.l.6. & l.6. si ita fuero*, §. *vlt. cum l.seq.* I. *de nouatio.* Quod ergo dicitur in contextu, verbis quoque nos credere, de solo credito & ad mutui differentiam accipiendum est: & dicitur *verbis quoque*, quia & re & verbis & literis & nudo consensu creditum fieri potest, cùm ad omnes contractus credendi verbum pertineat *l.1. h. t.* Verbis autem, inquit, credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. Quo in loco exempli tantùm causâ additum fuisse, *veluti stipulatione*, putat Cuia. *initio tit. de verb. oblig.* I. quia verborum obligatio, inquit, etiam sine stipulatione contrahi potest, vt si libertus patrono donum, operas, munus se daturum esse iurauerit *l. 7. vt iurisiurandi, de oper. libert.* I. & olim insuper, si mulier aut debitor vel pater eius dotem diceret, auctore Caio *tit. 17. de obligat.* Et certè verisimile est Paulum hoc in loco non de sola stipulatione, sed de qualibet crediti specie quæ verbis fieri possit sensisse, cùm generaliter dixerit, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, qualis est etiam pollicitatio dotis *Cod. de dotis promiss. & nuda pollicit.* & pollicitatio quæ fit in publicum I. *de pollicitatio.* itémque votum *l. 2. eod. tit.* Creditum ergo verbis quoque fieri potest, quod etiam probat *l.4. de SC. Macedo.* I. ex qua apparet solis etiam verbis creditum posse fieri §. *idem iuris, instit. de except. & l.2. §.2. circa*, I. *de doli & metus except.* at mutuum nullo modo, de quo videtur dubitari non potuisse, cùm re fiat. Sed iure tamen dubitatum est eo præcipuè casu quo conuentum est, vt plus debeatur ex mutuo, quàm fuerit numeratum *l. 17. si tibi decem, S. de pactis, l.11. rogasti*, §. *si tibi*, I. *h.t. & l.9. cum vltra, C. de non numer. pecun.*

L. 3. CVM QVID.

REgula huius legis est, vt in contrahendo, quod agitur pro cauto habeatur. Cuius explicatio petenda est ex iis quæ docuimus ad vltimam clausulam rubricæ prope finem, nempè quòd vnusquisque contractus certam habeat naturam & certum ius quod lex ei dedit, certos terminos & fines, certam potestatem, certam definitionem & conceptionem propriam. Generaliter ergo in contrahendo illud cautum intelligitur quod agitur, id est, quod vi, naturâ, & potestate actus & contractus continetur, vt perinde sit, atque si nominatim expressum & linguâ nuncupatum fuisset, quæ regula in omnibus contractibus obtinet. Sed eius exemplum hîc in mutuo proponitur ex parte dantis, qui licet non dixe-

rit, vt æquè bonum sibi reddatur, non potest tamen debitor deteriorem rem reddere, quantumuis eiusdem generis sit, vt hîc dicitur *& l. 99. debitorem*, I. *de solutio.* Eo enim ipso quo mutuum contractum est, omnia quæ eius naturâ continentur veniunt, atque ideo id actum intelligitur, vt non solùm ex eodem genere, sed etiam vt eadem bonitate soluatur quâ datum est, vt hîc dicitur. E contrario quoque ex parte accipientis valet hæc regula, vt quamquam dictum non sit, res tamen eius arbitrio penitus committatur, quia ea est natura mutui *l.42. res in dotem*, quæ est de promutuo, I. *de iure dotium.* Proponam & aliud exemplum in contractibus qui consensu fiunt, nam etsi nihil verbis expressum est, tamen alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex æquo & bono præstare oportet, quia id fert natura eorum contractuum *instit. de consens. obligat. in fin.* Sed regula vitiatur in stipulatione quamquam contractus sit *l. 83. inter stipulantem, in prin. de verb. obligat. l.3. §.8. idem scribit, de peculio* I. *& l.9. certi, §.2. quoniam, h.t.* I. nam in ea quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est *l. 99. quidquid, de verb. oblig.* I. & in eo differt à cæteris contractibus, vt *in fin. d. t. de consensu obligat. instit.* Ratio differentiæ, quia stipulatio nullam per se certam naturam habet, sed pendet ex negotio contracto, id est, legem & definitionem accipit à negotio & conuentione cui additur *l. 5. stipulationum, in prin. de verb. obligat.* I.

L. 4. SI QVIS NEC CAVSAM.

REi mutuo datæ periculum ad debitorem pertinet, quia dominus factus est, & domino res sua perit *l.8. pignus, Cod. de pignerat. act.* item etiam, quia debitor generis est quod perire non potest §. *item is cui, instit. quib. mod. re contrah. oblig. & l.11. incendium*, iunctâ Glossâ C. si cert. petatur. Rei verò depositæ periculum ad eum qui deposuit pertinet §. *præterea, instit. d. t.* Hinc verò dubitatio nascitur in specie huius legis in qua depositum quidem est, sed tamen solâ occasione & causâ mutui factum, non alio proposito. Quæritur ergo cuius periculo nummi depositi futuri sunt, quamdiu non sunt in pecuniam mutuam conuersi, nam verum depositum est; conuenit enim inter contrahentes, ne crediti nomine is apud quem pecunia deposita est obligaretur, nisi prædia emisset quorum comparandorum causâ mutuam pecuniam desiderauerat; ideóque locum non habet quod dicitur *in l.9. certi, §. vlt. h. tit.* Sed & intra proprios depositi terminos & modum res stetit, vt nullo modo dici possit conuentione aliquâ immutatam fuisse contractus naturam, vt fieri potest *l. 1. §. si conuenire, l.24. Lucius, l.26. Publia*, I. *depositi.* Nihilominus tamen definitur, hoc depositum periculo eius esse qui suscepit, quia non alio proposito vel fine factum est, quàm vt pecunia fieret credita, si prædia emisset qui suscepit: quia, inquam, hoc principaliter agebatur, vt mutuum contraheretur cuius

causâ depositum factum est, non propter se, ideóque perinde habendum est, ac si mutuum statim contractum fuisset, non depositum *arg. leg. 6. si ita fuero*, §.1. *& l.7. cum enim*, I. *de nouation.* Ideo autem ponitur eum qui nummos deposuit, nec causam, nec propositum habuisse fænerandi, vt ex eo intelligatur non habuisse etiam causam vel propositum deponendi, nisi vt accipienti gratificaretur, qui pecuniam paratam desiderabat quam posset crediti nomine accipere, si prædia emisset. Itaque depositum hoc solius accipientis gratiâ & causâ factum est. At si depositor habuisset causam fænerandi, putà tutor pecuniam pupillarem *l.* 24. *tutores*, *Cod. de administr. tut. vel curat. & pecuniâ pupillari fœnerandâ vel deponendâ*, aut propositum, putà argentarius vel fænerator *l.6. fœnerator*, I. *de naut. fœn.* tunc depositum eius causâ factum intelligeretur, ac consequenter periculum ad eum pertinere, vt in simili dicitur *l.* 11. *rogasti*, *h. t.* Non interest autem vtrùm pecunia fuerit adnumerata, cùm deponeretur, an verò clusa vel obsignata, quod tamen maximè interest *l.* 31. *in nauem*, §. *idem iuris*, I. *locati*, *l.*25. *die*, §. 1. I. *depositi*; quia in nostra specie nominatim conuentum est, ne crediti nomine obligaretur qui depositum suscepit, nisi cùm prædia emisset. Et hoc depositum periculo eius esse qui suscepit probat Vlpianus à simili; nam, inquit, & qui rem vendendam acceperit, vt pretio vteretur, periculo suo rem habebit, quæ est species *d.l.* 11. *rogasti*, *h.t.* Sed magna quæstio est, an hoc & superiori themate fortuiti quoque casus periculum præstat debitor: in quo diuisæ sunt interpretum sententiæ; nam Ioannes affirmat, quem Alciatus secutus est: Azo verò negat, quem secutus Bartolus, & alij plerique. Ego Ioanni assentior cuius sententia probatur *in d. l.*11. nam ibi necesse est agi de casu fortuito, quia dicit *sine culpa*, vt Glossa hîc docet. Præterea cùm hoc depositum: solâ mutui futuri causâ factum sit, æquum est, vt periculum pertineat ad debitorem, quemadmodum si statim pecunia mutuo data fuisset, nam id tacitè inter contrahentes actum videtur. Potest enim is apud quem res deponitur periculum ex pacto & conuentione in se suscipere *l.* 5. *si vt certo*, § 1. *commodati*, I. *l.7. iurisgentium*, §. *sed & si quis*, *S. de pactis*, quod etiam licet debitori in aliis contractibus *l.*78. *fistulas*, §. *vlt.* I. *de contrah. empt. l.* 23. *contractus*, I. *de regul. iur.* Neque obstat *l.*5. *quæ fortuitis*, *C. de pignerat. actio.* nam eius exceptio est, si aliter conuentum non sit, quia contractus ex conuentione legem accipiunt *l.*1. §. *si conuenit*, I. *depositi.* Sic ergo & in hac specie locum habebit regula *l.*3. *S.* nempè, vt quod in contrahendo agitur pro cauto habeatur, hoc est, vt periculum spectet ad debitorem, quia id actum intelligitur. Quinimo & prædicta regula hic ampliatur, scilicet, vt id agi intelligatur, non tam quod palam agitur, nempè depositum ipsum, quàm quod tacitè, id est mutuum, ad quod solùm spectauit mens contrahentium. Neque tamen agetur actione ex mutuo, quia mutua pecunia facta non est, vt *in l.*9. *certi*, §. *vlt. h.t.* sed depositi, quia verum depositum est, quæ tamen actio ex tacita illa conuentione informabitur *l.* 1.

legem accipiet, l.27. nec ex prætorio, I. *de reg. iur.* Dabitur quoque condictio, vt *in* §. *seq.* explicabitur.

§. RES PIGNORI.

COndictio est actio quâ actor intendit aduersarium sibi dare oportere §. *appellamus, instit. de action.* nemo ergo rem suam potest condicere, quia dari cuiquam id intelligitur quod ita datur, vt eius fiat : res autem quæ iam actoris est magis eius fieri non potest §. *sic itaque discretis, d. t.* iure tamen singulari & in odium furum receptum, vt quis rem suam eis possit condicere *d.* §. *& l. vlt. S. vsusfruct. quemad. caueat*; quod ius ad quasi fures extendi docet *noster* §. puta si quis depositum inficiatur, id est abneget *l.* 23. *si quis inficiatus*, I. *depositi, iuncto prin. l. cum fine.* Inficiatio enim prope furtum est *l.*67. *inficiatio*, I. *de furtis.* Idem erit si quis depositum non reddat; iam enim incipit quasi fur esse qui inuito domino rem alienam contrectat. Quod etiam intelligitur si depositum perierit, eo scilicet casu quo is qui suscepit tenetur de periculo, vt proximè dixi *ad prin. huius l.* nam etsi res furtiua perierit nihilominus condicetur *l.*8. *in re*, I. *de condict. furt. l.*61. *inficiando*, §. *vlt.* I. *de furtis*, *&* §. *si tamen alienam, instit. de rer. diuisione, iuncto Theoph.* Idem quoque in re pignori data hîc dicitur, vt condici possit, postquam debitum solutum est, condictione furtiuâ, vt explicat Glossa quam sequitur Cuia. *ad d. l.* 13. aut potius quasi furtiuâ. Quamquam ergo quis hoc ipso quod depositum, pignus, vel commodatum accipit, condictione ab initio non obligetur, si tamen dolum admiserit, quia inficiatur aut reddere recusat, obligabitur ex post facto *d. l.*13. §.1. Et quamquam res eius facta non sit, sed manserit in dominio actoris, cui consequenter dari non potest quod suum est, condictione tamen tenebitur, & rectè intendetur eum dare oportere. Similiter fructus ex iniusta causa percepti peti possunt, vt hîc dicitur, per condictionem furtiuam, putà percepti à malæ fidei possessore *l.*3. *malè, C. de condict. ex lege.* Exemplum hîc ponitur in colono qui post lustrum completum fructus percepit; colonus est qui ad pecuniam numeratam prædium conduxit, qui, inquam, mercedem siue pensionem domino fundi dat pro fructibus quos suos facit, *l.*25. *si merces*, §.5. *vis maior*, I. *locati, Theoph.* §. *si quis à non domino, instit. de rer diuis.* In lustrum autem, id est, in quinquennium fiebant locationes prædiorum *l.*3. §. *cum quinquennium*, I. *de iure fisci, l.*3. §.1. *de administrat. rer. ad ciuitat. pertinent.* I. *l.*9. *si quis*, §.1. *l.*13. *item quæritur*, §.10. *qui implet, l.*24. *si lege*, §.2. *si domus*, *&* §. 4. *colonus*, I. *locati*; nam colonus si post lustrum conductionis fructus inuito domino perceperit, furti etiam tenetur *l.*67. *inficiando*, §. *vlt.* I. *de furt.* nam si ex voluntate domini, cessat condictio, vt hîc dicitur; nam furtum non est, nisi cùm inuito domino res contrectatur. Denique & ea quæ vi fluminum importata sunt, eadem condictione peti possunt, vt est *in fin. l. nostræ.* Pone exemplum *ex l.* 9. *hoc*

amplius, §.1. *de damno infecto* I. licet certum sit ita importata domini nihilominus manere §. *per alluuionem*, *instit. de rer. diuis.* Condictioni autem furtiuæ locus erit, si is apud quem importata sunt, inficietur, vel reddere recuset; nam & is qui indebitum sciens accipit furtum facit, & eadem condictione tenetur *l.*18. *quoniam*, I. *de condict. furt.* Interest autem actoris hac actione potius agere quàm pigneratitiâ, locati, depositi, aut simili *l.*16. *qui furtum*, I. quod pluribus docet Cuiac. *ad d. l.*13. *si quis inficiatus*, I. *depositi.*

L. 5. QVOD TE.

AIt, *dare oporteat.* Omnis obligatio in dando vel in faciendo consistit *l.*2. I. *de verb. obligat.* & consequenter omnis actio in personam intendit aduersarium dare aut facere oportere *l.*25. *actionum*, I. *de obligat. & actio.* quæ inter se multùm differunt *l.* 91. *si seruum*, I. *de verb. obligat.* Hîc ergo de sola dandi obligatione agitur & de sola condictione, de qua etiam titulus; hæc enim actio est, quâ intenditur aduersarium dare oportere, hoc est dominium alicuius rei transferre §. *sic itaque*, & §. *appellamus*, *instit. de action.* quod exposuimus supra ad vltimam rubricæ clausulam.

Ait, *perierit.* Intellige siue res deperierit & interierit, siue deterior facta sit *l.*108. *si seruus legatus*, §. *si seruus legatus.* I. *de legatis.* 1. *l.*30. *in ratione*, §.3. *verum*, & §. *seq.* I. *ad leg. falcid.* Sed & interiisse intelligitur, licet extet, si dari non possit, putà commercio exempta vel capta ab hostibus *d. l.*91. *in prin. vers. sed si sit*, I. *de verb. obligat.* vel alioqui quasi extincta, vt *in l.*46. *inter omnes*, *de furtis* I. & §. *cùm ex aliena*, *vers. si tamen*, *instit. de rer. diuisione*, & *l.*14. *item si cum exceptione*, §.10. *quid si*, *vers. sed etsi*, *S. quod metus causa*, vbi seruus qui est in fuga dicitur periisse. Ex quo sequitur hîc agi de obligatione certæ rei, siue speciei, id est, certi corporis, vt rectè Glossa. Aliud est dicere obligationem certi, aliud obligationem certi corporis siue rei; nam obligatio certi est etiam si non species, id est, corpus in ea versetur, sed quantitas *l.*6. *certum*, *h.t.* putà aurei decem, tritici Africi optimi modij centum, vini Campani optimi amphoræ centum *l.* 74. *stipulationum*, I. *de verb. obligat.* Obligatio verò certi corporis, vt fundus Tusculanus, homo Stichus, vt est *in eadem l.* Et de hac sola obligatione hîc agi ideo rectè sequitur, quia sola corpora interire, vel deteriora fieri possunt: quantitas autem quæ debetur perire nunquam potest, quia cùm res quæ pondere, numero, mensurâ constat, debetur, non species debetur, id est, certum corpus, sed genus *l.*2. *in prin. S. l.*42. *res in dotem*, I. *de iur. dot. d.* §. *verùm*, & *l.*11. *incendium*, *C. si certum petetur.* Quod etiam dicendum est quotiescumque genus in obligatione versatur, putà fundus sine propria appellatione, homo, id est, seruus generaliter sine proprio nomine *l.*75. *vbi autem*, *in prin. de verb. obligat.* Sed & illa quæ pondere, numero, mensurâ continentur, si non vt quantitas, debeantur, dicentur

certa

certa corpora, & certæ ſpecies, & in iis quoque obtinebit quod *in hac lege* dicitur, putà pecunia quam in illa arca, vinum quod in illis doliis, frumentum aut pondus argenti quod in illis horreis *l.* 47. *cum res, in prin.* I. *de leg.*1. *l.*108. *ſi ſeruus legatus*, §. *quæ quinque, eod.tit. d. l.*30. §. *verùm*, I. *ad l.falcid.* qualis etiam eſt pecunia depoſita in caſu *l.*4. *in prin. h.t* Sed & cùm in genere debentur, ſi oportunè creditori oblata fuerint, iam coarctantur ad ſpeciem oblatam, atque ideo perire poſſunt *l.* 72. *qui decem*, I. *de ſolution.*

Ait, *poſtea quàm per te factum erit.* Id eſt, poſtea quàm fueris in mora ſoluendi *l.*23. *traiectitiæ*, *l.*45. *is qui, de oblig. & action. l.*49. *cum filiusf. de verb.obligat.* I.

Ait, *tuum fore id detrimentum*, nempè vt tenearis nihilominus perinde ac ſi res non periiſſet *l.*82. *nemo*, §.1. *de verb. obligat.* I. *l. penult.* I. *de vi & vi armata l.* 108. *ſi ſeruus legatus*, § *ſi ſeruus legatus*, I. *de legat.*1 ac conſequenter, vt tibi res ipſa condicatur, nam eius obligatio perpetuata eſt per moram *l.*91. *ſi ſeruum*, §.2. *ſequitur, &* §. *vlt. de verb. oblig.* I. §. *cum ex aliena*, *verſ. ſi tamen, inſtit. de actio.* Sed tamen in condemnatione veniet æſtimatio & pretium; corpus enim ipſum præſtari non poteſt *l.* 3. *& l.* 8. *in re furtiua*, I. *de condict. furt.* vt rectè Gloſſa *in d. l.*8 & ſic accipio *l.* 23. *promiſſor, de pecunia conſtit.* I. æſtimatio ergo poſt moram præſtabitur *l.*39. *cum ſeruus*, §.1. *l.*47. *cum res*, §. *vlt. de legat.*1. *l.*30. *in ratione* §.4. *incertæ, ad l. falcid.* I. Cæterùm detrimenti verbo vtitur quoque *l.*12 *ſi in Aſia* §. *vlt.* I. *depoſiti.*

Ait, *conſtat*; ſcilicet inter omnes Prudentes *l.*46. *inter omnes*, *de furt. l.*5. *lex Cornelia*, §.3. *illud, de iniuriis* I. hoc enim verbo ſignificatur conſtans & conſentiens eorum definitio de aliqua quæſtione § *an ſeruo*, *inſtit. de legat.* Receptæ ſententiæ dicuntur quales Paulus libris quinque ſub eo titulo complexus eſt.

Regula ergo huius legis eſt Ad debitorem ſpeciei poſt moram periculum interitus ſpectare, vt aptè Bartolus concepit, quæ de omni obligatione dandi generaliter hîc enuntiatur, & *l.*56 *ſi is qui, de iure dot.* I à contrario ſenſu. Specialiter veró de obligatione dandi ex legati cauſa *l* 30. *cùm ſeruus*, §.1. *l.* 47. *cùm res*, §. *vlt.* I. *de legat.* 1. item ex ſtipulatu *l.* 49. *cùm filiusf. in prin. l.*82. *nemo*, §.1. *& l.* 91. *ſi ſeruum*, *in prin. verſ. ſin autem, de verb.oblig.* I. & de vtraque *l.* 23. *ſi ex legati*, *eod. tit. l.* 39. *cùm ſeruus*, *de legat.*1. *l.*12 *ſi in Aſia*, §. *vlt. depoſiti* I. Cui regulæ per contrarium conſequens eſt, vt ad debitorem ſpeciei ante moram periculum interitus non ſpectet, quæ contraria regula generaliter probatur *d. l.* 56 *in prin.* I. *de iure dot.* Specialiter verò in legato *l.*30. *in ratione*, §. 3. *verùm*, §.4. *incertè, ad l.falcid.* I. *l.*36. *Titiæ*, §. *vlt. d. l.*47. §. *vlt. de legat.*1. in fideicommiſſo *l.*22. *mulier*, §.3. *ſed enim*, *ad SC. Trebellian.* I. in ſtipulatione *d. l.* 49. §. *vlt. d. l.*82. §.1. in legato & ſtipulatione coniunctim *l.* 92. *ſi mihi*, *de ſolutio.* I. & *d. l.*23. in obligationibus autem dandi quæ ex delicto naſcuntur

interitus rei semper ad debitorem pertinet, quia ex ipso tempore delicti plus quàm fruſtrator debitor conſtitutus, & mora eſt in re ipſa *l.* 1. §. *rectiſsimè & l. pen.* I. *de vi & vi armata l. vlt. Cod. de condict. ob turpem cauſ.* Neque obſtat *l.* 14. *item ſi cum*, §. 10. *quid ſi homo*, *S. quod metus cauſa*, nam vt ibi docet Gloſſa, is qui eſt intra tempora iudicati, cui ſcilicet lex inducias ſoluendi dedit, non eſt in mora, vt ibi & *l.* 2. *&* 3. *C. de vſur. rei iudic.* & præterea pœna tripli ibi ſufficit, etiam ſi interitus rei non præſtetur, quæ eſt verior ratio quam ſolam refert Gloſſ. *in noſtra l.* Sed quæſitum eſt inter Ioannem & Martinum, vtrùm regula huius legis locum habeat, etiám ſi res eodem modo peritura fuiſſet apud creditorem, quod Ioannes affirmabat, Martinus negabat, vt Gloſſa hîc refert, quæ in Ioannis ſententiam propenſior eſt, imo & ſuam facit ad *l.* 56. *ſi is qui*, I. *de iure dot.* quam Cuiacius refellit Martinum ſecutus *ad l.* 23. *ſi ex legati*, I. *de verb. oblig.* Ego tamen Ioannem cum Gloſſa ſequi malim. Moueor quod in noſtra lege, vbi regula generalis proponitur, nulla diſtinctio adhibetur, nec in ſtipulatione *d. l.* 82. *nemo*, §. 1. I. *de verb. oblig.* vbi regula generalis proponitur & *d. l.* 91. *ſi ſeruum, in prin. verſ ſin autem, eod. tit.* nec in legato *l.* 39. *cum ſeruus*, §. 1. *de leg.* 1. quod etiam probatur *d. l.* 23. *ſi ex legati*, *de verb. obligat.* I. *& d. l.* 12. *ſi in Aſia*, §. *vlt.* I. *depoſiti*, in quibus de legato & ſtipulatione coniunctim agitur, nec in actione furti vel rapinæ, vel de vi, aut quod metus cauſa, *l.* 9. *ſubtracta*, *de furtis*, *l.* 1. *de his quæ vi metuſue cauſa*, *l.* 2. *de condict. furtiua. C. l.* 16. *qui furti*, I. *de condict. furtiua*, *& l.* 14. *item ſi cum exceptione*, §. 10. *quid ſi homo*, *S. quod metus cauſa*, Gloſſa *in l. pen. de vi & vi armata* I. nec generaliter in criminibus. Neque obſtat quod *in d.* §. *quid ſi homo*, *verſ. ſed etſi non culpa*, diſtinguitur, res peritura fuerit necne circa actionem quod metus cauſa, & interdictum vnde vi, aut quod vi aut clam; nam ibi eſt ſingularis exceptio quæ regulam confirmat, nempè ſi res pereat intra tempora iudicati, vt *in prin.* §. Ad illum enim caſum referendus eſt *d. verſ.* vt rectè Gloſſ. ibi cenſet, quod ſequitur Cuiac. *ad d l.* 23. *de verb. obligat.* quem quidem caſum reſumit Iuriſconſultus *in verſ. ergo ſi in fuga.* Ratio verò illius exceptionis eſt, quia intra tempora iudicati ceſſat & interquieſcit mora; atque ideo eius temporis periculum generaliter non pertinet ad debitorem, vt ait Cuia. *ad d. l.* 23. & nos ſupra docuimus. Sed quia in prædicto caſu obligatio deſcendit ex delicto, & debitor intelligitur eſſe in mora, ex quo deliquit, ideo temperamentum hoc æquitatis adhibetur, vt ſi res æquè peritura fuiſſet penes creditorem, non teneatur debitor, quia non eſt verè in mora intra tempora iudicati, & quia etiam graui pœnâ pecuniariâ coërcetur. Si verò res peritura non fuiſſet, vt tunc debitor teneatur, quia licet ſit intra tempora iudicati, & mora interquieſcat: verum eſt tamen eum eſſe debitorem ex delicto, ac proinde eſſe in mora ab initio delicti, quam tempus iudicati ſubleuat quidem aliquatenus, ſed non prorſus tollit, quod obſeruatione dignum. Item non obſtat quod in *d. l.* 47. *cum res*, §. *vlt.* I. *de*

*leg.*1. ſupradicta diſtinctio videtur adhiberi illis verbis : *potuit enim fundum acceptum legatarius vendere* ; non enim diſtinguit, vtrùm eſſet venditurus, vt fit *in l.*15. *item ſi cum exceptione*, §. *vlt. S. de rei vindicat.* Sed ait indiſtinctè potuiſſe eum vendere, quæ ratio etiam redditur *in l.*40. *illud, S. de petit. heredit.* hoc enim ſufficit quod potuerit vendere, vt rectè Gloſſa *in d. l.* 15. in verbo *moram*, & inſpicitur tantùm quod euenire potuit, vt ait Gloſſa *in d. l.* 47. §. *vlt.* Et obſeruandum pro varia natura obligationis modò illud tantùm attendi quod creditor diſtrahere potuerit, vt inde ſcilicet præſumatur eum fuiſſe diſtracturum ; atque ideo rem non fuiſſe apud eum perituram : modò contrà poni & præſumi, quod vtique res apud ipſum quoque fuiſſet interitura, nec attendi quod potuiſſet prius vendere *d. l.*14. *ſi plures*, §.1. *depoſiti*, I. quod non aduertit Gloſſa quæ ibi ſupplendum putat verbum *maximè* : modò denique neutrum poni, id eſt, vel quod fuiſſet diſtracturus, vel quod res apud eum quoque interitura fuiſſet, ſed diſtingui, an diſtracturus fuiſſet necne, vt proinde intelligatur, an res apud eum eſſet peritura *in d.l.*15. §. *vlt. S. de rei vindicat.* Nam varietas rei ſubiectæ varietatem æquitatis parit, quod Gloſſa oſtendit *in hac noſtra l. & d.l.*15. §. *vlt. & d.l.*41. *cum res*, §. *vlt. de legat.*1. & aliis locis in quibus Martini opinionem tuetur, quam & ſuam facit *in l.* 56. *ſi is qui*, I. *de iure dot.* Actiones enim diſtinguit, & generaliter definit, vt in actionibus in rem adhibeatur prædicta diſtinctio *d. l.*15. §. *vlt.* quia ſcilicet reus quoque de dominio contendit, itémque in actione ad exhibendum *l.*12. *de eo*, §.2. *ſi poſt*, *S. ad exhibend.* quia illa maximè propter vindicationes inducta eſt *l.*1. *ibid.* At in actionibus perſonalibus vult regulam noſtræ legis in vniuerſum valere, hoc eſt non ſolùm, ſi dari intendatur, vt in condictionibus de quibus eſt *l. noſtra*, ſed etiam ſi reſtitui ; ſic enim nominatim cenſet *in d. l.*56. *is qui*, I. *de iure dot.* quod in depoſito probatur *l.* 12. *ſi in Aſia*, §. *vlt.* I. *depoſiti*, & in dotis reſtitutione *l.*25. *ſi filiof.* §. *ſi poſt diuortium*, I. *ſoluto matrim.* Denique quod *in noſtra l.* dicitur *verſ. ſed cùm quæritur*, eò pertinet, vt ſciamus nullâ certâ regulâ definiri poſſe, an mora facta intelligatur, cùm ſit magis facti quàm iuris, & hoc iudici animaduertendum & æſtimandum relinqui *l.* 32. *mora*, *in prin. de vſur.* I. Sed admonendi ſumus diſtinguendos eſſe caſus in quibus quis ex mora tenetur ab iis in quibus ex culpa, vt ait Gloſſ. *in l. vlt.* §. 1. *de lege Rhod. de iactu* I. nam quamquam mora ſuam culpam habeat, ſeparatur tamen à culpa ſimpliciter dicta, & poteſt accidere, vt quis de rei interitu teneatur propter culpam, licet in mora non fuerit *l.*91. *ſi ſeruum*, *in prin. de verb. oblig.* I.

L. 6. CERTVM.

QVacumque actione res certa petatur, eam certò deſignare neceſſe eſt, vt videre eſt in rei vindicatione *l.6. ſi in rem*, *S. de rei vindicat.* in actione depoſiti *l.*1. §. 28. *ſi quis argentum*, & §. 29. *ſi ciſta depoſiti*, I. &

in actione furti *l. 19. in actione*, §.1. *& l. 52. si quis vxori*, §. 18. *si linea, de furtis* I. nam actionum certa debet esse intentio, quoad fieri potest *l. 2. §. deinde, S. de origine iuris.* Quod multò magis obtinet in actione quâ rem certam nobis dari oportere petimus *d. l. 6. vers. etsi vestimenta*, hoc est in certi condictione de qua hic titulus, quæ nomen inde habet, & in id comparata est, vt certum petatur *l. 9. certi, in prin. & l. 24. si quis certum, h. tit.* Certa autem res tunc designatur, cùm eius substantia, siue materia, qualitas & quantitas exprimitur *l. 74. stipulationum quædam*, I. *de verb. obligat. d. l. 6. d. §. si quis argentum, & d. l. 19.* Nec tamen necesse ista sigillatim dicere; nam sufficit rem demonstrari, vt possit intelligi *d. l. 19.* & vt dicitur in *hac nostra lege*, certum est cuius species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut eâ demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantáque sit, ostenditur. Proprium enim nomen, siue propria appellatio totam rem complectitur, sicut etiam vice nominis certa & indubitata demonstratio quæ tantumdem præstet, vt hîc probatur *& d. l. 6. vers. nec ita, S. de rei vindicat. d l. 74. & l. 75 vbi autem, in prin. & l. 106. qui ex pluribus, de verb. obligat.* I. *l. 34. nominatim, de condition. & demonstr. l. 9. quoties*, §.1. *si quis nomen, l. 58. nemo, de hered. instituend. l. 1. & 2. de liber. & postum. & l. 7. Labeo, de supellect. legat.* I. Qualitatis autem & quantitatis solùm meminit nostra lex, non substantiæ, vt *d. l. 74.* quoniam eo ipso quod speciem & quantitatem dicit, certam substantiam ponit, ideóque nihil supplendum hîc, vt putat Glossa. Species significat corpus, vt docuimus supra *ad l. 2.* in verbo *speciem*: quantitas rem quæ pondere, numero, mensurâ contineatur *l. 34. planè*, §. 2. *sed si non corpus, &* § 3. *sed si pondus*, I. *de legat. 1. & l. 94. si is cui, de solutio.* I. quæ distingui solent, vt hîc *& l. 1. §. 3. non solum*, I. *ad l. falcid.* quamquam tamen in illis quæ pondere, numero, mensurâ continentur non solum quantitatem, sed & corpus cogitare & attendere possumus *d. l. 94.* I. vt plenius docuimus *ad l. 2.* in verbo *speciem S.* Sed hæc exemplis declaranda sunt. Certa species siue certum corpus est, vt fundus Tusculanus, homo Stichus; apparet enim ex ipsa pronuntiatione & nuncupatione, quid quale & quantum sit *d. l. 74.* I. *de verb. oblig.* Substantia enim designatur, cùm dicitur fundus vel homo; qualitas, cùm Tusculanus vel Stichus; quantitas, cùm singulariter fundus vel homo: vnus enim intelligitur, non plures. Nec refert, quod non statim plenè intelligitur omnis qualitas & quantitas rei, putà cuius fertilitatis aut salubritatis fundus sit, vel cuius conditionis & iuris, vel etiam cuius mensuræ; nam sufficit quod ex nominis proprij appellatione, vel ex certæ demonstrationis pronuntiatione corpus certum designetur, cuius qualitas omnis & quantitas in rerum natura certa est, licet nobis fortè incerta *arg. §. conditiones, instit. de verb. obligat.* & quæ nobis etiam certa facilè esse potest. Item certum corpus est, vt vinum, oleum, frumentum quod in horreo est, nummi qui sunt in arca *l. 34. plane*, §. 2. *sed si non corpus, l. 47. cùm res*, §. 1. *l. 108. si*

seruus legatus, §.8. *qui quinque*, *de legat.* 1. *l.*30. *in ratione*, §. 3. *verùm*, *ad l. falcid. & l.*75. *vbi autem*, §.2. *illud*, *de verb. obligat.* I. illa enim tunc non vt quantitates, sed vt corpora spectantur. Contrà incertum corpus est, vt fundus indefinitè & sine propria appellatione, vel homo generaliter sine proprio nomine *l.*75. *vbi autem*, *in prin.* I. *de verb. obligat. l.* 1. § 3. *non solum*, I. *ad l. falcid.* non enim apparet quæ sit qualitas hominis, id est, seruii, vel quæ qualitas & quantitas fundi. Item corpus incertum est, cùm ex certis rebus res incerta debetur, putà vnus ex seruis testatoris vel promissoris indefinitè *l.*30. *in ratione*, §.4. *incertæ*, I. *ad l. falcid.* §. *incertus*, *vers. sub certa*, *instit. de legat.* Item si testator indefinitè legauerit vina sua, vestem suam, nam & tunc incertum corpus legatur, quia & aliena vina & aliena vestis in hereditate esse possunt; ideóque qualitas incerta manet *l.*85 *nuper*, I. *de legat.* 3. Quantitas verò certa est, vt tritici Africi optimi modij centum, vini Campani optimi amphoræ centum; hîc enim apparet quid quale & quantum sit *d. l.*74. *stipulationum*, I. *de verb. obligat.* Per contrarium incerta quantitas est, vt vinum frumentúmue sine qualitate certa scilicet & indubitata *d. l.*75. *vbi autem*, *in prin. de verb. obligat.* I. Quantitatem autem certam esse ponendum est, vt ibi; nam alioqui si & illa omissa sit, nulla est obligatio *l.*94. *triticum*, I. *de verb. obligat.* quia hæ res cùm in quantitate consistant, sine eius expressione esse non possunt, nisi in specie spectentur, vt corpora. Ex his apparet substantiam qualitatem & quantitatem simul & coniunctim desiderari, vt certa possit dici species, vel certa illa res quæ pondere, numero, mensurâ continetur, nec esse verum quod Cuiacius scribit ad nostram legem verbum *quid*, referendum ad speciem, & verbum *quale* ad quantitatem separatim, nec quod Glossa quæ putat quantitatem in specie non desiderari. Meritò autem dubitari potuit, an obligatio quantitatis certa dici possit, an pro ea competat certi condictio; nam quod eâ obligatione continetur, incertum corpus est, siue incerta species *l.*47. *cùm res*, §.1. *de legat.* 1. *& l.* 30. *in ratione*, §.4. *incertæ*, *ad l. falcid.* quia licet certum sit deberi frumenti putà Africi optimi modios centum, incertum tamen est, an hoc vel illud debitor daturus sit *d. l.* 75. *vbi autem*, §. 5. *qui illud*, I. *de verb. obligat.* nam generis debitor est, non speciei, id est, corporis certi *l.* 2. *S.* Sed in ea obligatione non tam inspicitur res quæ quantitate continetur, quæ incertum quidem corpus est; quàm ipsa quantitas quæ certa est *l.* 3. *obligationum substantia*, I. *de obligat. & action. & argumento vers. nec ad rem pertinet*, *instit. de reb. corporal. & incorporal.* & hoc sensu res quæ pondere, numero, mensurâ valent, id est, quæ in quantitate spectantur à corporibus certis & incertis distinguntur *l.*1. §.3. *non solùm*, I. *ad l. falcid.*

L. 7. OMNIA.

BReuis regula traditur in hac lege : Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem posse etiam numerationi pecuniæ, & ideo & conditiones. Numerationem pecuniæ hîc dicit pro mutui datione in pecunia numerata, vt *l.* 8. *&* *l.* 9. *certi*, §. 1. *quoniam h. t.* quia nummorum dãtione frequentiùs mutuum contrahitur, quamquam tamen numeratio ex alijs causis esse possit *l.* 19. *non omnis*, *h. t.* Sed quod hîc dicitur de pecuniæ numeratione, intelligendum quoque est de cæteris rebus in quibus mutuum consistit; nam in omnibus eadem ratio *l.* 14. *in contractibus, in prin. &* §. *super cæteris*, *C. de non numer. pecun.* Ratio dubitandi in eo est, quòd vnusquisque conctractus certam habeat naturam, certos fines, vt pluribus docuimus supra ad 3. clausulam rubricæ, quos scilicet egredi non debeat. Sed ratio regulæ est, quia pacta possunt nouam formam dare contractui *l.* 27. *nec ex prætorio*, I. *de diuers. reg. iuris*, *l.* 7. *iuris gentium*, §. 1. *quinimo*, *S. de pactis*, *l.* 40. *lecta*, *h. t.* Est & ratio specialis dubitandi, quod attinet ad conditionis adiectionem; cùm enim mutuum re contrahatur, vt *in prin. quibus mod. re contrah. obligat. instit.* non videbatur posse suspendi adiectione conditionis; nam cùm conditio differat obligationem in casum & euentum §. *sub conditione*, *instit. de verb. obligat.* videri posset obligationem mutui contrahi, non re & ipsâ datione quæ ante præcessit, sed ex euentu conditionis qui secutus est. Sed huic rationi satisfiet, si dicamus conditionem, & cùm semel extitit, retrotrahi, hoc est vt perinde habeatur, ac si illo tempore quo obligatio contracta est sine conditione contracta fuisset *l.* 16. *sub conditione*, *de solution. l.* 11 *potior*, *qui potiores in pign.* I. receptum ergo est vt mutui dationi conditiones inseri possint, imò & omni obligationi *l.* 44. *obligationum*, I. *de oblig. & act. l.* 9. *certi*, *in prin. h. t.* quas tamen plerique actus non admittunt palam & ipso iure *l.* 4. *seruitutes*, *S. de seruitutib. & l.* 77. *actus legitimi*, I. *de regul. iuris*, hoc autem receptum exemplo stipulationis, vt hîc dicitur, ideoque *l.* 37. *h. t*, *cum ad præsens*, *cum duab. seqq.* quæ sunt de conditionibus stipulationum, non alieno loco reposita est : quo etiam exemplo idem receptum in actione de constituta pecunia *l.* 2. *C. de constit. pecun.* neque solùm, vt conditiones inseri possint mutui dationi, sed & omnia quæ inseri stipulationibus possunt, putà dies §. *omnis*, *instit. de verb. oblig. d. l.* 2. *vers. & liceat*, vel locus, §. *loca instit. d. t. &* I. *de eo quod certo loco.* Ab stipulatione verò exemplum ductum est, quia illa præter verborum solemnitatem quæ olim obtinebat, nullam certam formam vel naturam habet, sed eam accipit à conuentione partium, atque ideo omnia suscipere in se potest *l.* 5. *stipulationum aliæ*, I. *de verb. obligat.* & cã etiam gratiã videtur excogitata, vt liberior esset contrahendi facultas quàm in cæteris contractibus qui intra suos fines continentur.

L. 8. PROINDE.

CVm receptum sit conditiones mutui dationi posse inseri, vt *l. 7. §.* consequens est eam interdum esse in pendenti, vt ex euentu conditionis confirmetur, siue ea expressa sit, siue tacita. Expressa est, veluti si dem tibi mutuos nummos, vt si nauis ex Asia venerit tui fiant, sisque tunc mihi obligatus, mutuos, inquam, nummos destinatione *argum. l. 7. dotis, in fin.* I. *de iur. dot.* neque enim nummi fiunt accipientis, nec mutui obligatio nascitur, nisi ex post facto, id est ex conditionis euentu, ac consequenter nummi manent interim numerantis, vt rectè Glossa *in nostra l.* quod fusius tractat *ad l. 16. Sub conditione,* I *de solution. ex l. 38. qui absenti,* §. 1. *si quis, de acquir. possess.* I. Et nihilominus erunt periculo accipientis, si in eius gratiam dilata sit mutui obligatio in conditionis euentum: alioqui verò periculo numerantis *argum. l. 4. si quis, h. t.* cuius tamen species ab ista distinguenda est, quia ibi nummi dantur in depositum, vt tamen ex euentu conditionis fiant mutui: At hîc non alio nomine dantur quàm mutui, vt tamen eius obligatio in conditionis euentum suspendatur. Distinguenda etiam species *l. 19. non omnis, h. tit.* nam ibi nummi fiunt statim accipientis, & ex alia causa, quàm mutui: neque deinde ex conditionis contrariæ euentu fiunt mutui, cùm non in hoc dati sint, sed promutui. Tacitæ autem conditionis exemplum subiicitur *in nostra l.* si legatam pecuniam heres crediderit, legatam, inquam, non vt quantitatem, sed vt corpus, putà nummi qui sunt in arca *l. 34. planè,* §. 1. *l. 108. si seruus legatus,* §. 8. *qui quinque, de legat. 1. l. 30. in ratione,* §. 3. *verùm, ad l. falcid.* quo sensu accipienda etiam est pecunia hereditaria legata *in l. 16. quædam,* I. *de reb. dubiis.* Nam regula iuris est, vti cùm species aliqua vel quantitas quasi corpus legata est, si legatarius eam repulerit & repudiauerit, numquam eius fuisse videatur, sed heredes retro ex die aditæ hereditatis perinde atque si legata non fuisset. Si verò non repudiauerit legatarius, retro ipsius fuisse intelligitur, ex quo hereditas adita est, & consequenter, vt dum deliberat legatarius dominium rei legatæ in suspenso sit, vt *in nostra l. vers. item si, l. 86. si tibi homo,* §. 2. *cùm seruus, l. 38. legatarius,* §. 1. *& l. 44. seruum filij,* I. *de legat. I. l. 36. nam sicut, §. ad l. Aquil. l. 15. & 16. quædam,* I. *de rebus dubiis,* & sic accipienda *l. 64. à Titio,* I. *de furtis.* Ex quo sequitur mutui dationem, vel aliam alienationem rei legatæ factam ab herede, dum deliberat legatarius, esse in suspenso, & ex post facto confirmari, nempè si legatum fuerit repudiatum: nullam verò esse, si voluerit legatarius habere legatum *d. l. 16.* I, *de rebus dubiis, d. l. 86. §. 2. cùm seruus, de legat. 1. & l. 31. similes,* I. *de testamento militis.* Et hoc est quod dicitur *in fine nostræ legis* traditiones ab herede factas, id est, alienationes ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cùm repudiatum sit legatum aut adpositum: quo in loco Pandectas Florentinas habere

adquoisitum id est acquisitum affirmat Cuiac. lib.2. obser.c.7. Sed repugnat ipsa editio Taurelij in qua aperte scribitur adpositum. Alij emendant adquisitum ex manuscripto quodam libro, vt videre est in editione Charondæ. Alij reponunt agnitum, vt Baro. Accepi ab Ioanne Costa collega nostro doctissimo Petrum Fabrum Saniorianum virum clarissimum & illustrem retinere adpositum, & interpretari adpositum ex illo loco actuum Apostolorum c.2. Et adpositæ sunt in die illa animæ circiter tria millia: quam interpretationem latina significatio verbi vix admittit, nam ibi adpositæ animæ dicuntur quæ scilicet accesserunt & adiunctæ sunt ad priores. At nos adpositum interpretamur pro eo quod legato adponi & adscribi solet, id est pro conditione *toto tit. de conditio. insertis tam legat. quàm fideicom. C. & l.1. de conditio. & demonstr.* I. nam conditio adponi & adposita propriè dicitur *l. 31. non solùm, de obligat. & action.* I. & passim, vt sensus sit idem iuris esse, siue quis ipsum legatum repudiet, siue conditionem legato adplicitam & adpositam; nam cùm legatum conditionale est, primò implenda est conditio, & deinde id agendum per quod legatum acquiri solet *l.13. ei qui, de condition. institutionum* I. Quod si legatarius conditionem adpositam implere recusat, ad petitionem legati non admittitur *l.3. C. de condition. insertis*; quod etiam de modo intelligendum est: nam & modus legatis adponi solet, vt I. *de condition. demonstrat. & causis & modis.* Nec mirum si de sola repudiatione legati vel adpositi mentio fiat in regula quæ traditur *in fin. nostræ legis*, non autem de eius agnitione & adquisitione; quia id exigit species proposita quæ est de mutuo quod ex conditione pendet, & ex post facto confirmatur: illud enim non contingeret, nisi repudiatio legati sequeretur. Sic & alibi in simili regula constituenda solius repudiationis legati fit mentio, non adquisitionis *l.36. nam sicut, S. ad l. Aquil. l.31 si miles, de testamento milit. & l.38. legatarius, §.1. de legat.1* I.

L. 9. CERTI CONDICTIO.

REgula quæ initio huius legis traditur hæc est: Licere nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio; nam si in diem sit, vel sub conditione, ante diem vel conditionem, agere non licere, nempè quia conditio suspendit obligationem, vt dictum est *l.8. S.* dies verò licet obligationem non suspendat, petitionem tamen differt *l.51. fideiuss. mandati, l.213. cedere diem,* I. *de verb. signif.* Ex omni autem contractu certi condictionem competere intelligendum est, cùm scilicet certum in ipsa obligatione versatur, vt est *in prin. l.* hoc est certa species vel quantitas, vt *l. 6. certum, S.* quod in omnibus quidem contractibus potest contingere, licet non semper contingat: quo sensu accipienda est *l. vnica, vers. sancimus, C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Concurrit ergo hæc actio cum propria actione contractus, putà cum actione mandati, negotiorum

negotiorum gestorum, pro socio & similibus, ex quibus certum peti possit *l.28. in duobus*, §. 4. *exceptio, de iureiur.* I. *l.* 12. *si quis, de nouation. l.5. de eadem, de except. rei iudic. & l.52. fideiussorem, mandati,* I. ita scilicet vt per alteram altera consumatur *d.* §. 4. *exceptio*, quia sunt de eadem re *d.l.5.* Neque tamen existimandum est, certi condictionem induere naturam actionis propriæ & proditæ ex ipso contractu *argum. l.* 20. *item veniunt*, §.4. *cùm prædiximus, de heredit. petit. S.* vbi omnes quidem hereditariæ actiones in hereditatis petitionem veniunt, sed non cum sua natura, quod tractat glossa secunda nostræ legis. Quinimo hæc condictio stricti iuris est, & certæ rei pecuniæue, quamuis plerúmque actio propria ex contractu sit bonæ fidei, ac consequenter incertæ pecuniæ, & eo ipso condictio interdum actori commodior, quàm actio bonæ fidei, vt rectè docet Cuia. *ad l.6. certum, h.t.* quod manifestiùs declarat notus ille locus Senecæ lib.3. de benefic. c.7. Quæcumque, inquit, in cognitionem cadunt comprehendi possunt, & non dare infinitam licentiam iudici. Ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quàm si ad arbitrum mittatur. Iudex est qui stricto iudicio: arbiter qui iudicio bonæ fidei addictus est, vt plerique distingunt *in prin. de action. instit.* quia illum formula includat, & certos quos non excedat terminos ponit: huius libera & nullis astricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest, & adiicere, & sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere. Quæ ratio vel sola potest dubitationi glossæ secundæ satisfacere, dum quærit, cur hæc actio fuerit introducta, cùm speciales sufficiant: quamquam sunt & aliæ rationes, vt statim *in* §.1. apparebit. Sed nec etiam existimandum est certi condictionem aliam generalem esse quæ cum aliis actionibus concurrat, aliam specialem quæ pro mutuo detur, & quæ ideo dicatur mutui actio *l.5. neque, C.quib. obiicitur longi temp. præscript.* vt Cuia. interpretes secutus docere tentauit pluribus locis, atque etiam *ad d.l.6. h.t.* Vnam enim tantùm esse certi condictionem nos pluribus supra docuimus ad vltimam rubricæ clausulam, sicut certum est vnam eandémque esse hereditatis petitionem, licet omnes hereditariæ actiones in eam veniant, vt ante dictum est: neque magis esse mutui propriam, quàm aliorum contractuum in quibus certi obligatio vertitur, licet mutui actio quandóque appelletur, vel crediti actio *l.27. seruum, de pignorib.* I. siue actio creditæ pecuniæ *l.* 12. *rescriptum*, §. 1. *de distract. pign.* I. quia nulla sit alia quæ pro mutuo competat, vt dixi ad secundam rubricæ clausulam. Denique non est credendum glossæ tertiæ huius legis, quæ putat condictionem certi competere, non solùm cùm agitur ad dandum, sed etiam cùm agitur ad tradendum citatâ *l.* 11. *ex empto*, I. *de action. empti*, quasi scilicet emptor rem emptam certi condictione petere possit, quod disertè affirmauit Cuia. *ad l.* 74. *stipulationum, de verb. obligat.* I. Nam vna & sola est condictionis intentio, aduersarium dare oportere, id est, dominium transferre, & quamquam traditionis

verbum de dominij translatione plerúmque intelligatur §. *per traditionem, de rerum diuis. instit. & l.*20. *traditionibus, de pactis C.* tamen in contractu emptionis traditio ad factum refertur, non ad effectum transferendi dominij *l.*4. I. *de vsuris.*

Ait lex, *ex omni causa.* Causa & obligatio hîc distinguntur, vt *in prin. l.*7. *iuris gentium, de pactis S. l.*14. *& an eadem,* §. 2. *actiones,* I. *de exceptione rei iudic. l.* 27. *nec ex prætorio, de regul. iur.* Rectè autem glossa secunda inter causam & obligationem ita generaliter distinguit, vt causa sit quæ parit obligationem, nempè contractus vel quasi contractus, delictum vel quasi delictum; ex ea enim causa nascitur obligatio, & ex obligatione demum actio *d. l.*7. *in prin. & l.*42. *licet,* §. *ea obligatio, S. de procuratori. l.*1. *in prin. de obligat.* §. *sequens, inst. eod. tit. l.*56. *si quis,* §. 2. *si nummos, de fideiuss.* I. Nam quòd dicitur *in prin. d. l.* 7. conuentiones quasdam, id est, contractus parere actionem, intelligendum est, mediante scilicet obligatione à qua proximè nascitur actio; hic enim ordo est, vt causa prædicta pariat obligationem, obligatio actionem; & illa causa videtur ideo appellari origo & initium *l.*9. *nec creditores, de pignor. actio. l.* 24. *instructa, de fideicom. & l.*2. *de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. C.* quamquam tamen in exercendis iudiciis contrarius ordo seruetur. Dico enim me agere contra te, quòd sis mihi obligatus ex hac vel illa causa, & sic actio præcedit, cui subiungitur obligatio, & obligationi sua causa: Et hoc sensu singulæ causæ singulas obligationes sequuntur *d. l.*14. *& an eadem,* §. 1. *actiones,* I. *de except. rei iudic.* quod ibi Glossa non intellexit. Sed cùm *in prin. nostræ l.* de solis contractibus agatur, vt verba demonstrant, & ex sequentibus apparebit, verius est, vt verbum *causæ* ad solos contractus hîc referamus, sicut etiam fit §. *vnde in his, instit. de auctor. tutor. l.*28. *in duobus,* §. 4. *exceptio, de in litem iuram. l.*11. *creditum, iuncto initio l.*12. *de verb. signif. d. l.*27. *nec ex prætorio, de regul. iur.* I. *& l.*7. *iuris gentium, in prin. S. de pactis.*

Ait, *siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto.* Contractus certos & incertos aliud esse puto, quàm contractus certi vel incerti, licet Cuia. promiscuè accipiat *ad prin. l.*7. *iuris gentium, S. de pactis,* vt ex legibus ab eo citatis apparet. Contractus enim certi vel incerti dictos existimo *in l.*1. §. 4. *debitum,* I. *de constit. pecun.* eodem sensu quo actio & obligatio certi vel incerti dici solet, hoc est certæ vel incertæ rei, vt pluribus exposuimus *ad l.*6. *certum, h.t.* quæ est sententia Glossæ *in d.*§. citatâ *l.*75. *vtri autem,*§.4. *qui id quod, de verb. obligat.*I.Contractus autẽ certos *in nostra l. & l.*18. *& vno, de acceptil.* I. quibus lex certam & propriam naturam, potestatem, definitionem & conceptionem, certos terminos & fines, certum denique ius dedisse supra probauimus ad vltimam rubricæ clausulam, hoc est contractus nominatos quorum scilicet propriæ appellationes iure ciuili proditæ sunt *d. l.*7. *iuris gentium,* qui ideo certi dicuntur, quia vel ex ipsa nominis pronuntiatione apparet, qualis quisque sit, & quid eius potestati naturaliter insit *argum. l.* 74. *stipulationum, de verb. obligat.* I. Et

contrà incertos, quorum natura incerta est, atque ex arbitrio contrahentium pendet, & quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sunt *l.3. de præscript. verb.* I. qui contractus innominati ideo appellantur. Atque ita contractus certos & incertos pro nominatis vel innominatis accipit hîc Glossa in fin. quod secutus est Cuia. *ad d. l.7. de pactis* I. quamquam eadem Glossa in princ. certos & incertos interpretari voluerit certi vel incerti, sicut & *in d. l.18. & vno, de accept.* I. Non ergo ratione rei debitæ contractus certos vel incertos accipere debemus: sed ratione naturæ eorum certæ vel incertæ; ac proinde ratione nominis certi vel incerti. Ecce enim ex incerto contractu, id est, innominato certi obligatio esse potest, vt *in nostra l.* & hinc ratio dubitandi, quia absurdum primâ fronte videtur certum ex incerto contractu peti posse. Nam vbicúmque datio versatur in contractibus innominatis, siue vtrinque, siue ex altera parte, certum in obligatione esse potest, id est, certa species vel quantitas, ac consequenter certi condictio potest competere ad repetendum quod datum est, si ex altera parte fides contractus non impleatur *l.5. naturalis*, §.1. & §. *at cum eo*, I. *de præscript. verb.* Contrà quoque ex certo, id est, nominato contractu obligatio incerti esse potest, qualis est verbi gratiâ venditoris obligatio, siue consideres traditionem quæ facti est *l.4.* I. *de vsuris*, vt docuimus supra in fine primæ notæ, ac per hoc incerti *d. l.75. vbi autem*, §.4. *qui id quod, de verb. obligat.* I. siue id quod interest, ad quod agitur, si res vendita non tradatur *l.1. de action. empti.* illud enim incertum etiam est §. *vlt. de verb. obligat. instit.* & *d. l.* 75. §. *pen. eod. t.* I. & *l. vlt. si quis in ius vocat. S.* Quid autem de stipulatione dicemus quam contractum esse docet Cuia. *ad l.* 7. *iuris gentium, S. de pactis*? incertis contractibus eam connumerandam puto, etiam si certi obligationem interdum contineat, & ex eo certi condictione agi possit *l.24. si quis certum, h. t.* & *in prin. de verb. obligat. instit.* incertis contractibus, inquam, quia nullam per se certam naturam habet, vt docuimus *ad l.3. S. ex l.5. stipulationum*, §. *conuentionales, de verb. oblig.* I. quamquam verius sit stipulationem non esse contractum, sed tantùm formam & modum contrahendi nam per se non subsistit, sed pendet ex negotio contracto, vt est *in d.* §. & *l.2* §.3. *circa, de doli & metus except.* I.

§. COMPETIT.

CErti condictionem ex omni contractu nominato vel innominato competere iam docuit: nunc gradatione quadam docet, quomodo vtilitas huius actionis irrepserit, & ad quasi contractus, & ad delicta producta fuerit; in quibus omnibus hæc fuit ratio dubitandi, quod creditum propriè nonnisi inter consentientes fieri potest, *l.32. si & me, h.t.* non, inquam, nisi ex aliquo contractu *l.1. h. t. l.10. creditores, in fin. l.11. creditores, cum prin. l. seq. de verb. sign.* I. & *no.4. de fideiuss.* §. *vlt. collat.* 1. Sed ratio

decidendi est, quia per interpretationem & latâ significatione, creditoris loco possunt accipi etiam ij quibus ex quasi contractu & quasi delicto vel delicto debeatur, vt locis proximè citatis *& l.16. si cùm fideicommissa*, §.2. *ne quis*, I. *qui & à quib. manumissi*, *& l.* 42. *is cui*, §. *creditores*, *de obligat. & act.* I.

Ait, *etiam legati causa.* Ergo ex quasi contractu, inquit rectè Glossa citato §. *si heres*, *instit. de obligat. quasi ex contractu.* Sed malè hoc restringit ad legatum rei alienæ, nisi respiciat ad ius antiquum, nam & pro re testatoris legata certum est tam condictionem quàm vindicationem competere §. *sed olim*, *vers. nostra*, *instit. de legat.*

Ait, *& ex lege Aquilia.* Ergo ex maleficio, inquit rectè Glossa. Sed non expedit, imò nec attingit quomodo certi condictio ex causa legis Aquiliæ possit competere, nam obligatio quæ ex ea lege descendit est quanti plurimi fuerit *in prin. & §. illud palam*, *de lege Aquilia*, *instit.* atque ideo incerti & à iudice æstimanda definiendáque *l.* 25. *proinde*, *S. ad l. Aquil.* Difficilis profectò nodus, qui videtur sic soluendus, vt dicamus certi condictionem competere, non ad consequendam rei æstimationem incertam quæ in intentione actionis legis Aquiliæ versatur, sed ad consequendam rem ipsam quæ certa est, hoc est hominem aliudue animal de quo actio est. Sicut enim si quis seruum quem dare promisit occiderit, perpetuatur obligatio, vt adhuc homo peti & condici possit *l.*91 *si seruum*, §.2. *sequitur*, *& §.pen. & vlt. de verb. obligat.*I. vt, inquam, homo in obligatione & petitione versetur, licet condemnatio fiat in æstimationem, vt docuimus *S. ad l.5. quod te*, *h.t.* quod etiam sentit Glossa *ad l.* 8. *in re furtiua*, I. *de condict. furt.* Similiter si quis seruum alienum vel aliud animal iniuriâ occiderit, atque ideo in leg. Aquiliam inciderit, puto eum certi condictione teneri; nam extinctæ res licet vindicari non possint, condici tamen à furibus & quibusque aliis possessoribus possunt §. *cùm ex aliena*, *vers. si tamen*, *instit de rer. diuis. & d. l.* 8. *& l. vlt.* I. *de condict. furt.* ex qua Iustinianus regulam illam videtur desumpsisse. Vt enim ex consumptione nummorum nascitur condictio, quæ tamen si extaret non daretur, sed vindicatio *l.* 13. *nam & si fur*, *l.* 14. *si filiusf. & l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus*, *h. t.* Ita quoque ex cæde serui; non alterius animalis per iniuriam occisi, vt scilicet rectè intendi possit aduersarium dare oportere ipsum hominem vel animal, licet in condemnatione & solutione æstimatio contineatur, non res, vt iam dictum est.

Ait, *sed & ex causa furtiua.* Hic quoque casus ex delicto est, quem specialiter etiam notare voluit, quia est singularis & contra communes iuris regulas, nempe vt qui dominus est possit nihilominus etiam re ipsâ extante intendere aduersarium eam rem sibi dare oportere §. *sic itaque*, *instit. de actionibus*, *l. vlt. vsufructuar. quemadm. caueat S.* nam cùm res extincta est, condici potest etiam extra causam furti, vt modò dictum est.

Ait, *sed etsi ex senatusconsulto agatur.* De hoc etiam casu potuit dubi-

tari, quia fideicomissarius non est propriè creditor, sed per interpretationem inter creditores habetur *l. 27. qui in fraudem*, I. *qui & à quib. manumissi*, *& l. 1. C. qui manumittere non possunt* & quia cùm non iure ciuili succedat, sed prætorio §. *in primis*, *& §. restituta*, *instit. de fideicom. hered.* absurdum videri possit condictionem ei dari quæ est actio ciuilis. Sed dicendum est Prætorem ciuiles actiones eis accomodare quos ipse velut heredes facit *tot. tit de possess. heredit. petit. & de fideicomiss. heredit. petit. S.* Prædictos verò casus Vlpianus hîc recensere voluit, quia maior in his ratio dubitandi. Nam alioqui verum est certi condictionem competere, vbicumque certum in obligatione versatur, siue ea sit ex contractu, vel quasi ex contractu, siue ex delicto, vel quasi ex delicto, siue ciuilis, siue prætoria; nam ex omnibus illis causis creditum fit *dictis legibus* 10. 11. 12. *de verb. significat.* I.

Ait *siue alieno*. Glossa ponit exemplum in herede, potes etiam ponere in patre vel domino; nam & his condici potest quod iussu eorum contractum à filiof. vel seruo, & quod in rem eorum versum sit *l. 29. si institorem*, *h. t. l. 17. si quis mancipiis*, §. *vlt.* I. *de institoria actione* & directò quidem condici §. *vlt. instit. quod cum eo contractum est.*

§. QVONIAM.

AIt, *siue re fuerit contractus factus*, *siue verbis*, *siue coniunctim. Re*, intellige numeratione: *verbis*, stipulatione, vt ex contextu apparet. Non autem plenamcontractuum diuisionem hîc instituit, alioqui saltem addidisset, *consensu*, vt. *l. 1. & l. 52. obligamur*, *de obligat.* I. cùm certum sit ex omni contractu certi condictionem posse competere *ex prin. nostræ leg.* Sed eorum tantùm meminit ad quos subiectæ species referuntur.

Ait, *quæ dignum habent tractatum*. Tales etiam sunt species ante relatæ. Tractatus autem est dubiæ quæstionis disputatio & disquisitio *l. 29. si fideiussor*, § 1. *mandati*, *l. 14. scio*, *de testibus*, *l. pen.* §. 2. *Iulianus*, *quod falso tutor. & l. 88. qui quadringenta*, *ad l. falcid.* I. *l. vlt. per quas pers. nob. adquir. C.*

Ait, *an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat* ? Obserua actionem à petitione distingui, vt notaui ad rubricam clausulæ secundæ

Ait, *numeraui*, id est mutua dedi, vt *tota hac l. & S. l. 1. iunctâ l. 8.* quamquam tamen numeratio ex alijs quoque causis esse possit *l 19. non omnis h. t.*

Ait., *quasi duobus contractibus interuenientibus*. Cùm pecuniâ mutuâ datâ stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed vna verborum, & vnus contractus est; quia id agitur, id est ea mens contrahentium esse intelligitur, vt sola stipulatio teneat, non autem, vt numeratione nascatur obligatio, & ea deinde stipulatione nouetur, hoc est transferatur in verborum obligationem vt fit in casu; *l. 44. obligationum ferè*, *in fin.* I. *de obli-*

gation. & actio. Quod probatur, *l. 6. si ita fuero*, §. 1. *& l. 7. cùm enim, de nouat, &*. 126. *si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus, vers. superest, de verb. obligat.* I. non enim numeratio accipientem obligat, nisi cùm id actum, *l. 19. non omnes, h. t. l.* 3. §. 1. *de obligat. & actio.* I. Ex quo sequitur, vt si id nominatim actum sit, duplex contrahatur obligatio, re scilicet & verbis, nam ex pluribus causis deberi nobis idem potest, I. 14. *& an eadem*, §. 2. *actiones, de exept. rei iudicatæ l.* 159. *&* 119. *de regul. iur.* I. & altera obligatio alteri accedere, §. *sed cum hoc, instit. quib. mod. obligat. tollitur.*

At si stipulatio inutilis sit, putà quod alteri sim stipulatus, manet mihi ex numeratione obligatio & condictio, quasi duobus contractibus interuenientibus, vno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, vt est *in nostro* §. *& l.* 3. *C. de contrab. & com. stipul.* Tunc enim non intelligitur id actum, vt sola stipulatio teneat, vt *in d. l.* 7. *de nouatio.* Sed vt numeratio quoque. Et hoc est quod dicitur, *in d.* §. *Chrysogonus, vers. superest*, illis verbis, *planè si præcedat numeratio, sequatur stipulatio*, (non inutilis scilicet, nam de ea ibi agitur, vt rectè Glossa,) *non est dicendum recessum à naturali obligatione*; id est, ab obligatione mutui, quæ licet ciuilis sit, ibi tamen naturalis appellatur, quia origine iuris gentium est, §. *ius autem gentium, instit. de iure natur.* ad stipulationis differentiam quæ tota iuris ciuilis est. Sic in specie *l.* 1. §. 2. *si seruus communis.* I. *de stipulat. seru.* Non impeditur aut tollitur obligatio mutui propter sequentem stipulationem, sed duo contractus interuenire creduntur, vnus numeratione, ex quo datur certi condictio ei cuius pecunia fuit, alter ex stipulatione ex qua datur quidem actio ei cuius nomine stipulatio facta est, sed inutilis, quia dolo exceptione repellitur; nam substantia obligationis est in numeratione, sine qua inanis & vacua est stipulatio, *l.* 7. *contra, de sc. macedon. & d. l.* 7. *de nouation.* I. Non absimili æquitate si emptionem sequatur stipulatio, datur actio ex empto in id quod actione ex stipulatu actor consequi non potest, *l.* 4. §. *vlt. de vsuris*, I. Itemque in eodem contractu pignoris quasi duplex obligatio inspicitur, altera quæ re contrahitur, altera quæ consensu, *l.* 2. *qui potiores, de Prætorio pign. & l.* 2. *de remiss. pign. C.* Neque obstat superioribus, si dixeris persequentem stipulationem licet inutilem nouari & tolli præcedentem obligationem, §. *præterea, instit. quib. mod. obligat. tollitur*; nam illud speciale est in pupillo, vt apparet ex contextu.

Ait, *idem erit.* Superior species est, cùm stipulatio & numeratio simul fiunt, aut ex continenti: hæc verò & sequentes, cùm numeratio primùm facta est, deinde ex interuallo stipulatio, *mox, vt est in fine* §. nam idem est quod, *deinde*, vt dixi *ad fin. l.* 1. *S.* In his verò speciebus cùm numeratione iam fuerit constituta obligatio, dubitandi ratio est, quod sequenti stipulatione videatur nouata; nam stipulatio sequens, & si nihil addat vel detrahat, nouare tamen solet, quia mutatur obligationis species, vt docet Theop. §. *sed si eadem, instit. quib. mod. obligat. tollitur*, sed ratio decidendi est, quia non intelligitur animus nouandi fuisse, cùm sequens

obligatio nulla sit, aut inutilis : nouatio autem non fit, nisi id actum sit. §. *sed cùm hoc, d. t.*

§. SI NVMMOS.

IN hoc §. & seq. alia est dubitandi ratio quàm in superiori. Huius speciei est. Nummos meos tuo nomine dedi mutuos, scilicet velut tuos, te tamen absente & ignorante. Quæritur, an tibi obligatio mutui, & certi condictio acquiratur : & definit acquiri, nec distinguit, vt glossa secunda, ratum habeas nec ne ; quia regula iuris ciuilis est : Licere etiam ignorantis inuitique meliorem conditionem facere, *l. 39. soluendo*, I. *de negotijs gestis*, & *l.* 53. *soluere*, I. *de solutio*. Nam *l. 4. si absentis*, *C. si certum petetur*, est de pecunia aliena quam quis nomine domini credit, & puto te mihi teneri actione negotiorum gestorum, *arg. d. l. 39.* aut si recuses pecuniam tuo nomine creditam exigere, debes mihi actionem tuam mandare; id est cedere, aut certè mihi dabitur vt illis certi condictio, *arg. d. l. 4.* vt rectè Glossa hîc. Ratio dubitandi, *in nostro* §. duplex est. Prima quòd in mutuo oportet dominum esse dantem, id est creditorem. *l. 2. §. creditum, h. t. l. 3. de obligat.* I. Altera quòd per liberam personam quæ neque iuri nostro subiecta est, neque bona fide nobis seruit, obligationem nullam acquirere possumus *l. 126. si ita stipulatus*, §. *Chrisogonus, vers. respondit*, I. *de verb. obligat.* Vt autem ratio decidendi intelligatur, ponendum est quod *in fine* §. dicitur solitum esse, & in vsu cotidiano, vt crediturus pecuniam mutuam, ab alio poscamus, vt nostro nomine creditor *meus det* futuro debitori nostro ; sic enim malo legere in Pandectis florentinis vnâ literâ restitutâ quæ abest, hoc est *det* pro *&*, quàm emendare creditor *numeret*, det, inquam, vt *in prin.* §. *& l.* 11. *nam & si, h. t.* frequens enim est nummos dare pro mutuos numerare. Vsus cotidianus hominum quasi mos quidam ius facit, vt hîc, *& l. 6. certa, in fin. de precario*, I. *l. pen. de iustit. & iure*, *l.* 13. *&* 15. *de legib. S.* vtilitas, inquit Horatius, iusti prope mater & æqui. Ille autem vsus gradatim & sensim productus, nam si meam pecuniam tuo nomine voluntate tuâ dedero, non dubitatur, quin tibi obligatio acquiratur, vt est *in contextu & l. 2. §. creditum, h. t*, nempe etiam si non poposcerim à te vt differat *à fine* §. Item si tibi debitorẽ meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi *l.* 15. *singularia, h. t.* Denique eó ventum est, vt si meos nummos tuo nomine dedero, velut tuos, absente te & ignorante, acquiratur tibi condictio mutuæ pecuniæ, vt *l. 2. C. per quas pers. nobis acquir. & in prin.* §. *nostri*, vbi dicitur, *si nummos meos*, vt casus difficilior ponatur ; nam idem multò magis erit, si tuos proprios tuo nomine mutuos dederit : Et hoc est quod dicitur, *in d.* §. *Chrysogonus* ; planè, inquit, si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram, vt nobis solueretur obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur. Iam ergo non obstat regula prædicta, *ex d.* §. *Chrysogonus, vers. res-*

pondit, quia exceptio ſtatim ſubiicitur, *in verſ. planè*, & ratio exceptionis non alia quàm vtilitas, *vt noſter* §. innuit, quæ & alia multa ſingularia in mutuo extorſit, *l.* 15. *ſingularia. h. t.* nec tamen hoc ſine aliquo colore, nam per ipſam numerationem videtur acquiſita obligatio, vt eſt, *in d. l.* 2. magis quàm per liberam perſonam. Dici etiam poteſt hoc fieri adhibitâ fictione breuis manus, quaſi tu eam pecuniam, mihi primùm credideris, & ego deinde ei cui tu nomine meo numeraſti quaſi miniſterium mihi præbens, vt dixi, *S. ad. l.* 2. §. *creditum*, in verbo *oportet dominum h. t.* & videre eſt *in d. l.* 15. *h. t.* quo etiam colore ego cuius nomine pecunia creditur, dominus eſſe intelligor, atque eâ ratione ſatis fit alteri dubitationi, vt plenius dixi, *ad d.* §. *creditum.*

§. VLT. CVM L. 10. QVOD SI ab initio.

DEpoſui apud te decem, poſtea cùm tu mutua rogaſſes, permiſi tibi vti. Quæſitum eſt an etiam ante quàm à te moueantur fiant mutua, & conſequenter periculum eorum ad te tranſeat, tibique condici poſſint; nam in omnibus caſibus *huius l.* hoc quæritur, an certi condictio ſufficiat, vt dicitur §. 2. *quoniam.* Placuit verò mutua ſtatim fieri. Ratio dubitandi, quia mutuum non nudo conſenſu contrahitur *l.* 34. *qui negotia.* I. *mandati*, ſed re, id eſt numeratione, ſiue datione pecuniæ *totâ l.* 2. *S.* & quia nemo hoc ipſo quod depoſitum accipiat, condictione obligetur *l.* 13. *ſi quis inficiatus*, §. 1. *depoſiti* I. vel de periculo teneatur *l.* 4. *h. t. &* §. *præterea, inſtit. quib. mod. re contrah. obligat.* Ratio decidendi, quia licet datio re ipsâ non interuenerit, tacita tamen creditur interuenire *arg. l.* 2. I. *pro ſocio*, ideóque pecunia depoſita in cauſam mutui conuerſa, quaſi ſcilicet videatur mihi à te reddita pecunia, & à me rurſus ex cauſa mutui ad te profecta, fictione ſcilicet breuis manus, quod in mutuo ſingulari iure receptum *l.* 15. *ſingularia h. t. & d. l.* 34. *qui negotia, verſ. nec huic, infra mandati*: ſicut & *in* §. *præcedenti.* Singulari, inquam, iure; nam quod dicitur *in d. l.* 2. I. *pro ſocio*, & *l.* 9. *qua ratione*, §. 4. *interdum*, I. *de acquir. rer. domin. &* §. *interdum, inſtit. de rer. diuiſio.* quamquam ad eandem fictionem breuis manus referendum quoque ſit, tamen in ſola traditione locum habet, non in datione, id eſt tranſlatione dominii, vt hîc, vbi longè maior ratio dubitandi; nam obſeruandum *in d. l.* 2. *& d. l.* 9. agi tantùm de ſocietate & venditione quæ conſenſu perficiuntur, & in quibus actor intendit aduerſarium tradere oportere, non dare *l.* 11. *ex empto*, I. *de action. empti, & d. l.* 2. quibus addidit Iuſtinianus donationem, *in d.* §. *interdum, inſtit de rer. diuiſ.* Quia hodie donatio ad exemplum venditionis redacta eſt, §. *perficiuntur, inſtit. de donation.* Quamquam tamen, *d. l.* 54. *qui negotia*, I. *mandati*, ſcrupulum iniiciat.

iniiciat; nam distinguit apertè casum *nostri* §. *vlt.* à casu *d. l.* 15. *h. t.* & significat *in nostro* §. esse tantùm fictionem traditionis & breuis manus, his verbis; *quia, inquit, tunc nummi qui mei erant, tui fiunt*: in casu verò *d. l.* 15. esse etiam ius singulare præter iuris rationem, illis verbis; *id enim benignè receptum est.* Cæterùm fictio breuis manus *in nostro* §. significatur his verbis; *animo enim cœpit possidere*, quibus apertè demonstratur eum qui depositum susce pit, qui antea non possidebat, sed naturaliter tenebat *l.* 3. §. *illud quoque, de acquir. possess. & l.* 38. *videamus*, §. 5. *si possessionem*, I. *de vsuris*, nunc demum animo cœpisse possidere ex tacita illa & ficta numeratione pecuniam quasi creditam, statim atque permisi illi roganti vti. Solo enim animo possessionem ciuilem acquirere possumus, si antecedat naturalis possessio *l.* 3. §. *Neratius, de aquir. possess.* I. etiam si res non sit præsens, quamquam glossa nostra dubitet; nam sufficit quod sit in potestate eius cui possessio ciuilis acquiritur, vt rectè explicat Glossa *in l.* 47. *hæc. si res*, *S. de rei vindicat.* Huic autem §. *vlt.* coniungenda est *l. sequens*, quæ est 10. in qua diuersa species proponitur; nam si ab initio cùm deponerem, inquit, vti tibi si voles permisero, vltro scilicet & non à te rogatus, pecunia credita non erit anteqã à te moueatur. Ratio diuersitatis hæc subiicitur, quoniam debitum iri non est certum, hoc est non est certum te velle eam pecuniam mutuam habere; nam crediti & debiti verbum hîc strictè pro mutuo tantùm accipitur, vt rectè Glossa. At in superiori casu certum est creditum iri, quia posteaquam pecunia deposita est, mutuam rogasti, & ego permisi tibi vti, ideoque statim animo cœpisti vt mutuam possidere. Differentia ergo inter vtrumque casum ea est, quod in §. *vlt.* rogatus permisi tibi vti: *in l. verò* 10 vltro, quod etiam Glossa sentit vtroque in loco. Et rursus differentia horum casuum *& legis* 4. *S.* quòd in istis casibus propriè depositum est, & gratiâ eius qui deposuit factum, at *in l.* 4. excedit depositi terminos, & fit gratiâ eius tantùm apud quem deponitur.

L. 11. *ROGASTI.*

QVOD dictum est *in l.* 9. *certi condictio*, §. *quoniam, h. t.* referendas esse quasdam species contractuum quæ dignum habent tractatum, an certi condictio ad petitionem eorum sufficiat, ita accipiendum est vt non solùm ad illam legẽ, sed ad sequentes etiam pertineat, in quibus tales quoque variorum negotiorum & contractuum species proponuntur circa quas idem tractatur & agitatur. Quæ autem *initio huius l.* ab Vlpiano proponitur, plana quidem est, quod ad facti narrationem pertinet, sed habet duas quæstiones. Prima, an pecunia quæ ex venditione redigitur mutua fiat ei qui rem vendendam suscepit, vt pretio vteretur: Altera, an si rem sine culpa sua perdiderit priusquam venderet, ei pereat, an illi qui vendendam tradidit. Circa primam quæstionem ratio dubitandi hæc est

quòd negotium huiusmodi sit contractus innominatus *l.* 19. *rogasti*, I. *de præscript. verb.* & longè absit à mutuo: neque enim creditor pecuniam suam numerauit, non, inquam, pecunia à creditore profecta est, sed res *l.* 2. §. *creditum*, & §. *in mutui datione*, *S. h. t.* Ratio autē decidendi, quòd licet hoc negotium sit ab initio contractus innominatus, talisque maneat, si res non fuerit vendita, aut etiam si fuerit vendita, sed pecuniam mutuam venditor non acceperit, hoc est pretium rei ab emptore; ideoque illis casibus actio præscriptis verbis detur, non certi condictio *d. l.* 19. quæ est eiusdem Vlpiani: tamen si res fuerit vendita & pretium quoque receptum, quod in nostro contextu subintelligitur; neque enim aliter venditio ad effectum perducitur §. *sed nostra*, *instit. de empt. vendit.* contractus innominatus in mutuum conuertitur, & pecunia fit credita, vt *hac l.* definit Vlpianus. Neque obest *l.* 34. *qui negotia*, *vers. respondit*, I. *mandati* vbi Africanus negat pecuniam ex alio contractu debitam nudâ pactione creditam fieri posse. Nam hîc fictio breuis manus taciam inducit traditionem, vt dictum est supra *ad l.* 9. *certi condictio*, §. *vlt. h. t.* quæ fictio sic ideo appellatur *l.* 43. *licet*, §. 1. *de iur. dot.* I. quia cùm rei gerendæ ordo desideraret, vt qui rem vendidit pretium domino redderet, ac rursus mutui nomine ab ipso acciperet, celeritate rei conficiendæ breuitatisque causâ, vt circuitus huiusmodi vitetur, vtrumque fingitur esse factum *l.* 3. §. 7. *sed si debitorem*, I. *de donation.* & *l.* 15. *singularia*, *h. t.* Non etiam obstat *d. l.* 34 *qui negotia. vers. his argumentum*, I. *mandati*, vbi Cuiacius putat Africanum ab Vlpiano prorsus dissentire. Nam vt optimè Glossa *in vtraque l.* distinguit *in d. vers.* ei cui res vendenda data erat non fuit permissum, vt pretio statim vteretur, imô qui rem tradidit, voluit ipse pecuniam ad se referendam dare deinde mutuam, vt verba ipsa demonstrant, & in hoc fallitur etiam Cuiacius qui etiam *in d. vers.* rem vendendam traditam putat, vt venditor nummis vteretur quasi credi is, quod quidem nominatim factum est *in nostra l.* & *d. l.* 19. *rogasti*, I. *de præscript. verb.* & *l.* 4. *in fin. princip.* quæ est etiam Vlpiani, quod non fuerat omissurus Africanus *in d. vers.* si id actum fuisset.

Circa secundam quæstionem quæ est de periculo rei ante venditionem, distinguit hìc Vlpianus & *in. l.* 17. *si gratuitam*, §. 1. *de præscript. verb.* I. vt si rem venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii vendendam dedisse, nam domino res sua perit *l.* 8. *pignus*, *de pigner. actio. C.* cum vtriusque gratiâ contractus interceſſerit, vt rectè Glossa. Quod si non fuit propositio hoc, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu nummis vtereris, tibi eam periisse, quod intelligendum est etiam si casu perierit, cùm in contextu dicatur *sine tua culpa*, quæ est Ioannis. sententia quam asseruimus *S. ad d. l.* 4. in cuius fine Vlpianus absolutè ait, rem esse periculo eius qui suscepit, sicut & Africanus *in d. l.* 34. *vers. his argumentum*; quia in vtraque specie non alia fuit causa rei vendendæ quàm vt is qui rem vendendam suscepit, mutuam pecuniam haberet. Et quod additur in

contextu, *maximè si sine vsuris credidi*, ita accipiendum est, vt ideni sit etiam si sub vsuris crediderim; vt rectè Glossa I. *in l.* 4. *S.* vbi manifestum est agi de fœnebri pecunia. Sed si sine vsuris, res expeditior erit, quia vsurarum conuentio coniecturam in dubio & præsumptionem aliquam induceret, me rem vendendam tibi tradidisse, non tam tuâ causâ quam meâ; atque ideo me eo proposito fuisse vt lancem venderem. Cæterùm Glossa lancem in nostro contextu scutellam argenteam interpretatur, quamquam scutellæ & lances distinguantur *l.* 19. *cum laurum*, §. 11. *&* §. 3. *argento*, I. *de auro & argento legato.* Certè lances in vasis escariis quoque habentur; & sunt vel quadratæ, vel rotundæ *l.* 6. *si in rem*, *S. de rei. vindicatio.* Non tamen dubito, quin argenteam lancem hîc accipere debeamus, nam vasa escaria argentea, vel etiam aurea, vt in magno Romanorum luxu *l.* 3 §. 1. *&* *l.* 7. *Labeo*, I. *de supellect. legata*, & Africanus *in d. pers.* argentum dixit. Denique ex hoc contextu obserua argenti & auri esse commercium in massa, quod etiam probatur *initio tit. quib. mod. re contrah. obligat. instit.*

§. SI TIBI

MVtuum re contrahitur, id est datione, sed non nisi inter consentientes *l.* 32. *si & me*, *h. t.* non ergo nisi re & consensu simul sine quo nullus est cõtractus *l.* 7. *iuris gentium*, *S. de pactis*, quâ ratione & illi contractus qui re fiunt cõsensu tamen quoque contrahi dicuntur *l.* 2. *quæ res pignori obligari possint*, *&* *l.* 2 *de prætor. pign. C.* Et hinc non aliunde pendet explicatio vtriusque casus *in hoc* §. propositi; nam si tibi dedero decem eo pacto, vt nouem tantùm debeas, non amplius debebis quàm nouẽ, quia & si decem numerati sunt, consensus tamen non intercessit, nisi pro nouem; neque tibi opus erit exceptione vllâ, nam ipso iure nouem tantùm debes, non decẽ, quia numeratio non obligat, nisi quatenus id actum est *l.* 19. *non omnis*, *h. t.* non, inquam, vltra consensum obligat & decimus nummus qui extra obligationem est, donatus intelligitur *l.* 82 *donari*, I. *de reg. iur.* Sed si decem dedero, vt vndecim debeas, amplius quàm decem condici non poterunt; nam & si consensus adsit, res tamen deficit: re autem non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit, quæ est sola huius definitionis ratio *l.* 17. *si tibi decem*, *S. de pactis*, *&* *l.* 9. *cum vltra*, *de non numerata pecunia C.* neque alia quærenda, vt facit Cuiac. *ad d. l.* 17. qui rem obscurat. Idemque de constituti obligatione dicendum est, quando scilicet mutuum vel promutuum constituitur *l.* 11. *hactenus*, §. 1. *de pecun. constit* I. Quid ergo de vndecimo nummo promisso fiet? nullo modo debebitur, neque ex mutuo, neque ex quasi donatione, neque vsuræ nomine, vt hîc rectè docet Glossa, *&* *in d. l.* 17. vbi Cuia. idem sentit. Sed nec iure non puto deberi quasi ex donatione quod tamen putat Glossa *dictis in ll.* quæ hac in re meritò ab Interpretibus reprehenditur, *vt ad d. l.* 17. notatur,

quia donatio contracta non est, sed mutuum, & *lex* 35. *si quis argentum*, §. *pen. C. de donatio.* quam citat Glossa, loquitur de vera & expressa donatione, non de præsumpta.

§. VLT. SI FVGITIVVS.

SI seruus cui concessa est peculii administratio crediderit tibi, nummi fiunt mutui, vt hîc dicitur & *S. l.* 2. §. *vlt.* Sed fugitiuus vel alius seruus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis, vt est *in nostro* §. & *l. libera*, I. *de peculio.* Quid ergo? Vindicari nummi possunt sicubi extant, aut si dolo malo desinant possideri ad exhibendum agi, vt est in contextu, *et* §. *nunc admonendi*, *Instit. quib. alienare licet*, hoc est si consumpti sint malâ fide, ab eo scilicet qui non ignorauit seruum esse fugitiuum, aut contra domini voluntatem credidisse, vel si ab eo nummi occultentur, vt docet Theophilus *d.* §. & §. *vlt. eod. tit* nam res quæ non extant vindicari non possunt §. *si tamen*, *de rer. diuis. Instit.* siue quia vindiciæ ex veteri iure non nisi in re præsenti fiebant, vt docet Gellius lib. 20. c. 9. siue quia nemo potest intendere se dominum esse rei quæ non est. Quare ad actionem ad exhibendum decurrendum est, quæ contra eum datur qui dolo fecit quominus possideret, vt *in hoc* §. & *l.* 9. *Iulianus*, *in prin.* & §. 1. *S. ad exhibendum*, cuius effectus est, vt si res non exhibeatur, reus in id quod interest actoris condemnetur, delato etiam iureiurando in litem *l.* 3. §. 2 *eod. tit.* & §. *si ad exhibendum*, *Instit. de officio iudicis.* Quod si sine dolo malo nummos consumpsisti, condici tibi à me poterunt, vt est *in fine* §. quasi mutui scilicet, quia consumptione fit promutuum, siue, vt ait Glossa, reconciliatur mutuum, vt etiam videre est *in tribus sequentibus legib.* & ita accipiendum est quod dicitur absolutè *in l.* 19. *fugitiuus*, I. *de solution.* eum qui nummos mihi subreptos acceperit quasi mutuos à fugitiuo, mihi obligari, vt ibi Glossa, in qua lege, non fit mentio actionis ad exhibendum, quia constat eum qui nummos accepit esse in bona fide, cùm fugitiuus se pro libero gereret, quæ actio ad exhibendum grauior est quàm rei vindicatio aut condictio, ideoque non datur si illæ competant, vt videre est apud Theoph. *d.* §. *nunc admonendi*, *quib. alienare licet vel non*, & §. *vlt. eod. t.* Sed contrà condictio intendi poterit eo casu quo competit actio ad exhibendum, nummis putà malâ fide consumptis aut occultatis, quia fit leuior conditio debitoris qui sola pecuniæ numeratæ datione liberatur.

L. 12. SI A FVRIOSO.

DE promutuo proposita est vna species §. *vlt. l. præcedentis.* proponuntur & aliæ *hac l.* & *duab. sequentibus.* promutuum autem est quod

quidem mutuum non est, sed quasi mutuum, quod, inquam, loco mutui habetur, & quibusdam quidem casibus statim ab initio conciliatur numeratione ipsâ vel datione, quandoque etiam consensu, vt in exemplis quæ exposuimus S. *ad l.* 2. §. 1. in verbo *in creditum ire*: aliis verò casibus non ab initio, sed ex post facto conciliatur, id est non ex numeratione ipsa, sed ex consumptione pecuniæ sequenti, putà si seruus fugitiuus aliúsue seruus pecuniam contra domini voluntatem tibi crediderit, vt *in d.* §. *vlt.* vel si pupillus suam sine tutoris autoritate §. *nunc admonendi, instit quib. alienare licet vel non*, vel si furiosus qui erat inumbratæ quietis, id est, qui primâ specie compos mentis esse videbatur, sine curatore, vt *in hac l.* quod similiter dicendum de eo cui bonis fuerat interdictum *l.* 29, *interdum*, I. *de condict. indeb.* nam ad furiosi exemplum redigitur *l.* 1. *de curatorib. furios. & aliis extra min. dandis.* vel si fur aliusue proprio nomine contra domini voluntatem, vt *in l.* 13. *h. t.* nam vbicumque vel aliena pecunia contra domini voluntatem quasi mutua datur, vel etiam propria, sed ab eo cui alienare per se non licet, certum est mutuum non contrahi, quia nummi accipientis non fiunt, qui ideo vindicari à domino possunt vbicumque extent *d.* §. *vlt. leg.* 11. *d. l.* 13. *& l.* 14. *h. t.* & *d.* §. *nunc admonendi.* Sed si bonâ fide pecunia fuerit consumpta, conciliatur mutuum, aut potius quasi mutuum *l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus, h. t. & locis S. citatis*: & vt ait Theophilus *d.* §. *nunc admonendi, &* §. *vlt. eod. tit.* quod pecuniæ numeratione effectũ non est, vt scilicet mutuum consisteret & condictione teneretur accipiens, id efficit bona fides consumentis. Obligatio ergo & actio quæ inde nascitur ex quasi contractu est, ad similitudinem scilicet mutui, vt de indebito soluto dicitur §. *is quoque, quib. mod. re contrah. obligat. &* §. *item is cui, de obligation. quasi ex contractu, instit.* quod ideo receptum est, quia aliâ ratione domino res sua salua esse non potest, vt ostendit Theophilus *dd. in locis.* Nam cùm res non extet, rei vindicatio competere non potest, inquit, quod nos docuimus *l. præcedenti*, §. *vlt.* sed neque actio ad exhibendum, cùm nec pecunia occultetur, nec malâ fide consumpta sit, vt idem subiicit, & probatur *l.* 9. *Iulianus, in prin. &* §. 1. *S. ad exhibend.* Concludit ergò, vt cùm nulla secundum iuris regulas alia actio competere ei possit, detur condictio. Requiritur autem bona fides consumentis, quia si nummi malâ fide fuerint consumpti, consumptio huiusmodi non facit mutuum siue promutuum; non enim æquum est pecuniam inuito domino alienari, non æquum est, inquam, fieri quasi mutuam, nisi cùm necessitas id exigit, quando aliâ ratione domino pecunia salua esse non potest. At cùm malâ fide consumpta est, competit ei ad exhibendum actio quæ condictione vtilior est, cùm eâ iuretur in litem & fiat condemnatio in id quod interest, vt dictum est *in l. præcedenti*, §. *vlt.* atque ideo non est necesse recurrere ad condictionem, quasi mutuo conciliato siue promutuo per consumptionem pecuniæ. Non tamen dubito, quin & hoc casu condictio domino competat, si pecuniæ

malâ fide consumptam pro mutua haberi velit & eâ actione contentus esse; nam *d. l. 19. non omnis*, §. 1. *h. t.* generaliter & indistinctè ait pecuniâ cõsumptâ condictionem dari. Neque obstat quod Theoph. solius actionis ad exhibendum isto casu meminit; id enim facit quia vt dixi, ea longè vtilior est, & verisimile non sit ita stultum fore actorem, vt omissâ vtilioti actione deteriorem optet §. *cùm autem quæritur, vers. sed et sit, Instit. quod cum eo contract. est qui in aliena potestate est.* Non tamen puto dari quoque vtilem pecuniæ vindicationem, vt putauit Cuia *ad d.* §. *nunc admonendi, in* prior. notis; nam verum quidem est dolum pro possessione esse, & eum qui dolo desiit possidere conueniri actione in rem pro possessore *l.* 25. *sed & si*, §. 6. *proinde, de petit. hereditat. l.* 24. *sin autem*, §. *sed & is, de rei vindicat. S.* Sed ea regula tunc locum habet, cùm res ipsa extat quam quis desiit dolo possidere. At si non extet, cessat vindicatio §. *si tamen alienam, instit. de rer. diuisio.* putà si pecunia consumpta sit; quamuis enim non desinat esse in rerum natura, tamen ipso vsu assiduâ permutatione extinguitur §. *constituitur, instit. de vsufructu*, id est, vt Theoph. rectè interpretatur, dum ab alio in aliuni transit quodam modo extingui censetur. Nam & si pecunia ab eo qui ius alienandi non habuit data, nondum depensa sit & consumpta: sed tamen ita mixta cum alia, vt discerni non possit, eius fit qui accepit & pro extincta & consumpta habetur *l.* 78. *si alieni*, I. *de solution.* Generaliter enim pecunia consumpta & non extare intelligitur, cùm nusquam apparet; alioqui enim etiam si ab accipiente insumpta fuerit, putà in dotem data, vel in creditum, vel in solutum: si tamen alicubi extet vindicari poterit *d.* §. *nunc admonendi, instit. quib. alienare licet vel non*, nec intelligitur consumpta, vt rectè docet Cuia. *ad l.* 81. *pater filiæ*, I. *de iure dot.* ex illa ipsa *l.* 81. *& ex l.* 19. *non omnis*, §. *vlt. h. t.* Interdum tamen, & si nummi extent, pro consumptis habentur atque ideo condictio ei qui alienos numerauit, competit, putà si domino satisfactum sit; iam enim non alienos, sed suos numerasse intelligitur *l.* 94. *si is cui*, §. 2. *sed & si fidei iussor.* I. *de solution.* Sed an necesse est eum qui bona fide pecuniam consumpsit in rem etiam suam vertisse, vt detur illis casibus condictio? Ita censet Cuia. *ad l.* 19. *non omnis, S. si pupillus, h. t.* alioqui enim non teneri eum qui consumpsit, si non in rem suam verterit & locupletior factus sit, sed malè perdiderit & prodegerit, quia hæc condictio sit exequo & bono. Et hoc quidem verum est in condictione indebiti *l.* 26. *si non sortem*, §. *libertus*, I. *de cõdict. indeb* in qua speciale est, vt rectè Glossa *in l.* 8. *cum hi*, § *si eidem, vers. sane si is, S. de transaction.* quia nihil imputari potest ei qui pecuniam malè consumpsit, quam vt sibi debitam acceperat, nihil de eius restitutione cogitans. At in aliis promutui casibus aliter dicendum puto. Neque obstat quod *in hac nostra l. & in l.* 24 *si à furioso*, I. *de obligat. & actio.* quas pro se Cuiacius citat, nominatim adiiciatur pecuniam in rem eius versam fuisse qui à furioso quasi mutuam accepisset; nam ea verba nihil aliud significant quàm pecuniam fuisse consumptam, præsumptio enim iuris est nemi-

nem facilè suas pecunias iactare & effundere *l. 25. cùm de indebito*, I. *de probation.* & prædicta distinctio an locupletior factus sit, in pupillis tantùm & similibus adhibetur §. *vlt. instit. quib. alienare licet. vel non.* At non in propositis casibus in quibus hoc tantùm requiritur bonâ fide consumptam esse pecuniam, neque inquiritur, an vtiliter consumpta fuerit §. *nunc admonendi eod. tit.* & ibi Theoph. *l. 9. obligari*, §. *pupillus, de auctor. tut. l. 17. Cassius, de solution.* I. imò sæpius nec bonæ fidei mentio fit, quasi sufficiat pecuniam quoquomodo fuisse consumptam *l. 13. nam & si fur*, 14. *si filius f.* § 18. *si ego*, 19. *non omnis h. t. l.* 81. *pater filiæ, de iure dot. l.* 56. *si quis pro eo*, §. 2. *si nummos, de fideius. l.* 14. *quod si forte* §. *vlt. de solution.* I. quia liberum sit domino pecuniam condicere, etiam si malâ fide consumpta sit, quamuis vtilius sit ei ad exhibendum agere, vt supra dictum est, & quia cùm non dominus pecuniam numerauit, cui tamen consumptione obligatio & actio acquiritur *l. 13. nam & si, & l. 19. non omnis*, §. *si pupillus, h. t.* nihil refert bonâ, an malâ fide pecunia consumpta sit; huic enim sola condictio datur, non actio ad exhibendum vt domino. Supereſt videndum quod quærit Glossa *in nostra. l.* an obligatio ex consumptione nascatur, an ex numeratione & quæ inde proficiscatur actio, an vtilis ex mutuo, vt putauit Ioannes, an condictio sine causa, vel certi condictio generalis, vt Azo. Primam quæstionem sic definit Theophilus §. *nunc admonendi, & S. vlt. instit. quib. alienare licet vel non*, vt euidenter ostendat non ex numeratione, sed ex consumptione demum obligationem nasci, dum ait bonam fidem consumentis id efficere quod pecuniæ numeratione effectum non est, quod sequitur Cuiacius *ad l. 19. non omnis*, §. *si pupillus, h. t.* & consequenter *ad l. pen. eod. tit.* ait obligationem quæ initio non constitit ex numeratione, non quidem conualescere, sed nunc primùm ex consumptione nasci & conciliari, quod verum puto.

Malè ergo Glossa quæ *in l.* 11. §. *vlt. h. t.* & passim ait his casibus obligationem consumptione reconciliari, quasi scilicet post consumptionem intelligatur valuisse ex ipsa numeratione & retroagi ad id tempus. Neque pro Glossa facit *l.* 56. *si quis pro eo*, §. 2. *si nummos, de fideiuss.* I. nam vt Cuia. rectè *ad illam l.* scribit, obligatio verè quidem ex consumptione nascitur, sed ex numeratione subnascitur, id est, aliquatenus nasci intelligitur, & tanquam à remotiori causa, quia si non præcessisset numeratio, non fuisset secuta consumptio quæ obligationem peperit. Secundam verò quæstionem ita definit Theoph. dictis in locis, vt apertè ostendat mutui siue quasi mutui obligationem nasci, ac proinde condictionem quasi ex mutuo competere; ait enim bonam fidem consumentis efficere quod pecuniæ muneratione effectum non est, vt scilicet mutuum consisteret & condictione teneretur accipiens; quod etiam sequitur Cuia. qui *ad l. pen. h. t. ad l.* 81. *pater filiæ*, I. *de iure dot. & ad l. 56. si quis pro eo*, §. 2. *si nummos*, I. *de fideiuss.* disertè scribit consumptione pecuniæ sæpe mutuum fieri & conciliari quod ab initio ex numeratione

ipsa non fuit mutuum. Attamen *ad d. l.* 81. negat dari condictionem de rebus creditis ex consumptione pecuniæ, sed condictionem quam appellat de benè depensis, quam tamen ait esse ad imitationem condictionis ex mutuo ad *l.* 23. *si cum seruum, h. t.* & quasi ex mutuo dari, non quidem ipso iure prorsus, sed ex æquo & bono *ad l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus h. t.* & esse fictitiam actionem quatenus fingit dominium transiisse in eum qui pecuniam consumpsit lib. 14. obseru. c 35. & nihilominus aliam esse condictionem ex numeratione siue ex mutuo, aliam verò ex consumptione *ad l. pen. h t.* quo in loco ait hanc à veteribus Iurisconsultis dictam esse condictionem de bene depensis, id est, vt ipse interpretatur, de nummis bonâ fide consumptis, idque se ex Græcis didicisse, nullo nominatim citato. Non tamen dubito, quin à Græcis ita vt ille refert scriptum fuerit; nam in testimoniis citandis religiosissimus est. Sed valde dubito, an vsquam condictio de bene depensis à veteribus iurisconsultis Romanis fuerit appellata, cùm nullum huius appellationis vestigium in toto corpore iuris extet, vel in aliis antiquorum iuris libris. Et certè verisimile est à Græcis Iurisconsultis post Constantinopolim conditam & illuc imperii sedem translatam talem appellationem fuisse excogitatam; nam etiam Constantinopoli longo tẽpore ius vt plurimũ Romanæ linguæ sentiebatur, reddebatur, & docebatur vt Latini nostri interpretes noua iuris vocabula procuderunt facilioris doctrinæ causâ, vt ipsi arbitrabantur: sic Græcos fecisse probabile est; nam actionem quadrupedariam dixerunt Græci interpretes nouo vocabulo lib. 60. basilicon tit. 2. quæ vulgò actio noxalis de pauperie appellatur. Et memini me iam olim in paratit. D. admonuisse condictionis triticariæ appellationem ab ipsis quoque proditam videri, vt quæ vno tantum Digestorum loco reperiatur. Sed vndecunque appellatio ista condictionis de bene depensis manauerit, non puto illis verbis significari pecuniam bona fide consumptam, sed vtiliter depensam; nam probatum est supra iuris eam esse præsumptionem, vt in rem consumentis pecunia versa semper intelligatur, nec omni casu bonam fidem consumentis requiri, & Iustinianus *in* §. *vlt. quib. alienare licet vel non instit.* malè consumptum dicit siue malè impensum, vt Theophilus interpretatur, non quod malâ fide impensum est, sed quod malè perditum & non vtiliter expensum. Non etiam puto hanc condictionem quæ ex consumptione nascitur aliam esse quàm illam ipsam certi quæ pro mutuo competit; nam id apertè docet Theophilus *d.* §. *vlt. &* §. *nunc admonendi, eod. tit.* & iam monuimus *ad initium legis* 11. *S. hoc toto titulo de certi condictione* ex mutuo vel ad eius exemplum agi. Docuimus etiam ad vltimam rubricæ partem non duas esse certi condictionis species, aliam specialem, aliam generalem, sed vnam solam esse condictionem certi cuius semper eadem sit & simplex intentio, aduersarium dare oportere, neque eam magis esse propriam obligationis ex mutuo quàm alterius cuiuscumque in qua certum versetur, diuersis tamen appellationibus distingui pro

varietate

varietate causarum vnde proficiscitur, sicut & condictionem incerti, quod hîc fusius explicare necesse est. Nam si ex mutuo datur, mutui actio specialiter dicitur *l. 5. neque mutui, C. quib. non obijcitur longi temporis præscriptio*, vel communi nomine condictio : si ex causa indebiti soluti datur, condictio indebiti appellatur, quæ tamen eadem est actio cum illa quæ datur ex mutuo *l. 4. §. is quoque*, I. *de obligat. & action. §. item is, de obligation. quasi ex contractu, & §. is quoque, quib. modis re contrah. obligatio, instit.* Item si ex causa furti competit, condictio furtiua cognominatur : si occasione nouæ legis, condictio ex lege : si ea res cuius æstimatio variare possit condicitur, condictio triticaria nuncupatur, à tritico scilicet pro cuius petitione ea actio frequentatur. Simili quoque formâ cognominatæ sunt codictio causâ datâ causâ non secutâ, condictio ob turpem vel iniustam causam, & condictio sine causa, quæ omnes propriis titulis hoc libro exponuntur. Denique eadem ratione puto condictionem quæ ex consumptione datur, de bene depensis à quibusdam fuisse appellatam, distinctionis scilicet & facilioris doctrinæ causâ. Et vt variæ sunt appellationes condictionum, sic & in vnaquaque est aliqua diuersitas pro varietate causæ & rei subiectæ, quæ ab aliis distinguatur & differat, non tamen quæ varias species faciat ; neque enim naturâ differunt, sed modis & circunstantiis quibusdam. Iam verò ex superioribus facilè est definire hanc condictionem quæ ex consumptione nascitur non esse vtilem, vt voluit Azo, sed directam. Nam licet quasi ex mutuo & ad eius similitudinem detur, eadem tamen est actio quæ mutui, id est, certi condictio, sicut & indebitæ pecuniæ solutæ condictio, vt supra docuimus. Quia quod ex aperta legis mente venit ad ipsa lege proficisci intelligitur, & ipso iure valet ac directo fit *tit. de legit. patron. tut. instit.* Rectè ergo Cuia. qui *ad d. l. 23. si eum seruum, h. t.* ait condictiones quæ sunt ad exemplum mutui esse ciuiles, non prætorias : Potuit etiam addere esse directas, & non rectè *ad l. 19. non omnis, §. si pupillus, h. t.* vbi putat condictionem illo casu dari quidem quasi ex mutuo, non tamen ipso iure prorsus, sed ex æquo & bono.

His generaliter expositis quæ vsui erunt ad plures alios iuris & huius tituli præsertim locos, veniamus iam ad contextum *nostræ l. 12.* Ait, *quasi mutuam*, sic *l. 24. si à furioso*, I. *de obligat. & action.* quia numeratione mutuâ non fit, id est, non fit accipientis §. *nunc admonendi, & §. vlt. instit. quib. alienare licet vel non.*

Ait, *in rem tuam versa fuerit.* Sic *in d. l. 24.* id est, consumpta, vt appareat ex fine vtriusque legis ; nam quæ consumpta est præsumitur in rem versa, vt ante docuimus ; quod puto significari *l. 19. non omnis, §. si pupillus, h. t.* illis verbis, *intelligitur ad eum qui accepit peruenisse.* Quinimo etsi pecunia non fuerit ab accipiente consumpta, sed casu perierit, puto condictionem dari quasi ex mutuo *arg. l. 11. incendium, C. si certum petetur.*

Ait, *nam ex quibus causis.* Regula huius legis est : Etiam furioso condi-

ctionem ex consumptione pecuniæ acquiri, siue propriam, siue alienam numerauit; quæ regula probatur etiam *d. l.* 24. I. *de obligat. & action.* quæ huic nostræ compar & *l.* 29. *interdum* I. *de condict. indebiti.* Ratio dubitandi, quia mutuum non nisi inter consentientes esse possit *l.* 32 *si à me, h. t.* ac consequenter nec promutuum: furiosi autem nullus sit aut intelligi possit consensus. Ratio decidendi, quia ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex jisdem etiam furioso acquiri possunt, vt hîc dicitur & *d. l.* 24. *& instit. de hæreditatib. quæ ab intest. defer.* §. *ij autem*, vbi Theoph. ait esse regulam vniuersalem. At etiam ignorantibus actiones personales acquiruntur, ergo & furiosis *l.* 16. *filiusf.* I. *qui testam. facere possunt*, quod & in mutuo & in promutuo videre est; nam condictio ex mutuo etiam ignoranti acquiri potest *l.* 9. *certi*, §. *si nummos, h. t.* Item ex consumptione; pupillo enim acquiritur *l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus, h. t.* qui ignorat omnia *l. vlt.* I. *rem pupilli saluam fore.* Prædicta autem regula pluribus exemplis illustratur *d. l.* 24. *de oblig. & action.* I & ad eum extenditur qui post numerationem furere cœperit, vt etiam *in nostra l.*

Ait, *deinde seruus in rem domini id verterit.* Hoc casu necesse est versum vtiliter in rem domini, quia is aliter non teneretur: seruus autem etiam si consumpserit, ipse obligari ciuiliter non potest *l.* 14. *serui*, I. *de obligat. & action.*

Ait *condici furiosi nomine posse*, domino scilicet, quod Glossa intelligit de condictione ex mutuo, id est, quasi ex mutuo de in rem verso quæ est actio Prætoria. Sed addere etiam debuit directam ipsam condictionem ex consumptione contra dominum competere, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset §. *vlt. instit. quod cum eo contract. est qui in aliena potest est*, vt rectè Cuia. *ad d. l.* 24.

L. 13. *NAM ET SI FVR.*

SI dominus qui alienandi potestatem non habeat, suam pecuniam quasi mutuam numerauerit, eâ bonâ fide consumptâ certi condictionem habet, putà pupillus sine tutoris auctoritate *l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus h. t.* §. *nunc admonendi, instit. quib. alienare licet vel non*, vel furiosus, vt *l. præced. & l.* 24. *si à furioso*, I. *de oblig. & action.* vel is cui bonis interdictum est *l.* 29. *interdum* I. *de condict. indeb.* quod necessitas extorsit, cùm alia actio illis casibus domino pecuniæ non suppetat, vt ante docuimus ex Theoph. *d.* §. *admonendi.* Item si seruus fugitiuus subreptam domini pecuniam, aliusue seruus contra domini voluntatem pecuniam eius quasi mutuam crediderit, eâ bonâ fide consumptâ certi condictionem habet dominus *l.* 11. *rogasti*, §. *vlt. h. t. & l.* 19. *fugitiuus*, I. *de solution.* sicut etiam pater cuius filiusf. pecuniam contra eius voluntatem crediderit *l.* 14. *si filiusfam h. t.* nam ratio vnionis quæ per potestatem

contingit, facit vt idem sit ac si dominus vel pater credidisset, nam & his facto serui vel filiif. acquiritur *l. 79. placet*, I. *de acquir. vel omitt. heredit.* Sed si extraneus alienam pecuniam proprio nomine crediderit quasi suam longè maior dubitandi ratio; nam huic quoque consumptione pecuniæ condictio acquiritur, quod duobus casibus contingere potest qui *hac. l.* 13. continentur. Primus est in eo qui alienam pecuniam quam suam existimabat bonâ fide crediderit. Alter est in fure qui subreptam pecuniam credidit. In vtroque autem definitur consumptâ pecuniâ condictionem ei qui numerauit competere; nam regula est, eum omnino qui alienam pecuniam credendi causâ dat, consumptâ eâ habere obligatum illum qui acceperit *l.* 19. *non omnis*, §. *si pupillus*, *h. t.* quod in eo qui bonâ fide quasi suam numerauit probatur *hac l. vers. vnde. Papinianus*, *l. præcedenti in fin. & d.* §. *si pupillus*, *h. t. & l.* 24. *si à furioso*, *in fin. de obligat. & action.* I. & in fure *in prin. huius leg. & l.* 78. *si alieni*, *& l* 94, *si is cui*, §. *sed & si fideiussor*, I. *de solution.* Ratio in vtroque casu hæc videtur, quia generaliter condictio quæ ex consumptione datur non aliâ ratione nititur quàm quod facto numerantis intelligatur pecunia quæ consumpta est ad accipientem peruenisse *d. l.* 19. §. *si pupillus*, *h. t.* hoc est quod factum ipsum numerationis habeatur pro mutuo à tempore consumptæ pecuniæ & vt non attendatur, an is qui numerauit fuerit dominus, sed pro domino intelligatur post pecuniæ consumptionem, vt hoc colore certi condictio ei dari possit, cùm nulla alia competat, vt dixi supra *ad l.* 12. quod lex nostra satis innuit; non enim ibi cogeretur per partes condicere, si esset aliqua actio per quam totam summam consequi posset. Datur quoque interdum certi condictio etiam si pecunia consumpta non sit, putà si fur aliusue qui numerauit pecuniam, satisfecerit domino, nam ab eo tempore pecunia eius fuisse intelligitur *d. l.* 94. *si is cui*, §. *sed & si fideiussor*, *de solution*. I. Sed an cùm fur aliusue extraneus contra domini voluntatem alienam pecuniam credidit, post consumptionem pecuniæ dabitur certi condictio, non solùm ei qui pecuniam numerauit, verùm etiam ipsi quoque domino? Et putat Glossa vlt. *ad l.* 78. *si alieni*, *de solution.* I. dari domino certi condictionem, quando quis sciens alienam pecuniam numerauit, quamquam de eo dubitari meritò possit, cùm pecunia neque ab ipso, neque eius nomine, neque ab eo qui in eius potestate esset fuerit numerata. Certè furti actionem vel condictionem furtiuam contra numerantem habet *d. l.* 48. *& d. l.* 94. §. *sed & si fideiußor.* Quin etiam poterit eum cogere, vt sibi cedat certi condictione *l.* 2. *C. si certum petatur.* Proponitur & altera regula *in prin. huius legis*, nēpe eum qui alienam pecuniam bona fide quasi mutuam dedit, posse eam per partes condicere, si per partes consumpta sit, & alienos nummos fuisse admonitus sit, ipse scilicet qui pecuniam numerauit; sic enim procul dubio contextus accipiendus est quem ad eum qui pecuniam accepit Glossa malè detorquet: & illa verba, *si admonitus* interpretatur pro *quia admonitus*, hoc est *si* pro *quia*, quæ tamen pro conditione accipienda sunt; si enim is qui

pecunia numerauit adhuc putet suam fuisse, non poterit diuidere petitionem neque per partes condicere. Nam cùm obligatio pariat actionem *l.* 42. *licet* §. *ea obligatio S. de procurator.* Necesse est tantùm esse in actione quantùm in obligatione, & si quis minus petat quàm sibi debetur, malè agit, nisi fortè errans id facit, & errorem suum eodem iudicio corrigat §. *si minus, instit. de action.* & aliud petit quàm quod sibi debetur *argum.* §. *præterea, de inutilib. stipul. instit. & l.* 5. *diligenter,* I. *mandati.* Adde quod obligatio tota in iudicium deducitur *l.* 23. *si ex duobus,* I. *de peculio.* Et hinc ratio dubitandi petenda est *in nostra l.* quia etsi admonitus fuerit alienos nummos fuisse, non videtur tamen posse condicere per partes, sed potius debere spectare, vt tota pecunia consumatur; nam quamquam hoc casu ex consumptione nascatur obligatio, refertur tamen ad factum numerationis *l.* 19. *non omnis,* §. *si pupillus, h. t. & l.* 56. *si quis pro eo,* §. *si nummos, de fideiuss.* I. ideoque vniuersa summa quæ numerata est in actionem videtur deducenda. Sed ratio decidendi est, quia non potest ei imputari si non totam pecuniam condicat, cùm non sit tota consumpta, neque æquum sit eum spectare, vt tota consumatur, cùm iam fuerit admonitus alienam fuisse. Sic contrariâ æquitatis ratione qui totam summam petit, cogitur interdum partem quæ offeratur accipere, & reliquum persequi *l.* 1. *quidam, h. t.* Sequitur ergo nullam aliam actionem ei qui numerauit alienam pecuniam posse competere præter condictionem ex consumptione; nam si alia competeret, non opus esset actionem diuidere sed totam summam simul petere; quod enim dicitur *in l.* 15. *indebiti,* §. 1. *de condictio. indeb.* I. condictionem indebiti competere ei qui alienos nummos indebitos soluit, vt vel possessio eorum reddatur, non potest locum habere in nostro casu. Ratio differentiæ, quia verum est indebitum solutum esse & inde obligationem nasci non modò si dominium fuerit translatum, sed etiam si possessio; ideoque & pro possessione condictio indebiti competit, nam possessio quasi naturale dominium *l.* 1. *de acquir. vel amitt. possess.* quod dari oportet rectè intenditur, cùm & ipsa indebiti condictio naturalis sit *in prin. d. l.* 15. At verum non est mutuum vel quasi mutuum contractum esse, cùm sola possessio data est; nam mutuum in iis tantùm rebus consistit quæ pondere, numero, mensurâ continentur; ideoque certi condictio non potest competere nisi dominio pecuniæ per consumptionem translato. Sed neque indebiti condictio hoc casu dari potest, quia pecunia non quasi debita soluta est, sed quasi mutua data. Sed nec condictio sine causa, vt rectè Glossa nostra in verbo, *consumpseris.* Quid ergo fiet de parte pecuniæ non consumptâ? Certè dominus pecuniæ eam vindicabit *l.* 11. *rogasti,* §. *vlt. S.* Quod si pecunia malâ fide fuerit consumpta ei dabitur ad exhibendum actio, vt *eod.* §. licet & ipse qui numerauit habeat certi condictionem: sed præferetur dominus *arg. l.* 1. §. 2. *si seruus communis,* I. *de stipulat. seruor.* nam & potest cogere eum qui pecuniam ipsius mutuam dedit, vt sibi cedat certi condictione *l.* 2. *C. si cert. petet.* vt ante dictum est.

AD L. 38.

FRATER A FRATRE

D. DE CONDICTIONE INDEBITI.

INDEBITI Condictio est repetitio eius quod per facti errorem & ignorantiam, soluendi causa datum est, cùm non deberetur §. *item is cui, instit. de obligat. quasi ex contract. l.* 1. *& l.* 65. *in summa, h. t. l.* 1. *C. eod. tit. l.* 53. *cuius per errorem,* I. *de reg. iur. & l.* 10. *cum quis, C. de iur. & fact. ignor.* Quæ actio ex interpretatione profecta est, vt rectè Gloss. *d.* §. *item is cui,* in verbo, *obligatur.* Nam qui soluendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quam contrahere §. *is quoque, instit. quib. mod. re contrah. obligatio,* ac consequenter si strictam iuris rationem sequamur, nullam actionem habet. Verùm ex æquo & bono hæc condictio introducta est *l.* 66. *hæc condictio, h. t.* hoc colore quasi contractus interceſſerit, hoc est quasi is cui indebitum datum est mutuum accepisset *d.* §. *is quoque, & d.* §. *item is cui,* vt quamquam aliud actum sit, tacitè tamen quasi mutui obligatio ex benigna interpretatione nascatur *l.* 13. *is qui commodatum, in fin.* I. *commod.* & eo ipso quod indebitum datum est, negotium contractum intelligatur I. Quare vt ex contractu mutui nascitur actio quæ vocatur condictio, vt est *in prin. d. t. quib. mod. re contrah. obligat.* ita & ex hac causa datur condictio quæ indebiti appellatur : Indebitum autem intelligimus quod ne naturâ quidem debeatur ; nam si vel naturalis obligatio subsit, cessat repetitio *l.* 13. *naturaliter, l.* 41. *quod pupillus, l.* 60. *Iulianus, & l.* 64. *si quod dominus, h. t.* Cùm enim hæc condictio naturali æquitate nitatur, ideoque naturalis esse dicatur *l.* 14. *nam hîc natura, & l.* 15. *indebiti, h. t.* consentaneum est eum qui ea vti velit, naturalis obligationis æquitatem agnoscere, quæ soluti retentionem parit & agentis petitionem contrariâ æquitatis exceptione submouet *l.* 51. *ex quibus, h. t. l.* 10. *naturales* I. *de obligat. & l.* 16. *fideiussor,* §. 2. *fideiussor,* I. *de fideiuss.* naturalis enim debiti præstatio donatio non est sed solutio *l.* 19. *hoc iure,* §. *pen. de donat.* I. *l.* 81. *donari, l.* 53. *cuius, de reg. iur.* I. Ideoque frequens obligationis naturalis hoc titulo mentio, de qua etiam totâ hac nostrâ lege. Quare ante omnia diligenter exquirendum vnde & quid ea sit, quæ disquisitio difficilis admodum ; nam ipsa eius appellatio innuere videtur eamesse *ex iure naturali, quod* omnium animantium commune est, quod apertè etiam videtur dicere *l.*

64. *ſi quod dominus, h. t.* Vt enim, inquit, libertas naturali iure continetur, & dominatio ex iure gentium introducta eſt, ita debiti vel indebiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt : quibus verbis hoc velle videtur obligationē naturalem ad ius naturale eſſe referendam, quo omnes homines æquales ſunt, id eſt liberi *l.* 4. *manumiſſiones, S. de iuſtit. & iure, & l.* 32. *quod attinet,* I. *de reg. iuris* : non autem ad ius gentium quo ſeruitus inuaſit *d. l.* 4. At contrà certum eſt omnes obligationes ex iure gentium fuiſſe inſtitutas, paucis admodum exceptis quæ ſunt à iure ciuili *l.* 5. *ex hoc iure, S. de iuſtit. & iure* §. *ius autem gentium, Inſtit. de iure natura. gent. & ciuili,* quod diſertis verbis pronuntiat *l.* 84. *cùm amplius,* §. 1. I. *de reg. iur.* Is, inquit, naturâ debet quem iure gentium dare oportet cuius fidem ſecuti ſumus. E diuerſo hæc quæ dicitur naturalis obligatio ex mero iure ciuili eſſe videtur. Vt enim debitor, vel ſeruus domino, vel dominus ſeruo intelligatur, ex cauſa ciuili computandum eſſe ait *l.* 49. *non ſolum,* §. 1. I. *de peculio.* Cauſa autem ciuilis obligationem ciuilem producit & actionem *l.* 7. *iuris gentium, in prin. verſ. ſed & ſi, S. de pactis.* Sed etſi, inquit, in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa, hinc naſci ciuilem obligationem. Illa verò tanta varietas arguere videtur originem obligationum nullo certo iure ſed opinione conſtare, & modò iuri naturali, modò iuri gentium, modò ciuili pro arbitrio aſcribi : quod certis etiam teſtimoniis confirmari poſſe videtur. Nam *in l.* 129. *ſi ita ſtipulatus* §. 2. *Chruſogonus,* I. *de verb. oblig.* mutui obligatio naturalis vocatur quam tamen iuris gentium eſſe conſtat §. *ius autem gentium. Inſtit. de iure natur.* Item *in l.* 8. *an inutiles, in fin.* Hoc iure, inquit, vtimur, vt iuris gentium ſit acceptilatio, quaſi id ex vſu pendeat & arbitrarium ſit, cùm tamen certum ſit iuris ciuilis eam eſſe. Sed & Theophilus *in* §. 1. *de fideiuſſ.* generaliter ſcribit ſtipulationum alias eſſe naturales, alias ciuiles, licet nemo ambigat, quin verborum obligatio ſit merè iuris ciuilis. Denique ex iuris ciuilis intellectu & ſenſu videtur pendere, quæ obligatio naturalem præſtationem habere dicatur *l.* 8. *eas obligationes, S. de capit. minut.* imò etiam, an ſit, vel non ſit naturalis obligatio, vt videre eſt in pupillo quem ſine tutoris autoritate obligari naturaliter negant *l.* 59. *pupillus, de obligat. & act.* I. *l.* 41. *quod pupillus, h. t.* contrà verò naturaliter obligari affirmant *l.* 1. *de nouat. l.* 64. *ſi eius pupilli, ad ſc. Trebell. & l.* 21. *ſi pupillus, ad l. falcid.* I. Quinimo hæc naturalis obligatio non iuris eſſe videtur, ſed potius facti *l.* 41. *nec ſeruus,* I. *de peculio,* ita vt admodum difficile ſit liquidò dicere, vnde ea naturalis obligatio proficiſcatur : nec minùs difficile definire quid ea ſit. Nam Cuiacius ad hanc noſtram legem ita definiendum putat, vt ſit ſolius æquitatis vinculum quod ſoluendi neceſſitate non aſtringit *ex l.* 95. *ſtichum,* §. *naturalis, de ſolut.* I. quaſi ſcilicet nullo iuris vinculo; ſed ſolo pudore contineatur; quod Theophilus etiam apertè docet §. 1. *de fideiuſſ.* vbi ait naturales obligationes ſiue ſtipulationes eſſe, quæ neque actionem pariunt, neque ad condemnationem proficiunt. At contrà naturalis obligatio ſoluendi neceſſitatem

habere videtur; nam *in d. l.* 84. *cùm amplius* §. 1. *de reg. iur.* I. dicitur eum naturâ debere quem iuregentium dare oportet: notum est autem verbum *oportere*, potestati & facultati opponi & necessitatem significare *l.* 1. §. 5. *quod in sententiis, quando appelland. sit & l.* 37. *verbum oportere, de verb. signif.* I. Deinde certum est naturales obligationes quasdam esse, quæ actionem pariunt *l.* 10. *naturales, de oblig. & action. l.* 16. *fideiussor de fideiuss.* I. quod de merè naturalibus & quæ ciuilibus opponuntur intelligendum esse verba ipsa palam innuere videntur *in d.* §. fideiussor, inquit, accipi potest quoties est aliqua obligatio ciuilis vel naturalis cui applicetur; & subiicit continuò: naturales obligationes non eo solo æstimamus si actio aliqua earum nomine competit, verùm etiam cùm soluta pecunia repeti non potest, vbi rectè Glossa: innuit, inquit, quòd aliquando nascitur actio ex naturali obligatione sola. Denique si admittamus naturalem obligationem dici quæ sit iuris gentium *ex d. l.* 84. *cùm amplius*, I. *de reg. iuris*, nulla obligatio naturalis esse videbitur, quæ etiam ciuilis non sit, & actionem non pariat. Nam obligationes omnes quæ sunt ex iure gentium, contractus sunt, vt apparet *ex* §. *ius autem gentium, de iure natur. Instit.* collato cum *d. l.* 5. *ex hoc iure, S. de Iustitia & iure.* At contractus omnes iurisgentium siue nominati, siue innominati ciuilem obligationem continent, & actionem producunt *l.* 7. *iurisgentium, S. de pactis.* Vt verò eas omnes turbas componamus, paucæ regulæ sunt nobis proponendæ, & breuiter exponendæ. Prima est: Nullam omnino esse obligationem ex iure naturali; quæ facilè probatur ex definitione tam obligationis quàm iuris naturalis. Nam obligatio in genere est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ; quod enim additur, *secundum nostræ ciuitatis iura, in prin. de obligat. Instit.* ad ciuilem obligationem specialiter pertinet. At iure naturali omnia omnium communia sunt, & sola possessio cognita, non dominiorum distinctio quæ est à iure gentium *d. l.* 5 *ex hoc iure, l.* 1. *de acquir possess.* I. Quare cùm illo iure nihil sit proprium, non potest etiam quis obligari necessitate alicuius rei soluendæ, Ius autem naturale definitur, quod natura omnia animalia docuit; cùm ergo nulla obligatio inter reliquas animantes esse possit, ergo nec inter homines illo iure: quo argumento rectè vtitur Glossa *ad d. l.* 5. obligationem enim in iure propriè intelligimus quæ sponte & voluntate contracta sit *d. l.* 84. *cùm amplius de reg. iuris*, I. & *l.* 5. *sicut, de obligat. & action.* ex quo sequitur instinctum qui à iure naturali est sobolis procreandæ & alendæ, non esse obligationem, vt rectè eodem loco sentit Glossa, nisi quis obligationem abusiuè accipiat, vt cùm dicimus nos lege obligari, cùm præceptis legis obtemperamus *l.* 52. *obligamur*, I. *de obligat. & action.* quo sensu obligationem dicimus pro iussu & imperio iuris. Quod verò eadem Glossa subjicit de gratia & beneficio rependendo, id ad ius naturale non est referendum, sed ad ius gentium, vt ipsa agnoscit *ad l.* 22. *si non sortem*, §. 12. *libertas*, in verbo

natura h. t. & nos dicemus I. Secunda regula est: Omnem obligationem ex iure gentium esse vel ciuili *l. 5. ex hoc iure, S. de iustit. & iure, §. ius autem gentium, Instit. de iure natur.* quod ita intelligendum, vt quæ ex iure gentium obligatio est, eadem & naturalis *d. l. 84. cum amplius*, I. *de regul. iur. & l. 47. indebitam, h. t.* nam ius naturale quoque appellatur §. *singulorum, Instit. de rer. diuis.* & coniunctim etiam naturale & gentium *l. 31. bona fides, depositi, l. 1. locat. conduct.* I. *l. 6. ius ciuile, S. de iustitia & iur. & §. venditæ, Instit. de rer. diuis.* quia à natura ipsa non minus hominibus insitum, quam illud quod propriè naturale nuncupamus, omnibus animalibus; Ideoque recte Glossa *in d. l. 5. de iustit. & iure, & l. 14. nam hoc natura, h. t.* naturalem obligationem, id est, iurisgentium recte exponit, vt etiam Cuiac. *in prin. de iur person.* in prior. notis & in prin. interpretationis *ad hanc nostram l.* si modò cùm dicit naturæ nomine se intelligere ius naturale vel gentium, particulam *vel* pro *id est* accipias: Quo sensu mutui obligatio dicitur naturalis *l. 126. si ita stipulatus, §. Chrusogonus*, I. *de verb. obligat.* locatio & conductio naturalis & omnium gentium *l. 1.* I. *locat. conduct.* vt etiam emptio venditio *d. § venditæ, de rer. diuis.* Manet ergo naturalem obligationem iuris gentium esse non iuris naturalis. Neque obstat quod ante retulimus *ex d. l. 64. si quod dominus, h. t.* nam quod ait debiti vel non debiti rationem in conditione ita naturaliter intelligendam esse, sicut libertas naturali iure continetur: contrà verò dominatio ex iure gentium introducta est, non ad ipsam obligationem, sed ad personam serui in ea specie obligati referendum est, vt sensus sit, in naturali obligatione personam serui secundum ius naturale accipi, pro libero scilicet homine, quales sunt omnes illo iure, vt nempe possit obligatio consistere, non autem secundum ius gentium pro seruo, quia ita non consisteret obligatio. Itaque debiti vel indebiti ratio, si de persona quidem obligati serui quæratur, ad ius naturale referenda est: at si de ipsa obligatione, ad ius gentium semper erit referenda. Non etiam obstat quod dicitur *in d. l. 41. nec seruus*, I *de peculio*; neque enim negat naturalem obligationem iuris esse, sed ait facti magis esse quàm ad ius ciuile referri: illa namque quæ sunt iuris naturalis, id est gentium, facti esse dicuntur, si cum solemnibus iuris ciuilis comparentur *l. 1. §. 1. de acquir. possess. & l. 38. stipulatio ista, §. 5. hi qui sunt*, collato cum §. *6. hæc quoque, de verb. obligation.* Tertia regula est: Omnes obligationes naturales, id est, iuris gentium, iure ciuili fuisse comprobatas, ac per hoc ciuiles effectas, & nomen contractus accepisse *d. l. 5. de iustit. & iur. §. ius autem gentium, de iure naturali, & §. 1. de obligat. Instit.* Qua in re obseruandum, non omne quod suadeat ratio naturalis, siue æquum & bonum, continuò pro iurisgentium obligatione haberi. Ecce enim æquitati quidem naturali & fidei humanæ, id est bonæ congruit pacta seruare *l. 1. S. de pactis, l. 1. de pecunia constit.* I. non tamen ex pacto, iure gentium obligatio constitui intelligitur *l. 7. iurisgentium, in prin.*

in prin. verſ. ſed cum nulla, S. de pactis, Item ſi dominus in rationes ſuas referat ſe debere ſeruo ſuo, cùm tamen nulla cauſa debendi præceſſerit; nuda ratio non facit eum debitorem, non, inquam, obligationem parit *l. 4. peculium, in prin. & l. 49. non ſolum*, §. 1. I. *de peculio*, quamuis nihil tam conueniens ſit naturali æquitati quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi §. *per traditionem, inſtit. de rer. diuis.* Quinimo & ſi quis alteri donauerit, ac proinde ad remunerandum ſibi eum naturaliter obligaſſe dicatur *l. 25. ſed & ſi lege*, §. *conſuluit, de petit. heredit. S.* non tamen hæc verè & propriè obligatio eſſe intelligitur; Illæ enim tantum naturales, id eſt, iuriſgentium obligationes eſſe cenſentur quæ vltro citroque aſtringunt, & in quibus hinc & inde aliquid trahitur, quod eſt propriè contrahere *l. 19. Labeo*, I. *de verb. ſigniſ. & d. l. 7. iuriſgentium in prin.* ideoque *in d. l. cùm amplius*, I. *de reg. iur.* cùm definitur eum naturâ debere quem iuregentium dare oportet, additur, *cuius fidem ſecuti ſumus*. In earum tamen numerum mutuum receptum eſt §. *ius autem gentium, verſ. & ex hoc, inſtit. de iure natur.* quamuis non ſit propriè contractus *l.* 10. *creditores*, I. *de verb. ſignif.* quia ſubſidium hoc inopiæ temporariæ, vt Gellius appellat, in communi hominum vita omninò neceſſariũ. Omnes itaque naturales obligationes quamquam origine iuris gentium, iure tamen ciuili informatæ eiuſque præceptis temperatæ *l.* 31. *bona fides*, I *depoſiti, l.* 27. *ſi vnus*, §. 2. *pactus, in fin. S. de pactis l.* 2. I. *locati l.* 27. *nec ex prætorio* I. *de reg. iur.* vbi actiones intellige actus & negotia, vt *in l. 3. in fin.* I. *de donation. inter virum & vxor. l.* 68. *in omnibus, de reg. iur.* I. & conſequenter ciuiles factæ & appellatæ & actionem pariunt §. *omnium, inſtit. de obligat. l.* 7. *iuriſgentium, S. de pactis.* Vltima regula eſt: omnes quidem naturales, id eſt, iuriſgentium obligationes eſſe quoque ciuiles & actionem parere, ſed non omnibus caſibus, perſonarum ſcilicet conditione id quandoque impediente, quod exemplis quibuſdam demonſtrandum. Putà ſi ſeruus aliquem contractum ineat: quamquam enim talis ſit contractus ex quo inter liberas perſonas naſceretur obligatio & actio, quia tamen iure ciuili ſeruus pro nullo ac ferè pro mortuo habetur. *l.* 32. *quod attinet*, & *l.* 209. *ſeruitutem*, I. *de reg. jur.* atque etiam iure prætorio §. *illud, inſtit. de gradib. cognat. l.* 20. *qui teſtamento*, §. *penult. S. qui teſtam. facere poſſunt*, nulla ex eius contractu ciuilis, aut prætoria obligatio eſſe poteſt, quamtumuis peculium habeat: erit tamen naturalis *l.* 14. *ſerui, de obligat. & action. l.* 41 *nec ſeruus, de peculio l.* 40. *quibus*, §. 3. *Dominus de condit. & demonſtr. l.* 13. *naturaliter, h. t. & l.* 22. *in perſonam, de diuerſ. reg. iur.* I. naturalis, inquam, id eſt, hoc caſu meri iuriſgentium. Quinimo ſi ſtrictam rationem ſequamur, nec naturalis quidem obligatio eſſe poterit, quia ſeruitus ex iure gentium eſt, & eo iure ſerui conditio eadem quæ iure ciuili. *l.* 1. *S. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt.* Sed hoc colore res defenditur, vt perſonam ſerui naturaliter eo caſu ſpectemus quaſi liberi hominis, vt iuris gentium ſaltem poſſit

consistere obligatio *l.* 64. *si quod dominus*, *h. t.* vt ante exposuimus, quam fictionem innuit, vt opinor, Papinianus *in l.* 50. *eo tempore*, §. 2. *etiam*, I. *de peculio*, dum ait etiam seruum naturalem obligationem suscipere videri, quasi scilicet non verè sed iuris intellectu suscipiat. Item obligationis istius merè naturalis & iurisgentium exemplum poni potest in pupillo qui sine tutoris auctoritate contrahit; non enim iure ciuili obligari potest, si tutoris auctoritas non interueniat, vt est *in prin. de auctorit. tut. instit.* At si inde locupletior fiat, naturaliter obligatur *l.* 13. *naturaliter*, §. *vlt. & l. seq. nam hoc natura*, *h. t.* Idem dicendum in furioso vel eo cui bonis interdictum est, quia pupillo comparatur *in l.* 29. *interdum*, *h. t.* Aliud exemplum poni potest in filiof. qui mutuam pecuniam accepit; nam ciuiliter hoc quidem casu non obligatur, obstante senatusconsulto, vt est *in prin l.* 1. *de sc. macedon.* I. sed naturaliter tantum *l.* 9. *sed si*, §. *vlt. & l. seq. eod. tit.* Aliud denique in iis qui sub eiusdem patris potestate constituti & peculium habentes cum eo vel inter se contrahunt, vt in casibus hac nostrâ lege propositis. Nam potestatis ius facit, vt hæ omnes personæ pro vna & eadem intelligantur, quod & in seruis similiter locum habet §. *ei qui*, *& §. post mortem*, *instit. de inutil. stipul. l.* 42. *si seruus*, I. *de damno infecto*. *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* §. *sed neque*, *vers. licet. de testam. instit* & Theoph. *in* §. *in testibus*. *eod. tit.* Quare inter eas personas nulla ciuilis obligatio esse potest *l.* 4. *lis nulla*, *S. de iudiciis*, *l.* 7. *actiones*, *de obligat. & action.* I. sed naturalis tantum vt *hac nostrâ l.* nempe, quia ius ciuile eam non comprobat, neque viribus suis fouet, vt nec superioribus aut similibus casibus; Ideoque iure ciuili destituta meri ac nudi iuris gentium manet, neque actionem parit *l.* 1. §. 12. *id quod natura*, I. *ad L. Falcid.* Prætor tamen qui naturali æquitati, quantum ius ciuile patitur, fauet, obligationes huiusmodi mærè naturales, quà potest, tuetur, non quidem actione aliquâ, quia id absque iuris ciuilis adminiculo non potest, sed exceptione & similibus remediis. Nam si id quod naturâ debetur solutum sit & repetatur, quamuis Prætor condictitiam actionem quæ iure ciuili prodita est, denegare non possit, exceptione tamen hac additâ, nisi id naturaliter debeatur, vires illius actionis elidit, atque ita intelligendum quod *hac nostrâ l.* dicitur *& l.* 10. *fideiussor*, I. *de obligat. & action. d. l.* 1. §. *id quod naturâ*, *& passim* id quod naturâ debeatur non repeti, ope scilicet exceptionis, non quòd actio repetitionis non detur. Item si id quod naturâ debetur solutum quidem non sit, sed quo alio modo ad creditorem peruenerit, eadem exceptio retentioni locum faciet. Similiter si is cui debetur ex naturali obligatione conueniatur ciuili actione à suo debitore qui alia ex causa creditor est, deductioni eius quod naturaliter debetur & compensationi locus erit *l.* 6. *etiam*, I. *de compens.* §. *cùm autem qnæritur*, *quod cum eo contractum est*, *instit.* Et contrà quoque, si is qui naturaliter debet conuentus ex ciuili obligatione habeat retentionem aliquam, ex ciuili causa cogetur in eam retentionem impu-

tare id quod ex naturali obligatione debet *l.* 1. §. 2. *id quod naturâ*, I. *ad L. Falcid.* At si obligationes quæ in propositis exemplis manent merè naturales siue iurisgentium, inter alias personas essent contractæ, ciuiliter obligarent & actionem parerent, quia nempe iure ciuili comprobatæ sunt & effectum ciuilem generaliter pariunt, exceptis supradictis & similibus casibus in quibus iure ciuili propter personarum conditionem non iuuantur. Et hoc est quod dicitur naturalem obligationem ex causa ciuili esse computandam *d. l.* 49. *non solum*, §. 1. I. *de peculio*, quia nempe ea intelligi non potest, nisi ex causa quæ generaliter iure ciuili comprobata sui naturâ ciuiliter obliget: quamquam eo casu quo simpliciter naturalis manet, non possit obligare nisi iuregentium, vt ibi rectè Glossa, ita vt causam ciuilem hîc intelligamus quæ origine tamen iurisgentium sit. Nullo enim casu potest naturalis obligatio propriè intelligi quæ non sit ex earum numero quæ iurisgentium appellantur, quamuis talis sit casus cui aliqua naturalis obligandi ratio subesse videatur, vt ante dictum est. Verbi gratia si quis stipulanti annuerit *l.* 1. §. 2. *si quis ita*, I. *de verb. obligat.* quia nutus non est modus obligationis iure gentiũ contrahendæ: ideoque si quis ex tacita huiusmodi promissione soluerit, repetet, quia nec naturaliter obligatus est *d.* §. Idem dicendum si mulier pro alio intercesserit, vt nempe si deinde soluerit, quasi indebitum repetere possit *l.* 24. *debitrix*, §. 1. I. *ad Sc. Velleian.* Talis enim intercessio illo S. consulto improbatur, & iure gentium non est prodita obligatio quâ quis pro altero intercedat & obligetur, ideoque mulier eo casu nec naturaliter obligatur, quamquam Glossa aliter existimet *ad l.* 11. *tamen*, I. *de Sc. Macedon.* non obligari autem naturaliter ex eo apparet quod solutum repetat *d. l.* 24. §. 1. Similis quoque ratio videtur in specie §. *vlt. hac nostra l.* quod ibi discutiemus. Ex his verò facilè iam potest intelligi quod dicitur *l.* 10. *naturales*, I. *de obligat. & action. & l.* 16. *fideiussor*, §. *fideiussor*, I. *de fideiussor.* naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua earum nomine competit, verùm etiam si soluta pecunia repeti non possit. Nam obligationes omnes quæ sunt iurisgentium, naturales dicuntur, & quoniam iure ciuili sunt comprobatæ actionem generaliter pariunt: sed quia propter personarum rationem aliquibus casibus iure ciuili non fouentur, manent merè naturales siue iurisgentium, id est non pariunt actionem. Naturales ergo obligationes esse censemus, non solùm ijs casibus quibus actio competit, sed etiam illis quibus non competit, solutum tamen repeti non potest, vt nempe non tam diuersæ sint species quàm diuersi eiusdem speciei casus, qui diuerso proinde iure censentur. Quinimo naturales obligationes frequentius appellamus ijs casibus quibus naturales tantùm sunt *l.* 21. *heres*, §. 3. *quod si stipulator, de fideiuss.* I. vt *hac nostrâ l. & passim*: Illis verò quibus iure ciuili adiuuantur & comprobantur, ciuiles §. 1. *instit. de obligat.* Et hoc est quod vult. *d. l.* 84. *cùm amplius*, I. *de reg. iur.* cùm definit eum naturâ debere quem iure gentiũ dare oportet, id est solo iure gentium, non autem ciuili. De qua naturali

obligatione accipiendum est quod Theoph. scribit, naturalem obligationem neque actionem parere, neque ad condemnationem proficere §. 1. *de fideiuss. Instit.* Vbi obiter obseruandum, eum stipulationem pro obligatione abusiuè dicere. Nam alioqui obligatio naturalis cùm iure ciuili confirmatur actionem parit, & ad condemnationem proficit, vt ante dictum est *l.* 10. *naturales, de obligat. & action. & l.* 16. *fideiussor*, §. 2. *fideiussor, de fideiuss.* I. Ideoque non minus quàm obligatio quæ iurè ciuili introducta est definitur iuris vinculum quo necessitate astringimùr alicuius rei solendæ secundum nostræ Ciuitatis iura, *initio de obligat. instit.* id est secundum ius ciuile. Naturalis ergo obligatio siue iurisgentium duplici modo dicitur, vel ad differentiam eius quæ iure ciuili instituta est *l.* 5. *ex hoc iure, S. de iustit. & iure, & d. l.* 16. *fideiussor*, §. 2. *fideiussor*, vel ad differentiam illius quæ iure ciuili fouetur & comprobatur *l.* 21. *heres*, §. 2. *seruo*, & §. *seq.* I. *de fideiussor. l.* 18. *creditorem*, I. *de sc. Macedon. & hac nostrâ l.* Ex quibus perspicuè apparet naturalem obligationem certâ ratione non opinione constare & appellari, eamque iis casibus quibus naturalis tantùm manet necessitate soluendi astringere, sed solo gentium iure; ideoque Prætorem eam exceptionibus & similibus æquitatis remediis tueri & adiuuare. Neque verò obstat quod dictum est, *ex l.* 8. *an inutilis*, I. *de acceptilat.* hoc nos iure vti, vt iurisgentium sit acceptilatio quasi id ex arbitrio pendeat, vt acceptilatio quæ est iuris ciuilis iuris naturalis esse intelligatur. Nam in acceptilatione duo sunt, nempe debiti remittendi couuentio quæ iurisgentium est *l.* 95. *Stichum*, §. 3. *naturalis*, I. *de solutionib.* & verborum figura quæ est iuris ciuilis. Placuit verò Prudentibus acceptilationem esse iurisgentium, id est, censeri ex substantia conuentionis, non ex formula verborum. Non etiam obstat quod de pupillo dictum est, eum sine tutore ne naturaliter quidem obligari si locupletior factus non sit, *l.* 59. *pupillus, de obligat. & action.* I *l.* 41. *quod puipllus, h. t.* Cum tamen certum sit eum indistinctè obligari, si merũ ius gentium absque temperamento iuris ciuilis attendatur. Nam potestate quidem iuris ciuilis non est ne obligatio naturalis illo casu existat, quia non potest naturalia iura corrumpere, sed potest tamen efficere ne esse intelligatur & ne vllus sit eius effectus, perinde atque si nulla esset obligatio *arg. l.* 2. *S. de vsufr. earum rer. quæ vsu consumuntur.* De his verò naturalibus obligationibus quæ merè iurisgentium manent intelligendus est locus Senecæ lib. 6. de benefic. cap. 1. nondum rectè explicatus: quædam, inquit, pecuniæ de quibus ius creditori non dicitur debentur, sed non exiguntur. Nam aut nulla earum obligationum ratio in iure habetur, aut certè non eousque, vt earum nomine detur exactio. Summa autem totius disputationis hæc est: Omnes obligationes ex iure gentium esse, vel ex iure ciuili, & inspectâ origine has ciuiles, illas naturales propriè appellari *l.* 5. *ex hoc iure, S. de iustit. & iure, & l.* 84. *cùm amplius*, I. *de reg. iur.* Rursus verò omnes iurisgentium, id est naturales obligationes iure ciuili fuisse comprobatas, ac

proinde ciuiles effectas & appellatas §. 1. *inſtit. de obligat.*& actionem parere *l.* 7. *iuriſgentium*, *S. de pactis*. Quibuſdam tamen caſibus iure ciuili non foueri propter perſonarum conditionem, ac conſequenter naturales tantùm, id eſt meri iuriſgentium manere *l.* 21. *heres*,§. 3. *quod ſi ſtipulator*, *de fideiuſſ.* I. *d. l.* 84. nec actionem parere, ſed ſoluti repetitionem impedire *l.*1. §. 12.*id quod natura*,I.*ad L. Falcid.*aliiſque æquitatis remedijs à Prætore iuvari, putà compenſatione, deductione, computatione & ſimilibus *l.* 6. *etiam*, *C. de compenſationib. & d.* §. *id quod natura*. Et ijs caſibus magis propriè & frequentiùs naturales dici, vt *hac noſtrâ l. & toto tit. ac paßim*, quia iure ciuili deſtitutæ, generaliter tamen ratione originis naturales vocari ſiue iuriſgentium, tam ijs caſibus quibus actionem pariunt, quàm quibus non pariunt *l.* 10. *naturales*, *de obligat. & action. l.*16. *fideiuſſor*, §. *fideiuſſor*, *de fideiuſſ. l.* 1. *locati conducti*, *& l.* 126. *ſi ita ſtipulatus*, §. *Chruſogonus*, *de verb. obligat.* I. Et hactenus de naturali obligatione.

Quoniam verò eæ naturales obligationes de quibus *hac noſtrâ l.* diſputatur ex cauſa peculiari proficiſcuntur, de peculio quoque nobis neceſſariò diſſerendum, quod & ipſum naturali, id eſt gentium iure nititur, ne in explicatione ipſius legis deinde hæreamus, quæ diſquiſitio paulò altiùs repetenda. Peculium autem vt propriè in iure accipitur ſeruorum tantùm eſt & filiorumf. nam paterf. liber peculium non poteſt habere, quemadmodum nec ſervus bona, ait *l.* 182. *paterf.* I. *de verb. ſignif. iunctâ gloſſ.* Patremf. liberum coniunctim dicit, non quòd aliquis paterf. ſervus propriè ſit, ſed quòd in ſeruitute eſſe poſſit §. *vlt. de ingenuis*, *Inſtit.* hoc eſt bonâ fide ab alio quaſi ſervus poſſideri, ac proindepeculium habere §. *idem placet*, *per quas perſonas nobis acquiritur*, §. *item per liberos*, *per quas perſonas nobis obligatio acquiritur*, *Inſtit.* Mirum verò videri poſſit ſeruos aut filiosf. peculium habere. Nam quidquid ex qualibet cauſa acquirit ſervus, id domino & ignoranti & inuito obvenit; ipſe enim ſervus qui in poteſtate alterius eſt nihil ſuum habere poteſt §. *item nobis*, *per quas perſ. nobis acquir. Inſtit.* quod ex iure gentium deſcendit *l.* 1. *S. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. & Inſtit. eod tit.* Idemque omnino in filijsf. olim obtinuit, ſed iure ciuili, quo nempe patria poteſtas inducta eſt *in prin. de nuptijs*, *Inſtit.* Nam olim quidem liberi vtriuſque ſexus qui in poteſtate eſſent quidquid ad eos peruenerat, hoc parentibus ſuis acquirebant, & hodie etiam, ſed cum aliqua diſtinctione acquirunt, quòd iuri poteſtatis conſequens eſt *d. t. per quas perſ. nobis acquir. & d. t. per quas perſonas nobis obligat. acq. Inſtit.* quæ in liberos olim eadem quæ in ſeruos; pater enim quaſi dominus *l.* 1. §. 1. *S. de rei vindic.* & filiusf. quodammodo ſervus, qui ſine manumiſſione emancipari non poterat, & emancipatus liber fieri & libertatem adipiſci dicitur *l. vlt. C. de adoption. l.* 18. *viduæ*, *de nuptijs*, *l. vn. de ingrat. liber. C. l.* 8. *ſi filius*, *de probation.* I. *& in prin. tit.* 10. *apud Vlpian.* & quaſi libertus patris fieri *l.* 1. I. *ſi quis à parente manumiſſ. ſit.* Ita autem Domino vel patri per eos quos in poteſtate habent acquiri Prudentibus placuit, vt

confestim acquiratur, neque momento aliquo subsistat in persona eorum per quos acquiritur, quæ iuris regula traditur *in l. 79. placet* I. *de acquir vel omitt. heredit.* Et quod dicitur *in prin. d. l.* eis acquiri, intelligendum est, quia naturaliter & facto ipso ad eos perueniat; quo verbo vtitur *Iustin. in prin. tit. per quas pers. nobis acquir.* Nam quòd attinet ad iuris potestatem emolumentum statim patri vel domino quæritur, vt est *in ead. l.* 1. Receptum tamen est vt seruus vel filiusf. quasi proprium patrimonium habere possit à rationibus dominicis vel paternis separatum, quod peculium appellatur quasi pusilla pecunia pusillum patrimonium *l. 5. depositi*, §. 2. *peculium*, *l.* 19. *hinc quæritur*, §. 1. *l.* 32. *si ex duobus*, *l.* 39. *peculium*, *de peculio*, I. *l.* 4. *in prin. & 6. eod. tit.* §. *actiones*, *instit. de action.* hoc nempe colore in seruo, vt quasi patrimonium liberi hominis intelligatur *l.* 47. *quoties*, *inf.* I. *eod. tit.* vt, inquam, persona serui secundum ius naturale quo omnes homines liberi sunt & æquales, in hac causa censeatur, non secundum ius gentium vel ciuile *l.* 64. *si quod dominus*, *h. nostro t.* sicut ante exposuimus. Quo argumento inferre licet filiumf. in peculio quasi patremf. haberi; alioqui enim proprij Patrimonij capax intelligi non posset, non magis quàm seruus. Neque obstat quod id videatur speciale in peculio castrensi in quo filiif. vice patrumfamiliarum funguntur *l.* 2. I. *de sc. Macedon.* Nam longè diuersa vtriusque peculii ratio. In castrensi nempe filiusf. palam suo iure, & patre etiam inuito pro patref. se gerit ex constitutionibus Principum §. *ex hoc*, *instit. quib. non est permiss. facere testamentum*; ita enim eius proprium est, vt patri nihil in eo iuris sit *d.* §. & *l.* 3. *de castrensi peculio milit. lib.* 12. *C.* nisi si filius intestatus moriatur *l.* 2. I. *eod. t.* At in paganico peculio vt vocat *l.* 1. *de testam. militis C.* cùm filiusf. pro patref. intelligitur, color est, non ius, & color solâ tuitione Prætoris non lege certâ; nam iure ciuili peculium filiif. perinde in bonis parentis regulariter computatur, ac serui peculium in bonis domini *d.* §. *ex hoc* & totum hoc domini vel patris constitutione pendet *l. quam Tuberonis*, I. *de peculio*, id est, non ex iure, eorumque nuda voluntate pro arbitrio esse definit *l.* 8. *non statim*, *eod. tit.* Nam cum dominus peculium seruo constituit, vel pater filiof. hoc solum agit, vt id separet à rationibus suis, proprietas autem ipsius maneat *l.* 37. *per seruum*, §. 1 I. *de acquir. rerum dominio*, eâ, inquam, mente dat, vt proprietatem rerum peculiarium retineat, administrationem verò concedat *l.* 16. *quis ergo*, I. *de peculio.* Ea tamen in re varietas quædam esse videtur. Nam vt plurimum rerum peculiarium dominium penes patrem vel dominum remanere dicitur, vt iam probatum est, & negatur esse penes filiumf. vel seruum *l.* 10. *si liberam*, *C. quod cum eo qui in aliena potest. est* : quod etiam euidenter probatur *l.* 2. §. *penult. S. de reb. credit.* quamquam Cuiacius in Paulo ad Edictum eum locum in contrariam sententiam detorqueat. Sensus verò hic est, filiumf & seruum peculiares nummos mutuos datos facere accipientis, licet ipsi domini non sint, nempe quia domini voluntate id faciunt *l.* 9. *quâ ratione*, §. *hæ quoque res*, I.

de acquir. rer. domin. quemadmodum à contrario si quis meâ voluntate pecuniam suam eo nomine alteri credat; mihi acquiritur obligatio & actio, quamuis mei nummi non fuerint *l. 9. certi*, §. *si nummos*, *eod. tit. de reb. credit. & d.* §. *penult.* in quo verba hæc, *id enim tale est*, ita sunt accipienda, vt comparationem faciant per contrarium. Idem etiam probatur *l.* 18. *si conuenerit*, §. *vlt. & l. seq.* I. *de pignerat. action.* quam Cuia. similiter *ad d. l. 2. in Paulo* in contrarium sensum deflectit. Sensus enim earum est, vt pignus datum à filiofam. vel seruo qui liberam peculii administrationem habeant, valeat per tuitionem Prætoris, vt ibi nominatim significatur & *l.* 12. *dominum*, *C. quod cum eo*, licet res in eorum bonis non sit, quia scilicet voluntate patris vel domini pignori dant, vt continuò subiicitur *l. 2. aliena*, *l. 35. quod seruus*, I. *de solution.* Aliquando tamen peculii dominium filiof. & seruo tribui videtur; nam eorum quasi proprium patrimonium appellatur *l.* 19. *hinc quæritur*, §. 1. *l.* 39. *peculium*, *de peculio* I. vt ante dictum est. Et peculium ita constituitur, vt in eos dominium transferri videatur; necessaria enim est naturalis datio siue donatio, id est traditio *l.* 8. *non statim*, *l.* 16. *quis ergo*, I. *de peculio*, *l.* 37. *per seruum*, §. 1. I. *de acquir. rer. domin.* quo genere dominium iure gentium transfertur *l. 9. quâ ratione*, §. 3. *hæ quoque res*, I. *d. tit. &* §. *per traditionem*, *instit. de rer. diuis.* Et ideo filiif. interesse dicitur peculium habere, & ne res peculiares damnum patiantur *l.* 21. *si filiusf.* I. *de damno infecto*, *l.* 3. *denique*, §. 4. *sed vtrum*, *vers. nec eo mouemur*, *S. de minorib.* quod & in seruo similiter intelligendum est. Et consequenter peculium res serui dicitur *l.* 40. *sticho*, §. 3. *seruus*, *vers. item quæro*, *l.* 21. *Labeo*, ibi, *suaque omnia*, I. *de statulib.* Translati autem dominii argumentum esse videtur, quod bonis patris à fisco propter debitum occupatis peculium filiof. separatur, vt nempe sibi habeat *d. vers. nec eo mouemur.* Item quod testamento manumissus seruus sub conditione dandi eam explere potest ex peculiaribus nummis quasi ex proprio patrimonio, siue heredi, siue alii dare iussus sit *l.* 3. *in prin.* §. 1. *&* §. 2. *inde quæritur*, *l.* 13. *si quis*, §. 1. *l.* 17. *si decem*, *l.* 31. *si seruo*, *in fin.* I. *de statu lib.* Hæc autem varietas ita videtur componenda, vt dicamus proprietatem & dominium rerum peculiarium penes patrem & dominum iure ciuili remanere; ideoque serui nostri vel filiif. peculium, peculium nostrum rectè dici *l.* 16. *si ita*, *in fin. de vsu & habit. S. & l.* 17. *inter publica*, *de verb. signif.* Verumtamen quamdiu peculium consistit, perinde haberi, atque si iure gentium, id est naturaliter in bonis & dominio seruorum & filiorumf. esset, tam respectu patris & domini, quàm exterorum. Quo sensu Theoph. §. *cum autem quæritur*, *instit. quod cum eo*, peculium definit naturale patrimonium eius qui sit in aliena potestate, non quod re verâ seruus aut filiusf. habeant naturale dominium, quale olim dicebatur, de quo Vlpian. *tit.* 1. §. *in bonis*, *tit.* 19. §. *pen.* & Theoph. §. *libertinorum*, *instit. de li-*

bertinis; nam vetus naturalis & legitimi seu ciuilis dominii differentia sublata est *l. vn. C. de nudo iure Quiritium toll.* sed quod iuris intellectu habere fingantur *l.* 47. *quoties, in fin.* I. *de peculio* quo scilicet liberè contrahere de peculio quasi patresf. possint, siue cum extraneis, siue cum ipso patre & domino, quandiu durat peculium. Et secundum hanc distinctionem qui peculium habent, rem peculiarem naturaliter & corporaliter tenent, ciuiliter autem habere possidere non possunt : corporalem, inquam, possessionem tenere possunt quæ facti est, non iustam, id est, eam quæ iuris est, quam scilicet pater vel dominus habet *l.* 24. *quod seruus, l.* 49. *possessio, l.* 3. § 7. *saltus*, I. *de acq. possess.* Neque verò translatum esse dominium in filiumf. vel seruum probant superiora argumenta. Quamquam enim traditio, id est naturalis datio in id comparata sit, tamen obstat conditio personarum quæ nihil proprium habere possunt; atque ideo eâ mente pater & dominus esse intelliguntur, vt per traditionem peculij nihil aliud transferant quàm quod ius patitur, id est administrationem *l.* 16. *quis ergo.* I. *de peculio.* Itaque ea traditio merè naturalis manet iuris ciuilis subsidio destituta, sicut antea de naturali obligatione dictum est. Quod verò peculium separatur filiof. *in l.* 3. *denique*, §. 4. *sed vtrum, S. de minor.* hoc non iuris regulis, sed ex indulgentia proficiscitur, vt etiam quod statu libero conceditur vt dandi conditione de peculio defungatur; hoc enim benignè etiam receptũ & concessum placitis prudentum *l.* 12. *in bello*, §. 6. *si statuliber*, I. *de captiuis & postlim. l.* 3. *in prin. l.* 17. *si decem, de Statuliber.* I. & quasi conniuentibus oculis *l.* 4. *in prin.* I. *de manumission.* Multum verò interest, vtrùm libera peculij administratio data sit, an non; quæ distinctio in procurationibus quoque negotiorum adhibetur *l.* 58. *procurator cui generaliter libera*, & *l.* 63. *procurator totorum* vbi Glossa *S. de procurator.* libera autem non intelligitur nisi specialiter fuerit permissa *l.* 7. *quam Tuberonis*, I. *de peculio*, quæ per eminentiam administratio præcisè & absolutè sœpe dicitur *l.* 46. *qui peculij, eod. tit. l. vlt. in prin. de nouation.* I. *l.* 13. *naturaliter, h. t. l.* 11. *rogasti*, §. 1. *S. de rebus cred. l.* 28. *contra*, §. *vlt. S. de pactis* specialiter intelligo, id est nominatim; sufficit enim si generaliter libera permittatur, etiam si capita administrationis non exprimantur sigillatim & speciali er *d l.* 46. quod tamen quandoque fit, vt in formula procuratoris quæ habetur *l.* 60. *creditor*, I. *mãdati* qui verò liberam administrationen peculij habet pignori dare in causam peculij potest *l.* 18. *si conuenerit*, §. *vlt. de pignerat. action.* I. vendere & alienare *l.* 41. *si quis*, §. *vlt. S. de rei vind. l.* 8. *sicut*, §. *an pasciſci, quib mod. pign. vel hypoth. l.* 14. *si seruus, de acquir. possess.* I. *l.* 10. *si liberam, C. quod cum eo* paciſci, transigere, debitum accipiendo liberare *l.* 53. *si quis vxori*, §. 9. *si seruus*, I. *de furt.* permutare, *l.* 58. *procurator cui, S. de procurat.* delegare suum debitorem *l.* 48. *libera*, I. *de peculio.* nouare *l. vlt. de nouation.* I. exigere *d. l.* 58. mutuam pecuniam dare *l.* 2. §. *vlt. l.* 11. *rogasti* §. *vlt. S. de reb. credit. l.* 35. *quod seruus*, I. *de solution.* vbi etiam potest deponere

& generaliter

& generalit r contrahere, non solùm cum exteris, sed etiam cum patre vel domino, aut cum ijs qui similiter sunt in eorum potestate, vt *in hac nostra l. & l. 14. seruus*, I. *de statu liber. & l. 54. homo liber, in prin.* I. *de acquir. rer. domin.* vbi mutuum, emptio venditio, locatio conductio inter eos contrahitur, quod de aliis contractibus similiter intelligendum, & voluntate patris vel domini fieri *l. 19. & 20.* I. *de pignerat. action. l. 35. quod seruus, de solution.* I. Plena igitur administratio tunc conceditur, sed quatenus res ex fide agenda est & animo administrandi, vt eleganter dicitur *in fin. d. l. 60.* I. *mandati*; non enim vsquequaque liberam administrationem aut alienandi facultatem habent, vt donent aut quid simile faciant, nisi hoc expressum sit *l. 1. §. 1. quæ res pign. oblig. possint, l. 26. contra iuris, §. si filius, S. de pactis*, l. 3. §. *si seruus*, I. *de donation. inter vir. & vxor. l. 7. filiusf.* I. *de donation.* non, inquam, in eam administrationē quidquam venit, quod pater vel dominus specialiter permissurus non esset, qui est sensus *l. 46. qui peculii*, I. *de peculio*, vt rectè ibi Viuian. & Cuia. In Paulo. Patri tamen vel domino rectè donant, Seneca lib. 7. de benefic. cap. 4. Numquid dubium est, inquit, quin seruus cum peculio domini sit: dat tamen domino suo munus. Quod etiam de seruo non peculiato videtur posse dici qui aliquid nactus sit, siue ex aduentitio lucro, siue etiam amici beneficio vel liberalitate *l. 4. in prin.* I. *de manumiss.* Quibus verò libera peculii administratio concessa non est, hi neque alienare possunt *l. 10. si liberam, C. quod cum eo qui in alien. potest. l. 63. procurator*, I. *de procurat.* neque contrahere aut reliqua quæ diximus agere, quia procurationem tantùm habent & nudam administrationem, non concedendi facultatem, vt loquitur in alio casu *l. 3. §. planè*, I. *quod vi aut clam* quia, inquam, eis non alienare, sed rem diligenter gerere permissum est *l. 1. de offic. procurat. Cæsar. S.* fructus tamen & alias res quæ facilè corrumpi possunt alienare eis permissum est *arg. l. 63. procurator totorum, S. de procurat. l. 5. is cui, §. 16. qui legatorum*, I. *vt in possess. legat. vel fideicom.* Cui differentiæ consequens esse videtur, vt quod dicitur *in l. vnica de peculio eius qui libertat. meruit C.* seruo inter viuos manumisso concessum tacitè peculium intelligi, si non adimatur, de peculio liberæ administrationis accipiatur, quasi illud solum propriè peculium dici possit, quod apertè innuit *l. 13. naturaliter, h. t.* quæ ideo nominatim addit hæc verba: *ex peculio cuius liberam administrationem habeat*, quia aliud peculium non sequatur manumissum: ad quæ verba malè Glossa subaudit, *maximè*, quasi & in alio peculij genere idem obtineat. Constituto itaque peculio liberæ administrationis filiusf. vel seruus, non modo cum extraneis, sed etiam cum patre aut domino & iis qui in eorum potestate sunt, liberè contrahunt. Sed in eo differunt, quod nec seruus quidquam debere potest, nec seruo potest deberi ciuiliter, sed naturaliter tantùm etiam si cum extraneo contrahat *l. 41. nec seruus*, I. *de pecul. l. 14. serui, de obligat. & action. l. 22. in personam, de regul. iur.* I. At filiusf. etiam sine peculio ex omnibus cau[illegible]s

tanquam paterf. extraneis obligatur, eosque vicissim obligat *l.* 39. *filiusf. de obligat. & action.* I. iunctâ Glossâ, quia liber homo est, licet alieni iuris: seruus autem pro mortuo aut ferè nullo *l.* 32. *quod attinet*, *l.* 209. *seruitutem*, *de regul. iur.* I. Quare qui cum filiof. peculium habente contrahit duos habet debitores, filium in solidum & patrem dumtaxat de peculio *l.* 44. *si quis cùm*, I. *de peculio.* Duplex enim obligatio & actio nascitur, ciuilis quidem directa quæ ipso iure in filium competit *l.* 45. *ideoque*, *de pecul.* I. *l.* 2. *S. de cap. minut.* & vtilis prætoria in ipsum patrem quæ de peculio dicitur, quâ dominus quoque ex contractu serui tenetur §. *item Prætor*, §. *actiones*, *de action. &* §. *præterea*, *quod cum eo*, *instit. & l.* 12. *dominum*, *C. eod. tit.* Quod si filiusf. vel seruus peculiati, vt vocat *l.* 13. *Iulianus*, §. 3. *si venditor*, *de action. empti*, *l.* 18. *si quid venditor*, *in fi. de Ædilit. edicto*, I. cum patre vel domino aut cum ijs qui sunt in eorum potestate contrahunt, nulla ciuilis inter eos obligatio nasci potest *l.* 40. *quib. diebus*, *de condit. & demonstr. l.* 41. *nec seruus*, *de peculio*, I. *l.* 4. *lis nulla*, *S. de iudiciis.* Ratio est quia pater & filii omnes qui in eius potestate sunt vnius personæ vice iure ciuili funguntur propter vnionem quæ per patriam potestatem contingit §. *sed neque*, *vers. licet*, *instit. de testam.* §. *sed etsi filiusf. eod. tit. apud Theoph. & l. vlt. C. de impub.* Quæ ratio in seruo quoque locum habet; nam ius dominicæ potestatis facit, vt non duæ personæ, sed vna domini tantùm intelligatur, ex qua sola seruus censeri potest, alioqui per se nullus *l.* 10. *si Pamphilo*, I. *de optione legata*, & §. 32. *an seruo*, *instit. de legat. apud Theoph.* Creditoris verò & debitoris personas distinctas esse oportet, cùm nemo sibi obligari possit *l.* 17. *cum legato*, I. *quando dies legati cedat.* Est & specialis in seruo ratio, quia is iuris ciuilis vel prætorij communionem non habet in totum *l.* 20. *qui testamento*, §. *pen. mulier*, *qui testament. facere possunt.* At obligatio naturalis ex contractibus filiif. vel serui cum patre vel domino aut iis qui sub eorum potestate sunt vtique contrahitur, vt *hac nostrâ l. item l.* 41. *nec seruus*, 49. *non solum*, §. 1. *l.* 50. *eo tempore*, §. 2. *etiam*, I. *de peculio*, *l.* 40. *quibus diebus*, §. 3. *dominus*, I. *de condit. & demonstrat. l.* 14 *serui*, I. *de obligat. & action.* Nam quod dicitur in personam seruilem nullam cadere obligationem *l.* 22. *in personam*, I. *de reg. iur.* de ciuili aut prætoria intelligendum est quæ verè obligationes, vt ibi rectè Glossa & Cuia. Séd meritò dubitari potest, an naturalis obligatio inter eas personas contrahi possit extra causam peculii, id est, etiamsi filiusf. vel seruus peculium nullum habeant. Et opinor non posse, quia vnio personarum quam ius potestatis, vt dixi, facit, impedimento est, ne vlla inter eos obligatio possit consistere, quæ vnio tunc quidem separari intelligitur, cùm pater aut dominus peculium à rationibus suis separant; eo enim ipso personas filiif. vel serui à se suáque potestate quodammodo separare videntur, & quasi proprium patrimonium illis constituunt, iure scilicet prætorio, vt ante probatum est, non iure ciuili §. *ex hoc*, *instit. quib. non est permissum*

facere testam. Quibus consequens est absque ea patrimoniorum & personarum separatione nullum contractum inter eas personas iniri posse, nec etiam donationem, non magis quàm si quis cum seipso velit contrahere, aut sibi ipsi donare. At certum est naturalem obligationem nec inter personas huiusmodi intelligi, nisi ex causa ciuili *l.* 49. *non solum*, §. 1. I. *de peculio*, id est, ex aliquo contractu, vt supra expositum est; ex quo sequitur non esse in potestate priuatorum naturalem obligationem creare, si iuris ciuilis ratio obstet, vt in pupillo supra probatū est. Dubium tamen non est, quin seruus etiam sine peculio possit naturaliter extraneo obligari *l.* 13. *naturaliter*, *h. t.* putà si ei pecuniam prorogat, vel pro eo repromittat, vt *in prin. l.* 4. I. *de manumiss.* Quare quod Cuia. scribit *instit. quib. mod. oblig. tollitur nu.* 8. in seruum extra causam peculiarem obligationem naturalem non cadere, ad casum ibi propositum referri oportet; sunt enim quædam species in quibus etiam peculium habens nec extraneo naturaliter obligatur, vt idem docet lib. 8. obseru. c. 11. meminisse tamen oportet quod antea docuimus, naturalem quamcumque serui obligationem fictione potius quàm veritate niti, & non tam esse quàm videri *l.* 50. *eo tempore*, §. 2. *etiam*, I. *de peculio*, quia seruus pro nullo & ferè pro mortuo habeatur; & hoc fortè sensu in regula iuris generaliter dicitur in personam seruilem nullam cadere obligationem *d. l.* 22.

His positis ad contextum *nostræ l.* iam veniamus, cuius tota disputatio est de naturali obligatione ex causa peculii, pluribus facti speciebus propositis, quarum primam ita ponit Cuiacius tractatu ad African. vulgari receptæque interpretum sententiæ omnino congruentem. Pater qui duos filios in potestate habebat primum & secundum vtrique peculium constituerat. Secundus primo credidit mutuam pecuniam ex peculio suo in causam peculii ipsius primi. Contracta est proinde naturalis tantùm obligatio non ciuilis, eaque statim patri per filium creditorem iuris potestate quæsita, ita vt pater ipse iam pro creditore habeatur. Moritur pater eiusque morte peculium vtriusque extinguitur & confunditur ac commiscetur bonis paternis, ita vt inter coheredes cum reliqua hereditate diuidendum veniat. Post mortem patris cui duo filii ex æquis partibus heredes extiterant, primus secundo pecuniam quam ab eo acceperat soluit per errorem, eam deinde quasi indebitam vult repetere, quæsitum est an possit. Respondet Africanus pro ea parte qua ipse primus patri heres extitisset vtique quidem repetiturum, quia scilicet naturalis obligatio eatenus confusione sublata sit, quatenus filius debitor patri cui fuerat ea obligatio quæsita successit: pro ea enim parte debitor & creditor primus tunc inuenitur. Pro ea verò quâ secundus heres patri extiterit primum ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad secundum peruenisset, quàm esset in reliqua obligatione, peruenisset, inquam, in diuidenda scilicet paterna hereditate in quam morte patris transfusum fuerat peculium. Naturalem enim obligationem quæ reliqua fuisset hoc ipso sublatam videri,

quod peculii fraterni partem ſecundus ſit conſecutus, quia ſcilicet onus debiti peculium ſequitur, ita vt ſecundus, quatenus peculium primi adeptus eſt, ſuccedat in portionem obligationis peculiaris, qui eiuſdem debiti creditor ipſe erat ex perſona patris cui pro parte ſucceſſit. Itaque alia hîc quoque contingit iurium confuſio quâ pars altera obligationis tollitur, debito ſcilicet & credito in eandem perſonam rurſus concurrente, ac conſequenter tota naturalis obligatio in hac ſpecie per confuſionem tollitur, partim quidem hereditatis paternæ acquiſitione quâ primus debitor in locum patris creditoris pro parte hereditaria ſucceſſit, partim verò peculii fraterni participatione quâ ſecundus creditor in locum debitoris pro portione ſuffectus eſt. Per contrarium autem innuit Africanus primum nihil repetiturum pro ea parte quâ ſecundus patri heres extiterit, ſi nihil ex peculio ſuo ad ipſum ſecundum peruenerit, quia manet eatenus naturalis obligatio & peculium ſequitur, putà ſi primo peculium ſuum à patre prælegatum fuiſſet. Nam tunc ſecundo ius ſuum quale quidem obligationis naturalis eſſe poteſt aduerſus primum ſaluum relinquitur, pro ipſa ſcilicet parte quâ ipſe ſecundus heres patri extiterit, & hæc eſt breuis ſumma communis ſententiæ quam Cuiac. quoque ſequitur, cuius quidem præcipua fundamenta ſunt hæc; Fratrem vtrumque peculiatum fuiſſe. Naturalem obligationem patri ſtatim ipſo iure quæſitam. Morte patris extinctum peculium & in eius hereditatem transfuſum. Debita peculiaria ſequi peculium. Et naturalem quoque obligationem confuſione tolli, quæ omnia diligenter excutienda ſunt. Vtrumque igitur fratrem peculium habuiſſe vulgò creditur, & in ea ſententia Gloſſa tandem conquieſcere videtur in verbo, *à fratre*, vbi dicit fratris vtriuſque debitoris & creditoris peculia communicari, poſt mortem ſcilicet patris, quod Cuiacius ex integro contextu ita liquidò apparere putat, vt non ſit in eo laborandum. Equidem in fratre debitore illud perſpicuum: at in creditore nullum in verbis veſtigium extat quo id apertè demonſtretur. Et dicta Gloſſa in principio exiſtimat pecuniam creditam poſſe etiam intelligi, non peculiarem, ſed propriam patris, eius ſcilicet voluntate creditam vel etiam ſine voluntate, ſi modo fuerit conſumpta, vt nempe ex conſumptione naturalis obligatio naſcatur, & filio qui numerauit acquiratur. Quinimo non deſunt qui ex verbis ipſis manifeſtum eſſe contendunt ſolum debitorem peculium habuiſſe, & ita omnino conſtituendam eſſe ſpeciem alioqui obſcuriorem & ancipitem futuram, ſi vterque frater peculiatus ponatur. Verius tamen eſt vtrumque peculium habuiſſe, atque ita neceſſariò ponendam eſſe ſpeciem. Naturalis enim obligatio ex cauſa ciuili proficiſci debet *l. 49. non ſolum*, §. *vlt.* I. *de peculio* id eſt, ex contractu qui ciuilem etiam obligationem pareret, niſi contrahentium obſtaret conditio. At nullus contractus inter eas perſonas iniri poteſt, niſi prius conſtitutione peculii & quaſi proprii cuiuſque patrimonii ſeparentur, alioqui iuris poteſtate inuicem & cum patre in vnum coniunctæ, vt ante docuimus. Neque verò

dici potest cum Glossa, pecuniam creditam, non peculiarem esse potuisse, sed patris. Nam si patris voluntate eiusque nomine credita sit à filio qui peculium non habet fratri peculiato, manifestum est patri perinde atque si ipse numerasset quæsitam esse naturalem obligationem ministerio filii §. *venditæ, vers. nihil, instit. de rer. diuis. & l. 9. sed etsi*, §. 1. I. *de sc. Maced.* cui quidem illa quæri non potuit, quia oportet in mutuo dominum esse dantem saltem naturaliter, vt ei naturalis obligatio acquiratur *arg. l. 2. §. vlt. S. de reb. credit.* si verò patris voluntate credita fuerit, non suo nomine sed filii, manifestum quoque est pecuniam eo ipso fieri peculiarem & à rationibus paternis separari *l. 4. peculium* I. *de peculio.* At si patre nolente aut ignorante eius pecunia credita fuerit, nihil agitur, nam eius nihilominus manet *l. 3. §. proinde*, I. *de sc. Macedon.* quod si consumpta fuerit, vt ponit Glossa, soli tamen patri erit quæsita naturalis obligatio *arg. l. 9. sed si*, §. 1. *eod. t.* Nam quod receptum est, vt consumptione acquiratur obligatio ei qui nummos alienos suo nomine credidit, etiam furi, id totum iuris ciuilis est, & ad ciuilem obligationem pertinet *l. 12. si à furioso, iunctâ Glossâ, & l. 13. nam & si fur, S. de reb. cred. l. 94. si is*, I. *de solution.* At naturalis obligatio non contrahitur nisi per traditionem rei suæ §. *per traditionem, & §. seq. instit. de rer. diuis. l. 32. si & me, S. de reb. credit.* Non etiam dici potest, quod alii putauerunt, extraneum filiof. pecuniam in hoc dedisse, vt fratri peculiato crederet; nam si proprio suo nomine credi voluit, ab ipso uidetur profecta, & ei quæritur ciuilis obligatio in accipientem. Si autem filiif nomine, pecunia statim patri quæritur, & idem omnino dicendum atque si propria patris pecunia credita fuisset *d. l. 9. sed si*, §. 1. I. *de sc. Macedon.* Maneat igitur vtrumque fratrem peculium habuisse, sed mirum videri possit fratrem à fratre, cùm in eiusdem patris potestate essent, pecuniam mutuatum, & ex mutuo natam esse obligationem, cùm vulgò dicatur filiof. credi non licere *l. 4. de sc. Maced.* I. vetante scilicet illo sc. & cùm etiam certum sit filiumf. vel seruum, quamtumuis liberam peculii administrationem habeant, non posse tamen filiof. mutuam pecuniam dare, quia id sit perdere peculium *l. 3. §. in pupillo, eod. tit.* quandoquidem omnis denegatur actio, tam contra filiumf. debitorem, etiam post mortem patris *l. 1. ibid.* quàm aduersus patrem *l. 6. si filius, C. eod. tit.* & quod mirum est etiam si nummi extent in peculio debitoris *l. 9. sed si, §. 2. hoc senatusconsultum*, I. *eod. tit.* nisi fortè filiusf. miles sit, & castrense peculium habeat *l 2. ibid. & l. vlt. C. eod. tit.* quæ exceptio apertè etiam probat filiumf. qui priuatus sit & paganus ex mutuo non obligari. Sed respondendum est senatusconsulto quidem denegari actionem, manere tamen naturalem obligationem *d. l. 9. in fin.* neque eam senatusconsulto impediri *l. 10. quia naturalis*, de qua sola agitur *hac nostrâ l.* quod non absque dubitatione aliqua erga extraneum creditorem receptum fuisse innuit *l. 14. si filiusf. S. de reb. credit.* illis verbis, *magis est.* Videri enim potuit ex hoc senatusconsulto dari

ſoluti repetitionem, vt dari ex ſenatuſconſulto Velleiano docuimus *S. ex l. 24. debitrix*, §. 1. I. *ad ſc. Velleian.* quaſi vtroque caſu nec naturaliter deberetur. Sed differentia eſt quia interceſſio non eſt ex iure gentium, vt mutuum. Adde quod inter fratres peculiatos vel ſeruos qui ſint ſub eiuſdem poteſtate ceſſet ratio ſenatuſconſulti, hoc eſt periculum perdendæ pecuniæ mutuo inuicem datæ, quia proprietas patris & domini nihilominus manet, qui etiam peculium pro arbitrio ad ſe reuocare poſſunt *l.* 8. *non ſolum*, I. *de peculio*, & præterea peculio etiam durante poteſt deducere quod creditori debetur, imo iuris poteſtate peculium non intelligitur niſi eo deducto *l. 9. ſed ſi damnum*, §. *peculium*, *eod. tit.* naturalia enim debita ſpectamus in peculii deductione *l.* 11. *ſi noxali*, *ibid.* ita vt nullum periculum patri & domino eſſe poſſit rei ſuæ perdendæ; atque ideo mutui dationem inter ipſos permiſiſſe intelligantur, vt proinde eorum voluntate obligatio naturalis quæ ſola eſſe poteſt contracta videatur *l. 2. 4. & vlt. C. ad ſc. Macedon.* Dictum autem eſt filiumf. mutuam pecuniam à fratre in cauſam ſui peculii accepiſſe, quia ea eſt iuris preſumptio, ſi aliud non appareat *d. l. vlt. in f.* Nunc diſpiciamus quod ſecundo loco poſitum eſt, naturalem illam mutuo datæ pecuniæ obligationem patri per filium creditorem ſtatim ipſo iure quæſitam; illud verò ſequentibus argumentis probari putat Cuiacius. Primum, quia *in l. 79. placet*, I. *de acquir. hered.* generaliter & indiſtinctè definiatur patri & domino confeſtim acquiri quidquid per filiumf. & ſeruum acquiritur, idque intelligendum tam de naturali quàm de ciuili obligatione ex Azonis ſententia quam refert Gloſſa *in noſtrâ l.* in verbo *à fratre*. Deinde, quia ſi pater conueniatur actione de peculio ex contractu filiif. non tantùm deducit quod ſibi filius naturaliter debet, ſed & quod debet fratribus vel ſeruis qui ſub eiuſdem poteſtate ſunt, quaſi ſibi ipſi debitum *l. 9. ſed ſi damnum*, §. 2. *peculium*, I. *de peculio*, *l. 6. ſi peculium*, I. *de peculio legato*, §. *cum autem, inſtit. quod cum eo, & ibi Theoph.* Item, quia in noſtro contextu filius dicatur debitor, quod non niſi patris relatione dici poſſe videatur vt eiuſdem ſcilicet debitor intelligatur, cuius & filius eſt. Denique, quia, quamuis ſeruo non poſſit deberi niſi naturaliter *l.* 41. *nec ſeruus*, I. *de peculio*, certum tamen ſit per eum domino acquiri, & ſi quidem cum extraneo contractum ſit, acquiri domino etiam ciuiliter: ſi ab eo qui ſit in eiuſdem poteſtate, naturaliter tantùm. Quod ſi quis obiiciat naturalem obligationem non acquiri patri, quia eo poſito pater nunquam filio obligaretur naturaliter; quæſita enim filio obligatio naturalis in patrem mox acquireretur ipſi patri, & ad eum recurreret, ac per hoc confunderetur, patre eodem momento exiſtente creditore & debitore. Obiectioni huiuſmodi ille reſpondet, acquiri quidem patri ipſo iure obligationem in ſeipſum quam filius in eum habet, ſed non intelligi tamen quæſitam, quandiu pater ea acquiſitione non vtitur, id eſt quandiu peculium manet apud filium, quia cum ſuâ ſponte pater patri-

monium ſuum ſeparauit à peculio ac veluti patrimonio filii *l.* 4. *in prin.* I. *de peculio*, *l.* 37. *per ſeruum*, I. *de acquir. rer. domin.* cenſetur etiam patriam poteſtatem interim ſepoſuiſſe & perſonam filii à ſua diſtinxiſſe. Quod ſi quis quærat, an ſicut obligatio naturalis quæritur patri per filium creditorem, ita etiam onus obligationis ex filii debitoris perſona in eum transferatur. Reſpondet ille non transferri, hac ſcilicet ratione, quòd eiuſdem pecuniæ idem non poteſt ſimul debitor & & creditor inueniri *l. grauius*, I. *de fideiuſſor. l.* 34. *qui hominem*, §. *quidam*, I. *de ſolution. l.* 11. *cum filiof.* I. *de legat.* 1. Et hæc eſt communis Interpretum ſententia circa acquiſitionem naturalis obligationis. At verius eſſe videtur eam non acquiri patri vel domino, aut certè longè alio modo acquiri. Nam obligatio naturalis facti eſt, id eſt merè iuris gentium & nullo modo iuris ciuilis *l.* 41. *nec ſeruus*, I. *de peculio*, vt ante expoſuimus. At quæ facti ſunt non tranſeunt in patrem vel dominum *l.* 44. *qui heredi*, *in prin.* I. *de condition. & demonſt.* ſed cum factum in obligatione verſatur, omnimodo perſona filiif. vel ſerui continetur §. *ſed cum factum*, *inſtit. de ſtipulatione ſeruorum*, putà ſi quis iuſſus ſit dare filiof. aut ſeruo, vel ſi filiusf. aut ſeruus ſibi dari ſtipulatus ſit, aut vt ſibi ire agere liceat, aut vt illam rem vel illam eligere *l.* 141. *ſi ſeruus*, I. *de verb. obligat.* quâ ratione poſſeſſio quæ naturalis eſt & facti illis acquiritur non patri aut domino *l.* 24. *quod ſeruus*, I. *de acquir. vel amit. poſſeſſ.* quod & in vſufructu locum habere quibuſdam viſum fuerat *l. vlt. C. de vſufructu*; nam & Gloſſa *in d. l.* 79. *placet*, *de acquir. heredit.* eum perſonæ cohærere putat; imò certum facit acquiri & patri, nam & ſimplex vſus quæritur *l.* 12. *plenum*, §. *ſi vſus*, *S. de vſu & habit.* ſed dubitatur an filio abſente & multò magis mortuo pater vti frui poſſit *l.* 17. *filiof. eod. t.* Quibus conſequens videri poſſit, obligationes iuriſgentium, quia facti magis quàm iuris ſunt *l.* 7. *conſilio*, §. *vlt. de curat. furioſo* non potuiſſe acquiri patri vel domino, niſi approbatione ciuiles factæ fuiſſent.

Nec verò mirum, ſi quæ facti ſunt, id eſt iuris naturalis, perſonæ filiif. vel ſerui hæreant, quandoquidem & ſi fuerint heredes inſtituti, ius heredis perpetuo retineant, neque eis quorum poteſtate ſubſunt acquirant, quod in filiof. quidem admittit Gloſſa *in l.* 11. *cum filiof.*, *in verbo*, *ſed eſt pater* I. *de legat.* 1. vt ſcilicet filius ipſe inſtitutus ſit, & maneat heres, non pater *ex l.* 34. *qui homines*, §. 1. *de ſolution.* I. At Cuiac. *ad eandem l.* 11. idem etiam in ſeruo admittit ſecundum regulam iuris, vt qui ſemel eſt heres nunquam eſſe deſinat *l.* 43. *ex facto*, §. *vlt.* I. *de vulgari & pupill. ſubſtit.* quod hac potiſſimum ratione probat, quia *in d. l.* 11. non hereditas, ſed commodum hereditatis patri dominóue quæri dicitur, quod etiam probatur *l.* 93. *pater*, §. 1. *de acquir. hered. & l.* 10. *ſi filiusf. C. de petit. heredit.* vt nempe vtilitas commodum & emolumentum hereditatis illis quidem acquiratur non ius hereditarium *l.* 6. *ſi ſtatulibero* §. *ſi filiusf.* I. *de ſtatuliber.* Idque ſimiliter in legato dicendum videtur, vt nempe ius

ipsius filiof vel seruo cohæreat, neque patri aut Domino acquiratur, sed solum legati commodum *d. l.* 11. *& l.* 21. *legatum*, I. *de adimend. legat.* nam & ex serui persona, non Domini solius legatum consistit *l.* 82. *debitor* §. *seruo, de legat.* 2. *l.* 5. *de seruit. legat.* I. Quinimo & hoc generale videtur in omnibus quæ acquiruntur filiof. vt nempe ius penes filiumf. vel seruũ remaneat, commodum verò dumtaxat patri & Domino acquiratur, ita enim generaliter loquitur *l.* 1. *in prin. si à parente quis manumissus sit.* Nec obstat, quod seruus nullam iuris communionem habeat, vt ante docuimus; nam ex persona Domini accipit *l.* 31. *non minus, de heredi. instit. l.* 11. *cum in annos, de annuis legat*: I. & vt Theoph. ait, §. *sed cum factum, de stipulat. seruor. &* §. *seruus etiam alienus, de hered. instit. Institut.* persona seruo ex Domini persona affingitur & quasi imprimitur. Quare quod dicitur hereditatem patri vel Domino acquiri *l.* 19. *placet, de acq. heredit.* & eos fieri heredes per filiumf. vel seruum, vt *de hered. instit. Instit.* §. *seruus autem*, id ad emolumentũ & commodum, non ad ius est referendum, vt nempe ipsi in ea acquisitione & similibus, non tam suo, quàm filijf. vel serui iure vti videantur *l.* 38. *qui filio*, §. *vlt.* I. *de hered. instit.* quæ est Glossæ & Cuiac. sententia *ad d. l.* 11. *de legat.* 1. Nihil ergo mirum, si quæ facti sunt & iuris naturalis personis filiif. & serui cohæreant, nec ad patrem vel dominum transferantur, cùm idem in ijs contingat quæ iuris ciuilis sunt, quod quidem in naturali obligatione aliis quoque rationibus probatur. Nam certum est seruo qui peculium habet obligato alicui extraneo eam obligationem quæ naturalis tantùm esse potest *l.* 14. *serui, de obligat. & action.* in dominum non transire, sed personæ serui inhærere, ita vt dominus acceptum rogando nihil agat, cùm non sit ipse obligatus, sed seruus *l.* 8. §. *vlt. an inutilis*, I. *de acceptil.* quod etiam videre est *in l.* 50. *eo tempore*, §. 2. *etiam*, I. *de peculio* vbi quamquam dominus actione de peculio fuerit conuentus, ex serui scilicet contractu ex quo nata est naturalis tantùm in seruum oligatio, nihilominus tamen seruus fideiussorem vtiliter dabit, quia, inquit, naturalis obligatio quam etiam seruus suscipere videtur in litem translata non est. Quibus verbis perspicuum fit naturalem illam obligationem in dominum translatam non fuisse, neque vnquã à persona serui abscessisse; quod similiter intelligendum est de naturali obligatione quam seruus aut filiusf. aduersus aliquem habent, nulla enim differentiæ ratio esse potest. Nam dixeris iure si quidem constitutum, vt patri vel domino per filiosf. vel seruos acquiratur *l.* 79. *placet*, I. *de acq. heredit.* contrà verò cautum, ne per eos pater vel dominus obligari possit *l.* 12 *dominum, quod cum eo.* Facilè respondebo eam distinctionem iure ciuili obtinere, sed iure Prætorio quo solo naturales obligationes valent, æquum visum fuisse, vt pater & dominus ex contractibus filiif. vel serui, non minus ipsi peculio tenus obligentur, quàm alios sibi in solidum obligent § *item Prætor, vers. actiones autem, Instit. de action. l.* 3. §. *patri*, I. *de peculio, & d. l.* 8. §. *vlt. de acceptil.* I. Præterea illud aperte probatur *in l.*

64.

64 *si quod dominus, h. t.* vbi si quod dominus seruo debuit manumisso soluit, per errorem scilicet, id est, existimans ei aliquâ actione teneri, repetere non poterit, quia naturale agnouit debitum. Ex quo perspicuum est, vt rectè ibi Glossa obseruauit, obligationem naturalem seruo etiam in seruitute quæsitam, & in eius persona hæsisse, neque in dominum fuisse translatam. Neque quicquam facit, si respondeas quod in simili casu circa patrem & filium respondet Cuiac. vt supra retulimus, nempe obligationem illam naturalem domino quidem ipso iure fuisse acquisitam, sed non intelligi acquisitam quandiu dominus eâ acquisitione non vtitur, id est, quandiu durat peculium, quia interim dominus potestatem & ius suum suspendere & seponere intelligitur: at extincto peculio tunc demum apparere naturalem obligationem domino fuisse acquisitam. Nam illa responsio nullo iuris testimonio confirmatur, & præterea facilè refellitur. Certum enim est manumissione serui extingui peculium, siue sequatur manumissum, siue à domino retineatur *l. 1. in prin. & §. meritò, vers. nam cum, & vers. alienatio*, I. *quando de peculio annalis est actio* quare sequeretur manumisso seruo extingui confusione naturalem obligationem in persona domini, ac consequenter dari ei soluti repetitionem, quod tamen negatur *in d. l. 64.* Quinimo ratio quæ *in ea l.* subiicitur, eò palam spectat, vt intelligamus obligationem illam naturalem ita accipiendam, quasi inter liberas personas contracta sit, inspecto scilicet iure naturæ quo omnes homines æquales sunt, id est, liberi, & omissâ illâ personarum differentiâ & dominii ratione quam ius gentium introduxit, quod similiter de iure ciuili & patriâ potestate intelligendum est, & omnino eam obligationem ad naturæ simplicitatem, non ad iuris subtilitatem esse metiendam. Si ergo personam serui quasi hominis liberi & sui iuris spectemus, manifestum erit obligationem naturalem non potuisse acquiri domino, sed in serui persona semper hæsisse, quo nihil apertius. Quod similiter in filiof. dicendum est, & disertè probatur *hac nostra l. §. quæsitum, vers. contra*, vbi si pater quod filio debuisset eidem emancipato soluerit, non repetet, quia manet naturalis obligatio, cùm tamen certum sit emancipatione filii, vt manumissione serui, peculium extingui *d. l. 1. quando de pecul. ann. est act.* Obseruandum verò in hac specie, & in superiori non distingui, vtrùm peculium remaneat penes patrem vel dominum, an verò concedatur emancipato vel manumisso. Sed generaliter definiri obligationem naturalem superesse, atque ideo soluti repetitionem non dari. Et in seruo quidem inter viuos manumisso certum est peculium, nisi nominatim ademptum fuerit, ei concessum intelligi *l. vn. C. de pecul. eius qui libert. meruit.* In filio quoque fam. idem dicendum est, quia liberti patitur exitum, & manumiti etiam dicitur, ac libertatem adipisci *l. 1. I. si à parente quis manumiss. sit* & hoc apertè probatur *l. 31. donationes, §. 2. pater*, I. *de donation. l. 17. siue emancipatis, C. eod. tit.* & ita intelligendum quod dicitur *in l. vlt. C. de emancip. libe.* licere in emancipatione peculium filiof. do-

nare, vt nempe donari tunc videatur, cùm non adimitur, & quod dicitur *in d. l.* 1. emancipatum habuisse à parente beneficium bonorum quærendorum, non excludit, quin peculium etiam ei concedi potuerit: sed de eo non meminit, quia non quicumque emancipatur peculium habet. Consequens ergo est naturalem obligationem non acquiri patri vel domino, sed hærere in persona emancipati vel manumissi, etiam si peculium penes eos non maneat, sed à patre vel domino retineatur; quod omnino conuellit Cuiacii responsionē supradictam. Neque verò communis sententia quæ patri & domino naturalem etiam obligationem acquiri definit, vllo iuris aperto testimonio, aut certâ aliquâ ratione potest confirmari. Nam quod attinet *ad l. 79. placet, de acquir. heredit.* cuius solâ auctoritate communis opinio nititur, illa generaliter loquitur, neque vllam mentionem naturalis obligationis facit. Et rectè ibi Glossa eam de sola ciuili acquisitione accipiendam, neque ad naturalem obligationem pertinere putat; quod etiam scribit *ad l. 64. si id quod, h. t.* leui tamen argumento, quod nempe solius acquisitionis ciuilis exemplum in hereditate nominatim ponat *d. l. 79.* nam exempla regulam non restringunt, & præterea *in l. 1. I. si à parente quis manumissus sit*, Iurisconsultus nullo exemplo proposito indefinitè scribit, quodcumque sibi filiusf. acquirit, eius emolumentum patri quæri. Sed Glossæ sententia firmissimo argumento probari potest, nempe quod *dicta l. 79.* continet iuris ciuilis regulam, quod vel particula illa, *placet*, satis innuit. At naturalem obligationem ius ciuile non agnoscit, nec fouet, vt initio huius tractatus multis docuimus, nec etiam peculium §. *ex hoc, instit. quib. non est permiss. fac. testam.* quod etiam pluribus ante disseruimus. Quare quod *in d. l. 79.* dicitur, & consequenter *in d. l. 1.* ad ciuiles tantùm acquisitiones referendum est, vt vult Glossa, neque ad naturalem obligationem vllo modo pertinet. Sed neque rationes communis sententiæ supra relatæ vllius sunt momenti; nam cùm pater aut dominus conuentus actione de peculio deducit, non tantùm quod filiusf aut seruus sibi debet, sed etiam quod debet fratribus aut seruis qui sunt sub eiusdem potestate *l. 9. sed si damnum*, §. 2. *peculium*, I. *de peculio*, *l. 6. si peculium*, I. *de peculio legato*, §. *cum autem, instit. quod cum eo qui in aliena potest.* vel ex eo ipso euidentissimum est filiof. vel seruo quæsi am fuisse obligationem, postquam eis deberi dicitur. Et quod *in d. l. 9.* subjicitur, illud etiam patri vel domino deberi, non repugnat; debetur enim & ipsis, quia vti eâ deductione possunt nomine filii vel serui *l. 17. si seruus*, I. *de peculio*, quæ iuris potestate iam etiam facta intelligitur, locis proximè citatis, *& l. 1. de action. empti*, & quia peculium iure ciuili inspecto in bonis eorum est §. *ex hoc, quib. non est perm. fac. testam.* & Theoph. *in d* §. *cum autem*, in cuius vniuersitate obligatio quoque naturalis continetur, vt mox docebimus. Illa verò ratio quod *in nostrâ l.* filius dicatur debitor, quasi scilicet eiusdem intelligatur debitor, cuius & filius est, vix digna responsione. Nam filius quidem relatione patris qui prælegatum ei

reliquit dicitur: debitor verò relatione fratris qui pecuniam credidit. At vltima ratio manifestam captionem habet; quamquam enim ex contractu serui cum extraneo ciuilis obligatio iuris potestate quæratur domino, non tamen sequitur naturalem meram ei acquiri ex contractu inito cum eo qui sit in eiusdem potestate; quia, vt iam dictum est, acquisitio iure potestatis in iis tantùm locum habet quæ sunt iuris ciuilis, non quæ meri iurisgentium, siue, quod idem est, naturalis. Denique si patri vel domino naturalem obligationem quæri ex communi sententia ponamus, inextricabiles nectuntur nodi, quibus se nullus Interpretum potuit expedire. In primis enim eo posito pater vel dominus nunquam filiof. vel seruo posset naturaliter obligari, quod tamen vterque potest, vt *hac nostra l.* §. *quæsitum*, *& l.* 7. *quam Tuberonis*, §. *vlt.* I. *de peculio*; nam filiof. vel seruo quæsita naturalis obligatio in patrem vel dominum statim & ipso momento acquireretur patri vel domino debitori, atque ita confusione tolleretur, cùm vnus & idem debitor & creditor eiusdem rei esse non possit *l.* 71 *Granius*, I. *de fideiuss. l.* 34. *qui hominem*, §. *quidem*, I. *de solution. l.* 11. *cum filiof.* I. *de leg.* 1. Nam quod. Cui. respondere tentat, acquiri quidem patri vel domino obligationem, sed non intelligi quæsitam, nisi extincto demùm peculio, iam pluribus confutatum est. Deinde non minùs æquum esset obligationis naturalis onus transferri in patrem vel dominum ex persona filiif. vel serui debitoris, quàm obligationis naturalis emolumentum per filiumf. vel seruum creditorem; nullam enim differentiæ rationem afferri posse iam ostendimus. Nam quod respondent onus obligationis non transferri, quia eiusdem pecuniæ idem creditor & debitor inueniri non potest, nullomodo nodum soluit; quamquam enim id verum sit, cur tamen potiùs creditum transferatur quàm debitum? cur, inquam, potius dicemus debitum non posse transferri, quia creditum sit iam translatum, quàm contrà creditum non posse acquiri, quia debitum iam sit translatum in patrem vel dominum, cùm par sit in vtroque ratio æquitatis. Certè confiteri necesse est, aut neutrum transferri, aut vtrumque. At non vtrumque, quia tunc confusione tolleretur obligatio eo ipso momento quo esset contracta, neque unquam posset consistere inter eos qui sub eiusdem potestate essent, vt consistere certum est, vel *ex hac nostra l.* Consequens ergo est neutrum transferri. Denique si naturalis obligatio patri vel domino per seruum aut filium quæreretur, non esset in peculio: at certum est esse *l.* 7. *quam Tuberonis*, §. *vlt.* I. *de peculio*. Nam quod respondent, id fieri breuis manus fictione, quasi scilicet pater vel dominus quæsitam sibi per filium vel seruum naturalem obligationem intelligatur eidem concedere, vt peculij fiat, argumento eius quod in alia specie dicitur *l.* 43 *licet*, §. 1. I. *de iure dot.* commentitium prorsus est, neque aliquo iuris in eam quidem sententiam testimonio probari potest. Dixerit aliquis obligationem naturalem patri fuisse quæsitam *in nostra l.* postquam filius debitor pro ea parte quâ patri heres

extitit liberatur. Sed facilis est responsio; nam cùm morte patris peculium in eius patrimonium redeat, consequens est naturalem obligationem quæ peculio continebatur in heredes patris pro portione transferri *l. 64. si eius*, I. *ad Sc. Trebellia*. Verum tamen est naturalem obligationem patri quoque & domino acquiri, sed longè aliâ ratione, quàm vulgò creditur. Nam quidquid peculij causam apprehendit, patri vel domino acquiritur *l. 24. quod seruus*, I. *de acquir. vel. amitt. possess.* id est, quidquid peculio coaluerit, quidquid in peculio computatur & eius vniuersitate continetur: non tamen vt sigillatim & per se patri vel domino acquiratur, quæ est communis sententia, sed quatenus peculium accedit & accrescit, cuius vniuersi ciuilis possessio & proprietas patris & domini est *d. l. 24. quod seruus, &* §. *ex hoc, Instit. quibus non est permiss. fac. testam*, vt nempe sicut peculij vniuersitas eorum est iure ciuili, ita quoque quidquid ei accedit eorum fiat peculij nomine. Peculium enim crescit & decrescit *l. 40. peculium nascitur*, I. *de peculio*: neque tamen accessione vel decessione immutatur, sed idem manet *l. 76. proponebatur*, *S. de iudicijs*, *l 30. rerum*, §. *de tertio, de vsurpat.* I. Cùm igitur aliquid per filiumf. vel seruum acquiritur, si dixeris illud per se & separatim patri vel domino acquiri, malè dixeris. At si dicas acquiri, quia id sit in peculio & peculium augeat, peculium autem iure ciuili patris sit vel domini, rectè quidem dixeris, ex quo apparet peculio propriè & rectâ viâ acquiri: patri verò vel domino per consequentiam peculij. Quod faciliùs intelligetur comparatione arborum quæ vi fluminis cum parte prædij detractæ in alterius prædium afferuntur, vel quæ etiam in alieno fundo implantantur; nam eæ, si in eum fundum radices egerint, si inquam, comprehenderint, eius fiunt cuius fundus est, non quidem per se & separatim, sed per accessionem quasi pars fundi, imo propriè ipsi fundo acquisitæ videntur & solo cedere cui coaluerunt *l. 7. adeo*, §. 2. *quod si vis*, I. *de acquir. rer. domin.* §. *per alluuionem, &* §. *si Titius alienam, cùm* §. *quâ ratione, Instit. de rer. diuisio.* Hæc verò nostra sententia probatur apertissimè *d. l. 24. quod seruus, de acquir. poss.* I. Qui in tua potestate est, inquit, tibi iustam, id est, ciuilem possessionem acquirere potest, quia quod ex iusta causa corporaliter à seruo tenetur, id in peculio serui est, & peculium quod seruus ciuiliter quidem possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. Vult igitur ciuilem possessionem rei quam seruus peculiariter tenet acquiri domino, non quidem seorsim & per se, sed quia res est in peculio & iuris potestate dominus intelligitur peculium vniuersum ciuiliter possidere. Sed dubitari potest, vtrùm idem locum habeat, non solùm in naturali obligatione de qua agimus, sed etiam in ijs quæ ciuiliter acquiruntur, vtrùm scilicet & illa non specialiter & per se, sed per consequentias peculij tantùm, quasi eius accessio & incrementum patri vel domino acquirantur. Nam *in d. l.* 24. de ciuili possessione id affirmatur. Et sicut naturalis obligatio peculium auget & in eo est *l. 6. si peculium* §.

ſicut autem, de pecul. leg. l. 7. quam Tuberonis, §. *in peculio, verſ. ſed & id quod, l. 9. ſed ſi damno*, I. *de peculio*. Ita etiam ciuilis obligatio peculium auget, & in eo eſt *d.* §. *in peculio, l. 53. ſi quis vxori*, §. 19. *ſi ſeruus*, I. *de furtis*; atque ideo videtur peculio acquiri directò, domino autem vel patri per conſequentias peculij tantùm, & acceſſionis iure non ſeparatim. At contra in *l. 79. placet, de acquir. vel omitt. heredit.* I. dicitur patri vel domino ſtatim acquiri, nec diſtinguitur, vtrùm ex peculiari cauſa vel ex alia. Deinde *in d. l.* 53. §. 19. *ſi ſeruus*, diſertè dicitur quæri obligationem & actionem domino, quamuis ea in peculio ſit. Quinimo nec in peculio propriè videtur eſſe ciuilis obligatio, ſed domino vel patri hærere. Nam ſi ſeruus à domino ſuperſtite manumittatur, peculiũ quidẽ manumiſſi erit, ſi non fuerit nominatim ademptũ, non tamen poterit debitores peculiares conuenire, niſi mandatis ſibi à domino actionibus *l.* 53. *ſi ſticho*, I. *de peculio*, ex quo apparet actiones penes dominũ reſediſſe. Item *in l.* 5. I. *de pecul. legat. & l. 8. denique*, §. 4. *item ſi ſeruo, eod. t.* ſi peculium legatum fuerit, ſiue extraneo, ſiue etiam ipſi ſeruo teſtamento manumiſſo, conſtat heredẽ nomina peculiaria perſequi poſſe, non legatariũ, niſi præſtitis ei actionibus, ac conſequenter actiones non ineſſe peculio. Quid igitur eſt quod dicitur nomina & actiones eſſe in peculio? Id duplici ratione videtur intelligendum, nempe ratione ipſius ſerui vel filiif. vt poſſit de iis paciſci & tranſigere, non donationis tamen cauſâ, & quod ex iis debetur accipere, & liberare debitorem, *d. l.* 53. *ſi quis vxori*, §. 19. *ſi ſeruus*, I. *de furtis*. Item ratione creditorum peculiarium, vt ſcilicet ſi peculij computatio ineunda ſit, actiones & nomina in peculio eſſe cenſeantur, vt peculium augeant *l.* 51. *quod debetur* I. *de peculio*, atque hactenus de ſecunda poſitione communis ſententiæ, id eſt, de acquiſitione naturalis obligationis. Sequitur vt de tertia dicamus, quæ ſic habet: Morte patris extingui peculium & in eius hereditatem transfundi. Ea verò ſic videtur intelligenda, vt non ipſâ quidem morte patris peculium extinguatur, licet morte filiif. extinguatur *l.* 1. §. *annus*, I. *quando de pecul. ann. ſit actio*, ſed per conſequentias mortis. Nam pater moriens ſiue teſtatus, ſiue inteſtatus ius omne quod habuit tempore mortis heredibus relinquit, ac per hoc dominium rerum peculiarium quæ in eius bonis iure ciuili ſemper remanſerunt, §. *ex hoc, Inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Itaque eius morte res quæ ſunt in peculio ſunt hereditariæ *l.* 65. *emptor*, §. 1. *ancillam*, *S. de rei vindicat.* & penes ſucceſſores eius proprietas remanet *l. vn. C. de pecul. eius qui libert. meruit, d. l.* 1. §. 3. *alienatio, verſ. ſed etſi*, I. *quando de pecul. ann. eſt actio*. Adde quod filiuſf. morte patris iam paterf. effectus non poteſt peculium habere, atque ita etiam nec peculij nomen manet, ſed aliis rebus paterni patrimonij confunditur *l.* 181. *paterf.* I. *de verb. ſignif. l. vlt. in f. C. de inoff. teſtam.* Sed quia peculium non in iure proprietatis & dominio ciuili, ſed in naturali poſſeſſione, id eſt rerum detentione à patre conceſſa propriè conſiſtit *l.* 24. *quod ſeruus*, I. *de acq. vel amitt. poſſeſſ. l.* 8. *non ſtatim*, I. *de*

pecul. dici potest peculium eatenus adhuc consistere videri, quia eius concessio non fuerit reuocata *l.* 4. §. *pen. & 70. quam Tuberonis*, § *vlt.* I. *de peculio*, aut saltem quia peculij nomen propriè extinctum est, res ipsas quæ in eo fuerant, in causa peculij durare, vt disertè dicitur *in l.* 12. *filiæ*, §. 1. *C. de collation.* Quâ etiam loquendi formâ vtitur *d. l.* 4. §. *pen.* In causa autē peculij significat, non quidem peculium propriè esse, sed peculij speciem & similitudinē quamdam habere: sicut in causa caduci dicitur, quod non apertè caducū est, sed ei tamen aliquatenus simile est §. *& cum triplici, de caduc. tollen.* Eas autē res in causa peculij durare ex eo apparet, quod *in l.* 13. *certum. C. famil. erciscund.* dicitur liberorum peculia post mortem patris in hereditatem diuidendam esse reuocanda, reuocanda, inquam, quia non ipso iure sint reuocata, quod scilicet attinet ad naturalem detentionem & administrationem rerum, vt ibi Glossa. Apparet etiam *ex hac nostra l. vers. igitur*, vbi peculium post mortem fratris inter fratres diuidi dicitur; Illa enim naturalis detentio non potest efficere, vt peculium maneat præcipuū, sed hoc tamen tribuit, vt is qui iure peculij tenuit aliquid quod suum fuit in commune conferre videatur *l.* 12. *filiæ licet*, *C. de collation.* nam collatio est propriè cùm quis bona sua in medium confert fratribus, vt hereditati paternæ confundantur *l.* 1. *in prin.* I. *de collation. & l.* 8. *si soror*, *& l.* 19. *ille*, §. *talem C. de collation.* Quarta positio est: Onus debiti sequi peculium, hoc est, eum apud quem est peculium sustinere onus peculij vel in solidum vel pro rata eius quod ex peculio habet, quæ probatur *l.* 38. *depositi*, *in f. l.* 29. *si quis seruum*, *l.* 49. *quoties*, §. 3. *si creditor*, *& sequentibus* & præsertim §. *vlt. l.* 32. *si ex duobus*, I. *de peculio.* Neque obstat *l.* 34. *non penes*, I. *eod. tit.* nam longè aliud est peculium, id est rerum & iuris vniuersitas, ac quasi patrimonium, aliud res peculiaris, id est corpus singulare, vt intelligitur ex coniunctione *l.* 33. *sed si quis*, *eod. tit.* onus debiti sequitur quidem vniuersitatem peculij, non tamen res peculiares sigillatim *l.* 10. *si peculium*, I. *de peculio legat.* Item non obstat quod *in nostra l.* § *quæsitum*, pater tenetur actione annali de peculio, etiamsi nihil ex peculio apud eum remanserit; nam videtur penes eum esse peculium, cùm per ipsum steterit quominus habeat *arg. l.* 11. *si noxali*, §. *quod autem*, I. *de peculio*; quâ ratione & qui peculium donarit tenetur *l.* 1. § *in alienatione*, I. *quando de pecul. ann. est act.* Item non obstat quod qui vendidit peculium & pro eo pretium accepit obnoxius manet oneribus peculij *d.* §. *in alienatione*; nam pretium succedit in locum peculij *d. l.* 33. *sed si quis*, I. *de peculio.* Nec repugnat quod sequitur *in l.* 35. *at cum*, *eod. tit.* heredem qui iussus sit peculium dare acceptâ certâ summâ, non videri penes se peculium habere; nam hæc summa non pretii vel legati nomine propriè accipitur, sed conditionis implendæ causâ *l.* 91. *in quartam* I. *ad L. Falcid.* vt ad eam leg. pluribus exposuimus. Denique non obstat *l.* 18. *si seruo* I. *de peculio legato*, vbi si seruo manumisso peculium legatum sit in eum creditoribus peculiarijs actiones non competunt. Nam & in

hac ſpecie onus debiti ſequitur peculium, quia quamquam ſubtili iure actiones dirigantur in heredem, quaſi ſcilicet ipſe videatur peculium penes ſe habere, qui tradendo id legatario liberationem eſt conſecutus : tamen non aliàs heres peculium præſtare legatario tenetur, niſi ei caueatur ab ipſo defenſum iri aduerſus creditores peculiarios *d. l.* 18. *&* *l.* 1. §. *item heres*, I. *quando de pecul. annal. eſt actio.* ac conſequenter euentu inſpecto actio in legatarium qui peculium habet competit, quia ſcilicet eam ſuſcipere tenetur, vt heredem defendat, quomodo videtur intelligenda *l.* 2. *C. an ſeruus ex ſuo facto poſt manumiſſion. teneatur.* Neque repugnat quod dicitur *l.* 1. §. *per contrarium*, I. *de dote prælegata*, vbi dicitur ſeruum cui peculium legatum ſit, non autem heredem poſſe conueniri ſine ope cautionis. Nam ibi Vlpianus refert quidem ſententiam Iuliani, ſed eam non ſequitur, imò contrariam *d.* §. *item heres*, vbi ait de ea re controuerſiam inter prudentes fuiſſe ; quod hîc Cuiac. refert ad Sabinianorũ & Proculianorum diſſenſiones. Vltima poſitio eſt ; Naturalem quoque obligationem, ſicut ciuilem, confuſione tolli, veluti ſi creditor debitoris, vel contrà debitor creditoris adierit hereditatem, *l.* 95. *ſtichum*, §. *aditio*, I. *de ſolution. l.* 21. *heres*, §. *quod ſi ſtipulator*, *l.* 71. *Granius* alias *Vranius*, I. *de fideiuſſ. l.* 6. *in imponenda*, *C. ad L. Falcid. l.* 1. §. 13. *ſi debitor*, I. *eod. tit. l.* 21. *ſi id quod*, I. *de liberat. legata*, aut ſi creditor in debitoris peculium ſuccedat vel contrà, nam peculium quoque quaſi patrisf. patrimonium vniuerſitatem quamdam rerum & iurium comprehendit, *l.* 7. *quam Tuberonis*, §. *in peculio*, I *de peculio.* Vt nempe obligatio, vel in ſolidum, vel pro portione tantùm confundatur, pro modo ſcilicet ſucceſſionis, *l.* 50. *debitori*, I. *de fideiuſſ. l. pen. de hereditar. action. C. l.* 7. *ſi ab eo C. de negot. geſt.* Neque obſtat, ſi dixeris cum quibuſdam naturalem obligationem ſolâ naturali non ciuili ratione eſſe ſpectandam, & cùm naturaliter cõtrahatur, naturaliter tantùm diſſolui, non ciuilibus modis. Nam ratio ipſa naturalis ſatis dictat fieri non poſſe, vt ſibi ipſi quis debeat, & vt idem eiuſdem rei ſiue pecuniæ debitor & creditor ſimul exiſtat. Et quod dicitur *in f. tit. de iuſtit. & iure Inſtit.* ius priuatum collectum eſſe ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus, ita eſt accipiendum, vt ius naturale aut gentium nunquam merum ſpectemus, ſed temperatum præceptis ciuilibus & prætorijs *l.* 31. *bona fides*, I. *depoſiti*, *l.* 6. *ius ciuile*, *S. de iuſtit. & iure.* Itaque naturalis quoque obligatio ciuilibus modis tollitur, putà deportatione, *l.* 47. *ſi debitori*, I. *de fideiuſſorib.* iuſto pacto vel iureiurando, & ipſo quidem iure *l.* 75. *ſtichum*, §. *naturalis*, I. *de ſolutionib. & liberat.* Non etiam obſtat, quòd in ponenda ratione legis falcidiæ heres deducit & retinet quod ſibi defunctus debuit, vel bonis hereditarijs imputat quod ipſe debuit defuncto ; atque ita non videtur confuſione tolli obligatio, *l.* 6. *in imponenda*, *l.* 8. *irritum*, *C. ad L. Falcid. d. l.* 1. §. 13. *ſi debitor*, I. *eod. tit.* Nam confunduntur quidem actiones, ac conſequenter tolluntur aditione, vt dicitur *in d. l.* 6. *&* *d.* §. *ſi debitor*, ſed quia heres non conſe-

quitur plenum aditionis fructum, quandoquidem hereditas legatis exhausta est, & heres ad quartam falcidiam restringitur, ideo perinde bona computantur, atque si aditione non fuissent confusæ & sublatæ actiones. Denique non obstat *l.* 59. *debitor*, I. *ad sc. Trebell.* in qua post aditionem hereditatis & sublatam confusione ciuilem obligationem, manet tamen naturalis obligatio. Nam, vt Cuiac. docet *ad d. l.* 59. *in quæstionibus Pauli, & ad hanc nostram l.* obligatio quidem personalis confusione tollitur; at obligatio realis, id est pigneratio non tollitur *l.* 38. *cum quis*, §. *vlt.* I. *de solution.* quod satis apparet ex verbis *d. l.* 19. non enim absolutè dicitur manere naturalem obligationem, sed manere propter pignus.

FINIS.



AD L. 31. BONA FIDES D. DEPOSITI.

CIVILIS & Canonicæ sapientiæ partes primæ duæ sunt, æquitas & ius *l. 22. in fin. de pactis, S. l. 1. de legib. l. vlt. de edendo, & l. 4. de his qui accus. non poss. Cod.* Hanc partitionem prima vtriusque prudentiæ pagina statim præ se fert; nam Iustinianus *in instit. & Pandectis* initium facit, *à titulis de iustit. & iur.* id verò est, de æquitate & iure, vt mox docebimus, & Gratianus eodem omnino sensu ipso decretotum principio scribit, humanum genus duobus regi, naturali videlicet iure & moribus. Ius naturale ibi explicat, quo quisque iubetur alijs facere quod sibi vult fieri, & prohibetur alijs inferre quod sibi fieri nolit, quæ est ipsa mera æquitas: mores verò dicit pro iure positiuo siue scripto siue non scripto, vt rectè Glossa & secundi canonis contextus apertè probat. Quo sensu Virg. 6. Æneid. *moris* vocabulo vsus est.

Tu Regere Imperio populos Romane memento,
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem.

Vbi pacis morem, legem pacis Seruius disertè interpretatur. Et de iure quidem assidua & quotidiana in Scolis tractatio; de æquitate verò rarior & insolita: huius tamen accurata ex suis causis & ipsa Prudentum mente enucleata & ardua, valde ita iurisconsulto imprimis necessaria. Æquitas enim totius iuris principium & finis est, quæ ideo in omnibus quidem rebus, maximè autem in foro & iudicijs regnare debet, *l. 90. de reg. iur.* I *& l. 8. de iudic. Cod.* cuius consequenter modum & rationem ignorare maximè periculosum, quandoquidem in quæstionibus de bono & æquo plerumque sub authori ate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt Celsus adolescens admonet *in l. 91. § sequitur, de verb. oblig.* I. huius argumenti subiectum & campus erit hæc *lex bona fides, h. tit.* in quo iurisconsultus de æquitate naturali & ciuili ex professo elegantissimè tractat. Occasionem argumento præbet, non solùm primus titulus primi Pandectarum voluminis, quod hoc anni principio in schola versatur. sed ipsa quoque iuris Ciuilis definitio quam Vlpianus statim in prin-

cipio vt elegantem ex Celso patre proponit. Interest enim studiosæ iuuentutis à primordiis ipsis studiorum intelligere (quod Reipublicæ quoque maximè interest) ius ciuile non esse artem litigandi, sed artem æqui & boni, artem, inquam, iustitiæ, æquitatis, & bonitatis ; atque ideo verissimum esse quod Tullius scribit 1. *de legib.* iuris potius ignorationem litigiosam esse quàm scientiam. Quod & si plerique aliò detorqueant, id non artis, sed hominum vitio contingere, vt & in alijs artibus accidere videmus ; quamquam enim suos artifices viros bonos & artis peritos singulæ definiunt, improbos tamen & indoctos è scholis suis sæpius dimittunt, discipulorum videlicet, non disciplinæ culpâ. Adde quod hoc argumento tractando summa totius iurisprudentiæ principia aperiuntur, & primi ipsius iuris fontes recluduntur, atque cupida legum iuuentus ad æquitatem bonitatemque naturæ accommodatur ; tota enim nostra disputatio tripartita erit. Primùm enim inquiremus, quid sit æquitas in vniuersum, & quid à iure differat. Deinde qualis sit æquitas ciuilis, quâ viâ exquirenda, & à quibus proficisci debeat. Denique quis sit sensus, *legis 8. placuit, Cod. de iudicijs*, quæ facilitatis specie plurimos decipit, qui dum verba se tenere putant, à vi & mente legis longissimè absunt. Placuit in omnibus, inquit, præcipuam esse iustitiæ æquitatisque, quàm stricti iuris rationem. Videndum enim, num hoc Constantini rescriptum de æquitate scripta intelligendum sit, an de æquitate non scripta, sed excogitanda & inuenienda, id est, an iudices soluat legibus, & eorum arbitrio iudicia permittat ; quod nisi rectè explicetur, malam profectò malis hominibus qui leges & magistratus pessimè oderunt calumniandi causam præbere possit, dum iuris & iudiciorum authoritatem, hoc est societatis humanæ vinculum & tutelam labefactare & quibusuis artibus conuellere moliuntur. Sed prius explanandus est contextus *nostræ legis bona fides*, & singulis verbis congrua est aptanda interpretatio.

Ait Lex *Bona Fides*. Fides est, vt definit Tullius 1. offic. dictorum conuentorumque constantia ac veritas, quam definitionem confirmat *l. 2. S. de pactis*, dum ait nihil tam congruere fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt seruare. Fides ergo dici non potest cui definitio non conueniat ; atque ideo non alia potest esse quàm bona, alioqui non fides iam sed ei aduersa perfidia erit *l. 11. si quis, C. depositi*. Per abusionem tamen mala etiam fides in iure dicitur, *l. 3. mala fide, de condictione ex lege C. & passim*, vt apud alios auctores eodem sensu fides sublesta, Græca, Pœna. Quâ etiam formâ testamentum quod nullum est, aut falsum, abusiuè testamentum appellatur, *l. 2. §. 1. testamenta, quemad. aperiantur* I. Nisi fortè quis malit existimare verbum hoc *fides* ex eorum genere esse quæ media dicuntur, quibus scilicet in bonis malisquè promiscuè vtimur, *l. 1. §. persuadere, S. de seruo corr.* quale est dolus ; nam dolum bonum & dolum malum dicere possumus, *l. 1. §. non fuit, S. de dolo* : & similiter venenum *l.*

236. *qui venenum, de verb. signif.* I. Vt vt sit, cùm nostri Auctores fidem dicunt, bonam vel malam solent addere ad discretionem & differentiam.

Ait Lex. *quæ in contractibus exigitur.* Sic *in l.* 11. *quod fidem, h. tit.* bonam enim fidem in contractibus considerari æquum esse dicit generaliter *l.* 4. *de obligat. & action. C.* nam & in omnibus alijs in vniuersum æquitas spectanda dicitur *l.* 90. *de regul. iur.* I. Inde tamen colligi non potest, quod quidem Gothofredus *ad d. l.* 4. malè adnotat, non ita magni momenti haberi differentiam contractuum stricti iuris & bonæ fidei; imò contrà maximi momenti semper manet, *§. bonæ fidei, Instit. de action.* vt rectè Glossa docet *ad d. l.* 4. & in natura ipsa rationem æquitatis positam habet quæ illud exigit, vt nempe in quibusdam actionibus solutiùs, id est liberiùs, laxiùs, vberiùs bonam fidem sequamur, vt de æquitate dicit *l.* 14. *si quis, §. idem Labeo, S. de religios.* in actione funeraria; quia scilicet, vt subiungit, id natura actionis indulget. Ideo autem bonam fidem ad contractus lex restringit, quia fides non circa conuentiones & contractus versatur, vt ex definitione constat, *ex d. l.* 1. *S. de pactis*, in quibus nempe solis fidem nostram damus, & alienam sequimur *l.* 1. *S. de rebus credit.* & ita quoque Tullius paulò ante definitionem iustitiæ fidem ad res contractas refert. In cæteris verò extra contractus & pacta æquitatis quidem ratio haberi potest, bonæ fidei non potest, cùm nihil pactum conuentumue sit *d. l.* 90. *de reg. iur.* I.

Ait. *Æquitatem summam desiderat*, Tullius in tradenda fidei definitione scribit, fidem esse iustitiæ fundamentum: cuius dicti quòd omnium ore teritur difficilis mihi videtur esse explicatio; nam si iustitiam in persona iudicis intelligas, quam quæso dictorum conuentorumque constantiam & veritatem in iudice erga litigatores requires, cùm quibus neque pactus est, neque contraxit (quamquam interdum iudicis fides dicatur, sed alio sensu pro iurisiurandi scilicet religione quâ tenetur). Verius ergo est, vt iustitiam ibi intelligamus virtutis quartam illam speciem quam quisque priuatim exercet, dum constanter & perpetuò suum cuique vult reddere; nam huius virtutis quasi propria sedes positio & situs est in fide potissimùm, id est pactorum & contractuum obseruatione, in quibus solis fides, vt iam dictum est, versatur & consistit: quamquam & ad alia quoque virtus illa pertineat, in quibus etiam suum cuique tribuendum est. Sed quid ista ad nostram hanc legem? Nempe quia simile aliquid hîc significat, dum dicit bonam fidem quæ in contractibus exigitur æquitatem summam desiderare. Æquitas enim non in contractibus solùm sed etiam in omnibus desideratur, vt iam probatum est; sed tamen in contractibus potissimùm, quia bona fides quæ in contractibus solis & pactis locum habet æquitatem maximè desiderat, & eam quidem non qualem qualem, sed summam; sunt enim æquitatis gradus, & æquo æquius, bono melius dari potest; vnde frequens illa clausula *æquius melius l.* 66. *in his, §. vlt. solato matrim. l.* 82. *si cum Cornelius*, I. *de solution.* & apud Tullium sæpius. Quod apertè dicitur. I. *vers. & hanc probo.*

Ait. *Ad merum ius gentium*, id est naturale, inquit Glossa, citato §. *singulorum, Instit. de rer. diuis.* quod cautè intelligendum ex ipsa citatione quæ ambiguitatem tollit, alioqui futuram in eo verbo. Ius enim naturale vt plurimum intelligere solemus, quod nobis cum brutis commune est, quodque non est propriè ius, sed instinctus; quamquam enim in ipsius naturæ ratione æquum & bonum sit non minus quàm ius gentium: in ipsis tamen brutis tale dici non potest, in quæ ius vel iniuria cadere non possunt, *Instit. si quadrup. pauperiem fecisse dicatur.* At in hominibus ius illud naturale quod est cum brutis commune verè ius est. Nam cùm ius gentium simul cum ipso genere humano rerum natura prodiderit *d.* §. *singulorum*, ius naturale quod vnà ijs ingeneratur, vt & alijs animantibus, nunquam à naturali rationè in hominibus separari potest aut debet; quod significat, *l.* 1, §. *pen. S. de iustit. & iure*, dum maris & fœminæ coniunctionem quæ in brutis quoque cernitur, matrimonium inter homines appellari scribit, id est, iustam & rationi consentaneam coniunctionem. Cùm ergo ius naturale pro iure gentium vsurpatur, debemus intelligere, non ius naturale præcisè & absolutè, sed ius naturale gentium siue hominum, vt *in d.* §. *singulorum*, & §. *venditæ, eod. tit.* ius naturale humanum, vt Liuius vocat lib. 5.

Ait. *Æstimamus ad merum ius gentium.* Obserua merum ius gentium, id est naturale hominum, in quibusdam valere sine vllo iuris ciuilis temperamento vel mixtura, vt apertè innuitur I. §. 1. *vers. si tamen ignorans.* Alij enim sunt modi acquirendi Dominii iure naturali, id est gentium, alii iure ciuili, *d.* §. *singulorum, Instit. de rer. diuisio.* Alia naturalis obligatio, alia ciuilis, siue aliud naturale vinculum, aliud ciuile, *l.* 59. *si fideiussor, S. de condict. Ind.* Alia possessio naturalis, alia ciuilis, *l.* 2. §. 1. *quod vulgò* I. *pro herede.* Alia æquitas naturalis, alia ciuilis, *l.* 1. *si is, qui testam. liber esse iussus.* quod & multis alijs exemplis probari potest. Ratio dubitandi, quia cùm æquitas primam suam originem à natura habeat, naturaliter videri posset æstimanda.

Ait. *Cum præceptis ciuilibus & Prætorijs*, id est, ad ius ciuile quod ex iure gentium & ex iure positiuo conflatur *l.* 6. *ius ciuile est, S. de iustitia & iure.* Præcepta autem ciuilia & prætoria distinguit, quia illa sunt propriè ipsum ius: hæc iuris interpretatio, *l.* 7. *ius autem ciuile, & l.* 8. *nam & ipsum, eod. tit.* vtraque tamen generali iuris ciuilis nomine continentur §. *constat, Instit. de iure natur. gent. & ciuili.*

Ait. *Veluti reus.* Glossa rectè, id est, accusatus; nam in causa capitali reus non est, nisi qui iudicio publico reus factus est, *l.* 3. §. *sed & si*, I. *de lib. hom. exhib.* & qui consequenter inter reos receptus est, *l.* 12. *hos accusare*, I. *de accusat.* At in causa ciuili reus dicitur, non solùm qui iudicio conuentus est *l.* 48. *Quintus*, I. *mandati*, sed etiam antè, vt *toto tit.* I. *de duob. reis stipulan. & promitt.*

Ait. *Capitalis iudicij.* Capitale iudicium est cuius pœna caput de ciui-

tate eximit, putà mors, aut seruitus, aut exilium, hoc est aquæ & ignis interdictio, in cuius locum deportatio successit. *l. 2. de publi. iudic. l. 2. de pœnis* I. *& in hoc exemplo nostræ legis.* Deportatio verò ciuitatem quidem adimit, non tamen libertatem §. *minor, de capit. minut.* §. *cum autem, quib. mod. ius potestatis soluitur, Instit.* vt rectè Glossa hîc in verbo *deposuit.* Ponit ergo lex eum qui pecuniã deposuit reum esse capitalis iudicij. Quid si post depositam pecuniam crimen capitale admiserit, & deportatus pecuniam repetat? Idem censeo ac si iam reus deposuisset, quia cùm depositũ duret, perinde est ac si à reo qui in voluntate perseuerauit factum fuisset. Quid si capitale quidem crimen iam admiserat, eius tamen reus nõndum factus pecuniam repetat? ei proculdubio incunctanter erit restituenda. Quid si reus quidem factus nondum tamen peractus & condemnatus pecuniam repetat? Idem omnino censeo nisi cum absentis bona obsignantur, & cauetur ne quid à debitoribus ei soluatur, *l. vlt. in prin. & fin.* I. *de requir. reis*; nam alioqui reus integram suam rem interim habet, vt est, *in ead. l.* Quid si non capitalis quidem iudicij, sed priuati delicti reus sit, putà furti, rapinæ? Idem quoque censeo, vt ei depositum restituatur, nisi ipse dominus rem suam repetat. §. *incurrit,* I. *& d. vers. quod si ego.*

Ait. *Deposuit apud te centum.* Pecuniæ numeratæ depositum ita demum propriè constat, si clausa vel obsignata tradatur, non si adnumeretur tantùm, *l.* 31. *in nauem,* I. *locati, l.* 24. *Lucius Titius Sempronio, h. t. l. 9. certi condictio,* §. *vl.* I. *depositi.*

Ait. *Ipsi*, rectè Glossa, ipsi qui deposuit, vel eius procuratori.

Ait. *In publicum deferenda*, hoc est, in fiscum. Publicum quidem propriè fuit ærarium Populi Romani, sed cùm Populus in Principem ius omne suum transtulisset, publicum cæpit dici pro fisco Principis, Plinius secundus in Panegyrico: At fortasse non eadem seueritate fiscum quâ ærarium cohibes? imò tantò maiori, quantò plus tibi licere de tuo quàm de publico credis. Vide alios locos apud Brisson. de verb. sign. in *fiscus.* Ita vt posterioribus temporibus publicum absolutè & præcisè dicatur pro fisco, vt *apud Iulian. nou. 1. cap. 1. in f. & c. 2. in f.*

Ait. *naturale & gentium ius.* Quod antè dixerat ius gentium simpliciter, nunc dicit naturale & gentium coniunctim pro eodem, sicut exposuimus supra.

Ait. *Legum ordinem*, sic legum ordo, *in l. 3. C. de Incest. & inut. nupt.* Ab eo ordine ordinaria dici solent quæ fiunt legitimo ritu: & contrà extraordinaria quæ fiunt quasi naturaliter & iure gentium absque iuris ciuilis solemnibus, vt *tit. de extraordin. cognit.* I. *& Instit. tit. de succession. sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem.*

Ait. *In publicum deferenda sunt*, manifestum est Iurisconsultum hîc definire quæstionem, quamuis id Glossa neget.

Ait. *ad deterrenda maleficia*, vide Gloss. S. in verbo. *deferenda.*

Ait. *etiam egestate laborare debet.* Interest ergo reipublicæ nocentes non

solùm infamari, *l.* 18. *eum qui*, I. *de iniurijs*, & pro modo criminis puniri, sed etiam egestate laborare. Ex hoc autem loco intelligitur deportati bona publicari, bona, inquam, omnia *l.* 3. *cum ancillis*, *C. de incest. & inutil. nuptijs*, *l.* 1. *de bonis damnat.* I. *l.* 3. *ad L. Iul. pecul.* I. *l.* 8. *deportatorum*, *C. de pœnis*, *l.* 97. *ea sola*, I. *de reg. iuris*, & ea in re deterioris est conditionis quàm relegatus cuius bona, etiamsi in perpetuum sit relegatus, fisco non vindicantur, nisi sententiâ specialiter adempta fuerint *d. l.* 8. *C. de pœnis*: si verò ad tempus nullo modo, *l.* 1. & 3. *de interdictis*, & *relegatis*, & *deportatis* I. Videtur tamen deportatis pars tantùm bonorum posse interdum adimi, sicut & relegatis in perpetuum *l.* 4. *relegati*, *eod. tit.* his verbis, *nam eorum qui in perpetuum exilium dati sunt vel relegati potest quis sententiâ partem bonorum adimere.* Quamquam enim Glossa ibi relegatos & in perpetuum exilium datos pro ijsdem relegatis accipiat: repugnat tamen contextus qui eos manifestè distinguit; nam & exilium propriè est deportatio, quæ scilicet in locum aquæ & ignis interdictionis successit *l.* 2. I. *de public. Iudic.* Idem probare videtur, *l. vlt. inf. de bonis damnat.* I. si eodem tenore tota legatur, nempe vt pars dumtaxat bonorum deportato cui adimitur ciuitas auferatur. Idem etiam significare videtur, *l.* 7. *relegatorum*, §. 1. *hæc est differentia*, *vers. ad tempus*, I. *de interdict. & relegat.* nam si versiculus ille cum reliquo §. conferatur, hanc differentiam videtur innuere, vt deportato bona tota, vel pars adimi possit, non relegato ad tempus. Et hoc sensu videtur Lex nostra non solùm dixisse, eum qui deposuit fuisse deportatum, sed etiam addidisse bona eius publicata esse, vt significaret nullam partem bonorum in hac specie deportato fuisse relictam. Quo casu deposita pecunia ei proportione restituenda foret, nisi fortè ea verba ad iuris noui differentiam à Triboniano addita fuerint, quo iure deportati bona non publicantut, si habeat ascendentes vsque ad tertium gradum, *auth. bona damnatorum*, *C. de bonis proscript. & No.* 134. *vt nulli iudicum*, §. *vlt. coll.* 9. *quibus ea bona reseruantur.* Sed, vt opinor, post mortem tantùm deportati, vt *in prin. l.* 10. quæ authenticam præcedit *d. t. de bonis proscript.* cum tamen veteri iure ante nouellas etiam illa bona quæ deportatus post pœnam irrogatam habuit publicentur, neque in ijs heredes habere possit, *l.* 2. *eod. tit. C.* Nam cùm deportati ea quæ sunt iuris gentium retineant, possunt ex testamento militis capere, *l.* 7. *si deportati*, I. *de legat.* 3. *l.* 17. *sunt quidam*, *de pœnis* I. vbi Glossa adnotat posse eos sibi acquirere, quod intelligendum est impropriè, vt nempe habeant & teneant, dum viuunt *d. l.* 2. sicut olim latini, §. *libertinorum*, *de libertin. Instit. iuncto Theoph. & l. vn.* §. 1. *de latina libert. toll. C.* habere enim debemus ibi intelligere, non iure dominij, sed obtinere siue tenere, *l.* 9. *officium*, *S. de rei vindic. l.* 188. *habere*, I. *de verb. signif.* cùm deportatus nec testamenti faciendi, nec fideicomittendi ius habeat, *l.* 1. §. *deportatio*, I. *de leg.* 3.

Ait. *incurrit hîc & alia inspectio*, Prima huius legis quæstio hucusque

tractata est, & ita definita, vt in bona fide quæ in contractibus exigitur æstimanda, non merum ius naturale, id est gentium intueamur, sed etiam ius ciuile & legum ordinem. Nunc alia succedit, nempe, an bonam fidem inter eos tantũ quos contractum est æstimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum quæ negotio isto continguntur, id est, quarum interest, vt scilicet ex eadem bona fide non solùm depositori res reddatur, sed interdum etiam alij : quod exemplo consimiliter illustrat.

Ait. *Inter eos tantùm quos contractum est.* Hinc ratio dubitandi ; nam contractus eos tantùm tenent qui contraxerunt, neque vlteriùs obligatio extenditur. Ergo in deposito dantem accipientemque tantùm intueri debemus, vt nempe commissam rem recipiat is qui dedit, non alius, ne dominus quidem ; quia is extrinsecus assumitur, extra contractũ, inquam, est. Hæc verò ratio non solùm iure gentium, sed iure quoque ciuili valet, videlicet vt ex contractu inter eos tantùm agatur qui contraxerunt, *l. 3. cum te, C. ne vxor pro marito.* quod interpretes colligunt *ex l. 13. cum qui, C. si certum petat.* vbi adnotant actus agentium parere obligationem inter contrahentes tantùm. Ex quo sequitur hoc casu malè videri procedere iurisconsulti nostri dubitationem, quia in eo ius ciuile non discrepat à iure gentium, & malè etiam procedere definitionem, vt res deposita domino restituatur, non depositori. Nam & hac ratione contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahi videtur, *l. pen. C. h. t.* Quinimo nominatim videtur definitum, ne in deposito extrinsecus aduenientis personæ ratio habeatur, *auth. sed iam cautum, eod. tit. C.* sed vt res nihilominus reddatur depositori : is autem qui extrinsecus venit, agat si velit cum ipso depositore, non cum eo apud quem depositum est, vt *Nou. 88. de deposito, collat. 6.* quibus dubitandi rationibus quas Glossa non attingit deinde respondebimus in explicanda exempli subiecti definitione.

Ait. *pertinet.* Glossa hîc dubitationem mouet, quasi hoc secundum exemplum sit priori simile, quia & in illo fiscus videatur extrinsecus, id est, extra contractum depositi venire, vt dominus in isto. Sed dubitationem soluit, quia in primo casu fiscus & depositor pro eodem accipiantur, quandoquidem fiscus sit velut heres depositoris ; quod verũ est & probatur, *l. 2. de bonis proscrip. C.* & apertiùs, §. *publicatione, Instit. de societate.*

Ait. *Spolia.* Spolia dicuntur hostium. Sed & latrones solent scelestissimis suis factis honestissima nomina obtendere, & res per vim ademptas spoliorum magnifico nomine appellare, vt scribit heliodor. Æthiopicæ histor. lib. 1. Quinimo spoliorum significatio & in vsu iuris latissimè pertinet ad ea quibus quocumque modo exuimur.

Ait. *posuit apud Seium.* Depositum dictum est ex eo quod ponitur ; præpositio enim *de* auget significationem in compositis *l. 1. in prin. S. h. t.*

Ait. *de malitia deponentis.* Malitia vt plurimum dicitur pro dolo & calliditate, & simplicitati opponitur, *l. 1. S. de dolo.* At hîc generaliter

dicitur pro delicto, *l.* 1. §. 3. *sed vtrùm, S. de seruo corrupto.*

Ait. *commissam rem.* Qui rem suam deponit eam committit ei cuius fidem elegit. *l.* 1. §. 3. *hæc autem separatio, S. h. t.* quâ ratione depositum, sicut & species quædam pignoris, fiducia dicitur, vt rectè Cuiac. in commentario, *tit. de action. Instit.* §. *actionum, in fin.* Sed & fideicomissum eadem ratione dici potuisset, nisi vsus hoc verbum alterius rei proprium effecisset, *tit. de singul. reb. per fideic. relict. Instit.*

Ait. *dedit*, id est, commisit, siue tradidit custodiendum §. *præterea, in f. Instit. quib. modis re contrah. obligat.* Nam dare simpliciter est dominium transferre §. *sic itaque, Instit. de action.*

Ait. *totius rei æquitatem.* Æquitas ergo non tota concluditur finibus contractus, sed latiùs protenditur etiam ad eos qui non contraxerunt, quorum tamen iustior causa sit; alioqui non est plena æquitas, sed manca. Quamquam autem hîc exemplum depositi proponatur, regula tamen ad illud non restringitur, sed ad omnes bonæ fidei contractus pertinet, vt apparet *ex principio legis, & ex prin. huius* §. & probatur *in l.* 11. *quod seruus, in f. S. h. t.* vbi quod in depositio dixerat ad alios contractus extendit.

Ait. *mihi reddenda sunt.* Glossa obijcit *authent. sed iam cautum, C. h. t. & no.* vnde sumpta est, 88. *de deposito*, §. 1. *collat.* 6. sed nos alia quoque multa obiecimus supra, quæ nunc simul diluenda sunt. Non ergo existimandum est hîc definiri ex contractu inter alios celebrato obligationem aliquam acquiri tertio. si enim quæreretur, consequens esset ei actionem dari. Atqui nulla hîc datur actio domino contra depositarium, licet id Glossa hîc existimet in fine. Quamquam tamen verum est in casu proposito dominum potuisse agere aduersus depositarium rei vindicatione, *l.* 9 *officium, vers. denique, S. de rei vindicat.* Item etiam certum est in alio casu certi condictionem ei dari, licet cum eo negotium contractum non sit, sed cum alio; & dari quidem ex bono & æquo *l.* 32. *si & me, S. de rebus credit.* Sed longè sunt diuersæ species; namque in nostro casu res non agitur in iudicio, neque quæritur quæ sint partes iudicis in eo, sed quæ sint partes depositarij, vt nempe is ex bona fide teneatur spolia ipsi domino restituere, non latroni depositori, sicut in priori specie reddit fisco, non coactus, sed ex eadem bona fide: quamquam ibi fiscus possit depositarium cogere ex ipso contractu, quia successit in locum deportati. At *in nostro* §. si depositarius coactus per sententiam iudicis restitueret, non iam ex bona fide id facere dici posset, sed necessitate; quia iudicium redditur in inuitum *l* 83. *inter stipulantem*, §. 1. *de verb. obligat.* At dices, si reddit ex bona fide, reddit ex ipso contractu depositi, ac per consequens vis & obligatio contractus domino quoque proficit qui non contraxit. Minimè verò; hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, id est inter contrahentes, *l.* 32. *si & me, S. de rebus credit.* Sed hæc bona fides & æquitas inde oritur, quia depositarius rem domini tenet sine causa, quia, inquam, spolia

domino

domino per vim adempta ad depositarium peruenerunt, eaque domino à depositario reddi bonum & æquum sit, vt in alio casu dicitur, *d. l.* 32. Dixeris rursum : sed quâ ratione permittitur depositario se pro iudice gerere, & pro arbitrio definire controuersiam inter depositorem & dominum ? nam & se ipsum coniicit in periculum, si forte non sit verus dominus cui restituerit. Dico hoc locum habere in re nota & indubia, sicut in priori casu, quando scilicet publicè certum est eum esse dominum, aut certè quando palam constat spolia ei per vim fuisse adempta ; nam hoc satis esse arbitror, etiam si de dominio non ita constet : quo tamen casu, vel etiam vbicumque fuerit dubitatio, potest depositarius cautionem ab eo cui restituit exigere pro indemnitate, vt *in l. pen. C. h. t. & d. No.* 88. §. 1. *& in f.* Nihil verò mirum, si latro etiam depositum petat ; hoc enim intelligendum, cùm colorem aliquem latrocinio prætendit, vel quia testibus nondum conuictus est, aut quia per procuratorem petit. Quod autem attinet, *ad eam No. & inde sumptam authenticam*, dicendum est eam nihil obstare, quia ibi casus est, quando depositario facta est in scriptis denuntiatio à tertio, ne depositum restituat, quod vulgò dicimus *banniment.* Item ibi agitur non de domino qui rem suam petit, sed de eo qui allegat depositorem sibi esse obligatum.

Cœterùm obseruandum est *d. authenticam* non satis fideliter fuisse excerptam, atque ideo malè aptatam *ad l. pen. C. h. t.* Nam verum est, *Nouellam* 88. non tollere denuntiationes, *les Bannimens*, quæ *in d. l.* permittuntur, vt rectè Cuia. *ad. d. Nou.* qui tamen Nouellæ sensum non omnino exprimit. Obseruandum enim illam esse ex earum genere quas leges imperfectas Vlpianus vocat, *tit.* 4. *in fragmentis*, quando scilicet lex vetat aliquid fieri, & si factum sit non rescindit, sed pœnam iniungit ei qui contra legem facit ; quia Iustinianus non præcisè & absolutè ibi denuntiationes huiusmodi prohibet, tunc enim nullæ essent, *l.* 5. *non dubium, C. de legib.* sed pœnam irrogat denuntiatori, vt indemnem præstet tam depositorem quàm depositarium, si quod inde damnum passi sunt. Quinimo ostendit ipsam denuntiationem quamuis calumniosè factam nihilominus tenere. Quâ ratione Iulianus in epitome illius No. nullam omnino prohibitionis mentionem facit, sed solius pœnæ.

Ait. *Et probo hanc esse iustitiam.* Quæsiuit de æquitate quod nunc definit de iustitia, ostendens manifestè hæc esse Synonima, vt *d. l.* 8. *placuit, C. de iudicijs.* Quod autem specialiter in exemplo proposito iam definiuit, nunc producit ad generalem regulam quæ non solùm inter priuatos, sed in iudiciis quoque potissimùm debet habere locum, *l.* 90. *in omnibus*, I. *de reg. iuris*, vt etiam si aliquis iustè petat præferatur is cuius iustior erit petitio aut repetitio.

Ait. *vt non distrahatur.* Hoc Glossa non rectè explicat. Sensus est, gradus esse æquitatis, & æquo æquius esse, bono melius, vt S. dictum est, *l.* 66. *in his*, §. *vlt. solut. matrim. l.* 82. *si cum Cornelius, de solution* I. & in

concursu præferri summam & superiorem æquitatem ; quo sensu Tullius: salus Populi suprema lex esto. Est summa æquitas, vt *in prin. leg.* ac consequenter est etiam inferior : sic summa ratio dicitur ea quæ pro Religione facit. *l.* 45. *sunt personæ, S. de religios. & sumpt. fun.* Obiicit Glossa *l.* 1. §. *item Pomponius, S. nautæ, caupones,* solutio est, quia depositor ibi habebat ius in re, vt rectè Glossa : sed debuit addere, contra ipsum dominum contra quem habuit ius retentionis.

Ait. *ad petenda ea non veniant* ; innuit ergo depositori quantumuis latroni restituenda, etiamsi depositarius iam nouerit latrocinium, & imputet sibi dominus, si non petierit ; nam alioqui daretur malignandi occasio depositarijs *d. l. pen. in f. C. h. t. & d. No.* 88. *in f.* Neque obstat, *l.* 11. *quod seruus, S. h. t.* vbi sufficit si depositarius possit suspicari dominum nolle reddi seruo depositum à seruo factum, etiam si dominus non petat. Nam longè alia est conditio serui qui quidquid acquirit domino statim acquirit, *l.* 10. *placet.* I. *de acquir. vel amitt. hered.* & qui nihil in bonis habere potuit. Adde quod, cùm seruus pro nullo ferè ac mortuo habeatur, *l.* 209. *seruitus,* I. *de regul.* videri possit non constare depositum ne iure quidem gentium, vt I. *vers. si tamen,* quo iure seruitus est introducta, *l.* 64. *si quod dominus, S. de condict. indeb* & ea est dubitandi ratio, *in prin. d. l.* 11. an seruo quod depositit reddi bonâ fide possit, quasi scilicet ipsi domino reddendum semper primâ fronte videatur.

Ait. *quamuis malè quæsita* ; quia agitur de sola bona fide quæ non debet trahi ad perfidiam *l. pen. C. h. t.* ac per consequens, quia non debet attendi quis sit depositor sed ei reddi à quo acceptum est, quæ est ratio decidendi *in d. l.* 11. *S. h. t.* in qua conniuentibus oculis seruum pro aliquo reputamus vt *l.* 4. *is qui, de manumission.* I.

Ait. *in prædone & fure.* Prædo est qui nec colorem quidem suæ possessionis afferre potest, *l.* 11. *pro herede, in f. & l. seq. S. de heredit. petit.* plus igitur quàm malæ fidei possessor qui interdum non incoloratè possidet. Fur est qui clanculum subripit. Latro de quo *tit. C. de iis qui latrones vel alterius criminis reos occultauerunt,* qui vi spoliat, vt *hac l.* & armatus aggreditur, *l.* 6. *per omne, C. de defensor. ciuit. l.* 52. *eum duobus* §. 3. I. *Pro socio, l.* 18. *hostes* I. *de verb. signif.* vbi prædones quoque armis vtuntur: sed tamen à latronibus distinguntur. Sed & generali prædonis nomine latro & fur comprehendi videtur *vers. pen.* I. Prædo autem vel fur vtiliter agunt depositi, sicut & commodati, *l.* 64. *non ab iudice, S. de iudiciis, l.* 1. §. 27. *prædo, S. h. t. l.* 6. *ita vt, S. commodati* ; neque enim depositarius potest excipere quod fur sit vel prædo. In latrone idem significatur *h.* §. sed vix fieri posse id videtur, quia iudices ex officio debent capere latrones, *d. tit. de his qui latrones, l.* 2. *C. & d. l.* 6. *per omnes, C. de defensor.*

Ait. *si tamen ignorans.* Ostendit paulò ante depositum ex bona fide obligare, etiam si à latrone, prædone, vel fure factum. Quod nos ante probauimus etiam si à seruo. At nunc proponit exceptionem in vno

casu, videlicet si ignoranti domino res sua in depositum detur, vt tunc nec ex iure gentium consistat depositū. Quibus verbis apertè innuit, quod nos antè probauimus in verbo, *æstimamus*, quosdam actus & quosdam contractus ex mero iure gentium posse consistere.

Ait. *cuius hæc est potestas.* In vnoquoque contractu est propria quædam forma & substantia sine qua consistere non potest. Sunt & adminicula quæ variari & tolli possunt *l.* 72. *pacta conuenta*, I. *de contrah. emption. l.* 48. *quintus*, §. *vlt.* I. *mandati.* Itaque dominus si rem suam in depositum suscipiat, aut commodatam, aut conductam, aut precario, nec depositi, nec commodati, nec conducti, aut precario tenetur, *l.* 15. *qui rem suam*, *S. h. t. l.* 21. *ei à quo*, *de vsurp.* quia ne iure quidem gentium tales contractus consistunt. Ratio in omnibus videtur eadem, quod nempe ridiculum esset eum qui pleno iure dominus sit, & qui pro arbitrio re suâ vti potest eā ab alio suscipere titulo depositi, cōmodati, locati aut precarij; illis enim titulis res alienas accipimus, quæ ratio significatur his verbis contextus. Est & huic consequens altera quæ exprimitur sub finem legis, quia dictorum contractuum ea est natura, vt rem acceptam restituere aliquando debeamus: at non est ex bona fide rem suam dominum prædoni restituere compelli, vt ibi dicitur, vbi prædonem accipere debemus qui nullam iustam causam possessionis habet, *d. l.* 11. *&* 12. *S. de heredit. petition* In vtroque autem exemplo nostræ legis dominus ignorans rem suam in depositum suscepisse proponitur; nam si rem suam esse sciret, ne color quidem dubitandi superesset.

Ait. *indebiti dati condictio.* Condictio est actio in personam quâ intendimus aduersarium dare oportere, id est dominium alicuius rei in actorem transferre. Itaque nemo rem suam potest condicere, quia non potest magis dominus fieri. At in odium furum raptorum & similium, quò pluribus actionibus teneantur, singulariter receptum est, vt ab eis rem nostram condicere possimus, §. *sic itaque*, *Instit. de action. l.* 1. §. *vlt. & l.* 2 *S. de condictione tricticaria.* Sed ex quo res in potestatem domini deuenerit, desinit esse furtiua; atque ideo cessat illa condictio *l.* 10. *siue manifestus*, *in prin. S. de condict. furt.* Vnde manifestum est hîc non agi de ea condictione, quamuis ea sit vltima Glossæ opinio, cui verba etiam refragantur; condictio enim indebiti & furtiua proprijs titulis separantur. Necesse ergo est, vt condictionem indebiti propriè hîc accipiamus, sicut verba sonant, quæ vt alia quæcumque intendit aduersarium dare oportere. Sed quia possessionis quoque velut dominium est *l.* 1. *de acq. vel amitt. possess.* I. idcirco possessionis quoque condictio recepta est ex causa indebiti, *l.* 15. *indebiti*, §. 1. *S. de condict. indeb.* & de ea hîc agitur. Ex illa enim traditione quam facit dominus ignorans depositori transfertur possessio, quod de naturali quidem manifestum est, sed de ciuili quoque idem sentit Glossa vlt. dum ait, latronem siue

furem depositorem non retinuisse possessionem ex huiusmodi depositio nullo, *l.* 21 *ei aquo*, I. *de vsurpat. & vsucap.* sed eam adeptam fuisse ex redditione rei. Nam possessio quam depositor retinet non est alia quàm ciuilis, quia naturalis possessio, id est detentio ad depositarium transit, *l. 9. officium, de rei vindicat. l. 7. communi diuidundo*, §. 6. *neque colonis, communi diuidun. S. l.* 31. *videamus*, §. 5. *si possessionem, de vsuris.* I. sed in proposita specie absurdum esset dicere ciuilem possessionem fuisse vnquam pénes latronem aut furem. Condicitur ergo ei naturalis possessio quasi indebita, quam ex domini ignorantis traditione consecutus est.

FINIS.



AD L. 91. IN QVARTAM D. AD L. FALCID.

QVID in quartam hereditatis, quam siue in legatis & fideicommissis singularibus præstandis, siue in fideicomissaria hereditate restituenda, heres habere debet, imputetur, definiuit Marcianus lib. 73. Instit. ex quo caput hoc decerptum. Cuius definitio, si verba spectes, plana satis & aperta: at si vim & potestatem perobscura, & quæ non diuersas modò, sed & aduersas prorsus Interpretum sententias peperit. Sunt enim qui opinentur vnam eandemque vtriusque imputationis rationem hîc demonstrari: at plerique omnes duplicem eamque contrariam. Si illos sequaris, verba ipsa statim reclamant, quæ toto contextu ab illa clausula, *Sed in fideicom. a hereditate, &c.* aduersam imputationis rationem præ se ferunt & palam profitentur. Quin & vim ferrumque sibi inferri meritò quiritantur. Nam qui in ea sunt sententia, integram illam periodum, *Sed & quod implendæ, &c.* penitus amputant, & id tamen frustra; nam quæ sequitur, *Si quid verò implendæ, &c.* aliud ius in fideicomissaria hereditate, quàm in legatis esse, satis per se apertè significat. At rursum si in contrariam abeas sententiam, quæ quantæque turbæ! In primis enim cùm per omnia exæquata sint legata fideicomissis, & hæc illis inuicem, *l. 1 S. de legat. 1. & l. 2. C. comm. de legat.* quanam quæso ratione defendi poterit tanti moment inter ea superesse discrimen! Nam & ante eorum exæquationem nullum ea quidem in re videtur esse potuisse, cùm eodem iure in vtrisque distractio quartæ fiat, productâ nempe L. Falcidiâ ad fideicomissa per Sc. Pegasianum, §. *sed quia heredes, Instit. de fideicom. hereditat.* Deindè cùm id discriminis constitueris, quam differentiæ tam insignis rationem assignabis? hîc enim hærent prorsus ad vnum omnes quicumque eam sententiam sectantur; & quamquam varia comminiscantur, nihili tamen ea esse omnia, ipsi sibi inuicem iure obiiciunt, & sunt qui ingenuè profitentur, diuersitatis rationem vix reperiri posse. Sed hæc iuris posititi, & arbitraria esse, in quibus voluntas sit pro ratione. Quinimo & ipse Marcianus, quam verborum contextu & specie differentiam astruit,

subuertere re ipsâ censeri possit. nam quamquã videatur absolutè primùm negare legatũ vel fideicomissum in quartã quæ deducitur ex legatis imputari, & absolutè rursus affirmare eadem illa in restituenda fideicomissaria hereditate imputari, cùm tamen deinde pro ea parte quæ accipitur à coherede non imputari generaliter subijciat, vtramque detractionem exæquare procul dubio videtur, vt nempe legata & fideicomissa, quatenus iure hereditario capiuntur, imputentur, non quatenus à coherede accipiuntur. Sed & alia occurrunt in verbis & in sententijs perobscura. Denique leges aliæ ad hunc locum spectantes, tum per se quoque difficiles, tum quæ inter se & aduersus hanc pugnare videantur. Quæ omnia efficiunt, vt in hac tractatione accurato & consulto interprete, nec non attento & sedulo auditore inprimis opus sit. Hunc si nactus fuero, efficere conabor ne illius partes in nobis desiderentur. Sed iam ex eo fumo lucem dare incipiamus re paulò altiùs repetitâ. Cum ergo ex mente legis 12. Tabul. latissima potestas tributa fuisset heredis instituendi, legata & libertates dandi, tutelas quoque constituendi, visum est infinitam eam testandi potestatem coarctare, idque effectum interpretatione vel posteriorum legum vel etiam eorum qui auctoritate iura constituunt, id est iurisperitorum, *l.* 120. *verbis*, & *l.* 80. *in generali*, *D. de verb. signif. Vlpian. tit* 1. §. *vt testamento*, & in legatis quidem lege Furiâ & Voconiâ, quibus certus modus ijs impositus est, ne scilicet patrimonio in legatis erogato recusarent heredes pro nullo aut minimo lucro hereditates adire, vt videre est, *apud Iustinianum*, & *Theoph. tit. de lege Falcid.* & *Vlpian. tit.* 1. §. *quæ prohibet*, & 28. §. *intestati*. Sed neutra earum sufficiens ad rei consummationẽ, id est neutra perficere potuit, ne distituerẽtur testamẽta. Lex enim Furia imperfecta quæ factum non rescindebat, sed pœnam iniungebat, vt docet, *Vlpian. t. l.* Lex autem Voconia facilè fraudi obnoxia, vt Theoph exponit. Nouissimè ergo lata est, Lex Falcidia, quâ cauetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantẽ totorum bonorũ, id est, vt siue vnus heres institutus sit, siue plures, apud eum eosue pars quarta hereditatis remaneat, vt scribit *Iustin. initio dicti tit.* Quibus verbis vtrũque caput legis breuiter complexus est (duo enim tantùm sunt) Primum quo libera legandi facultas permissa, non quidem latissima & infinita, vt olim lege 12. Tabul. sed libera, quod attinet ad modum legibus Furiâ, Voconiâ, vel aliis definitum, quas consequenter abrogauit. Alterum quo nouum modum legatis imposuit, id est, dodrantem, atque heredes non minus quàm quartam partem hereditatis testamento capere voluit *l.* 1. *h. t.* De fideicommissis nihil quicquam eâ lege cautum, quia id genus relicti nullo tunc iuris vinculo, sed tantùm pudore eorum qui rogâbantur continebatur. Nam Lex Falcidia sub initium Triumuiratus Augusti lata, vt scribit Eusebius in chronicis. At fideicommissa principatu demum eiusdem paulatim firma esse cœperunt, vt facilè intelligitur *ex prin. tit. de fideicom. hereditat.* firma, inquam, non auctoritate iuris, sed tuitione Prætoris, qui deficiente in id

actione cognitionem adhiberet, & iurisdictione suâ eam quoque voluntatis speciem tueretur, vt est *in prin. d. t. de fideicom. hered. instit. & apud Vlp. ti.* 25. *de fideicomm. in prin. &* §. *fideicommissa.* Nihil enim in testamento iure ciuili valere potest, quod non legis modo, id est imperatiuè relictum sit. At fideicommissa precatiuè relinquuntur, vt est apud Vlp. *initio d. tit.* 25. *& tit.* 24. ex quo verborum duplex genus, imperatiua quæ & legitima, ciuilia, directa; & precaria, siue precatiua quæ & obliqua: hæc fideicommissi, illa legatorum & aliarum testamenti partium quæ ex rigore iuris ciuilis proficiscuntur, vt loquitur Vlpian. *d. t.* 25. ex interpretatione legis 12. tab. quæ cùm generaliter testantis voluntatem ius esse voluisset, ad certa quædam capita, prudentum interpretatione quæ propriè ius ciuile, coangustata est, solemnibus etiam verborum formis & conceptionibus vnicuique accomodatis, *d. l.* 120. *verbis, & l.* 7. *si idem, Cod. de codicill.* Nam quod Theophilus, §. 1. *qui testam. Tut. dari poss. & Iustinia. l.* 4. *C. de verb. signif.* fideicomissa quoque inter partes testamenti connumerat, id ita intelligendum, quatenus scilicet ea Prætor in iure dicendo tuetur, vel etiam quatenus legatis tandem fuerunt exæquata. Cùm ergo fraus legi Falcidiæ per fideicomissa fieri posset, necessarium fuit legis potestatẽ ad ea quoque inducere, quod Sc. Pegasiano in vtroque fideicomissi genere effectum est, §. *sed quia heredes. Instit de fideicom. heredit.* Eadem quoque ratione Prætor legem ad alios casus qui verbis non continentur, Edicto suo produxit, *l.* 1. §. 2. *ad eos, h. tit.* Et cùm Sc. Pegasianum de testamentarijs tantùm fideicomissis loqueretur, §. *in primis igitur, de fidecom. heredit. Instit.* Diuus Pius Legem Falcidiam ad ea quoque fideicomissa quæ ab intestato relinquuntur induxit, *l.* 18. *filiusf. h. t.* putà cùm quis intestatus decedens, codicillis, aut nudis etiam verbis, legitimos heredes de re aliqua præstanda, vel etiam hereditate eiusue parte restituenda rogauit, vt nempe ex ijs fideicomissis heres legitimus, non minùs quartam retineat, quàm ex Sc. Pegasiano retineret, si testamento aut codicillis ad testamentum factis relicta fuissent, exemplo scilicet Falcidiæ retentionis, vt dicitur, *in l.* 21. *si cogitatione, C. familiæ erciscundæ,* Falcidiæ retentionis, inquam, ad testamentaria fideicomissa per Sc. Pegasianum inductæ; nam Senatusconsulti exemplum Diuus Pius secutus est, vt nihil mirum sit, si quod est ab eius constitutione profectum, *Lex* 16. *filij, C. familiæ erciscundæ,* SenatusConsulo tribuat, Pegasiano scilicet, imò & Trebelliano, *l.* 3. *si perfideicom. C. ad Sc. Trebell.* in quod scilicet Pegasianum à Iustiniano transfusum, §. *sed quia stipulationes, de fideicomm. heredit. Instit.* Quamquã tamen verum quoque sit, & ipsum Sc. Trebellianum ad intestati successiones fuisse productum, sed interpretatione prudentum, *l.* 1. §. *hoc autem, & l.* 6. *recusare,* §. 1. *ad Sc. Trebell.* I. non constitutione illâ quæ ad solam legem Falcid. & Sc. Pegasianum pertinuit, quod non aduertit Glossa, *ad d. l.* 8. *filiusf. h. t.* nec Cuia. qui ibidem refert, *d. l.* 6. § 1. *h. t.* ad constitutionem D. Pij. Præterea Lex

Falcidia ad mortis causâ donationes D. Seueri constitutione porrecta est, quia & per eas lex eludi poterat, vt nempe heres ab iis quoque quartam detrahat, non minùs quàm ex legatis, vel fideicommissis, heres, inquam, siue ex testamento, siue legitimus; nam ad vtrumque generaliter constitutio pertinuit, *l. 5. si mortis, h. t. C. & l. 2. C. de donation. causâ mortis*: quamquã Cuia. *ad d. l. 18. filius f. h. t.* malè existimauerit Seueri constitutionem à Gordiano fuisse porrectã ad casum intestati, *d. l. 2.* Et constitutione quidẽ in eam rem opus fuit, quia nondum constabat mortis causâ donationes vltimis voluntatibus esse connumerandas, & legatis exæquandas, pleriſque sentientibus ad donationes inter viuos eas pertinere, *l. vlt. C. de donation. mort. cau. & initio de donation. Instit.* Ad alium quoque casum Lex Falcidia producta est, ad donationes nempe inter virum & vxorem factas, idque iuris placitis, id est, prudentum responsis, quando scilicet fideicomissi partibus funguntur, *l. 12. in donationibus, C. h. t.* vbi particula, *quando*, non pro ratione accipienda est, vt male Glossa, sed pro temperamento; quibusdam enim casibus eæ donationes statim valent, vt inter viuos, atque ideo Falcidiam non patiuntur, vt recte Glossa prima. At generaliter morte tantùm insequente confirmantur, & tunc instar fideicomissorum sunt, quasi scilicet de iis præstandis hæres rogatus intelligatur, & eo nomine Lex Falcidia ad eas inducta interpretatione Prudentum, quasi & hic casus ad Sc. Pegasianum pertineat, si testatò decesserit donator, vel ad constitutionem D. Pij, si intestatò. Neque verò huc trahi potuit D. Seueri constitutio, quia mortis causâ donationes, licet morte demum effectum accipiant, iure tamen statim valent, *l. 2. & l. 40. si mortis*, I. *de mort. causa donat.* At donationes inter coniuges generaliter improbantur, *l. 1. de donat. inter vir. & vxor.* licet morte confirmentur, iure, vt dixi, fideicomissi. Est & alius insuper casus in quo legi Falcidiæ fraus palam fiebat, nempe cùm iuberet testator heredem non aliter adire hereditatem, nisi priùs certâ solutâ quantitate, quæ scilicet dodrantem excederet; hic enim casus, neque verbis legis, neque s. consultis, aut constitutionibus ad eam comprehensus, cùm hoc genus relicti, neque legatum, neque fideicomissum, neque mortis causâ donatio dici possit, ac proinde Falcidiam non admitteret. Sed & hoc quoque casu Legi locum esse Iustinianus voluit argumento mortis causâ donationum, *l. pen. C. h. t.* vt scilicet heres Falcidiam exercere possit, eo priùs dato quod dare iussus est, vel etiam retento, id est, siue ante aditionem dederit, vt verba testamenti ferunt, siue etiam id interim retinuerit donec adeat daturus tamen post aditionem, quasi scilicet nihil referat ante vel post. Quamquam enim generaliter ex mortis causa capione non detrahatur Falcidia. *l. 17. §. item si ita legatum, & l. 93. acceptis, h. t.* hoc est ex eo genere relicti cuius capiendi occasio propter mortem alicuius obuenit, & quod proprio nomine caret, *l. 31. mortis causâ, D. de mortis causâ donat. & capion.* is tamen casus meritò exceptus

est

est, quia in fraudem legis Falcidiæ, & in necem heredis inuectus. Cùm itaque illis omnibus casibus ad exemplum legis Falcidiæ fiat detractio, consequens est in omnibus quoque quartam eodem nomine Falcidiam appellari, namque & illa ipsa quæ ex fideicomissis deducitur, quamuis Sc. Pegasiano inducta, ideoque Senatusconsulti commodum dicta, *l.* 5. *si sponsus*, §. *si quis rogatus*, I. *de donation. inter vir. & vxor.* & ad Senatusconsulti Trebelliani auctoritatem hodie relata *l.* 6. *iubemus*, *C. ad Sc. Trebell.* Non alio tamen nomine, quàm Falcidia iuris auctoribus nuncupatur, *l.* 1. §. 10. *denique*, *l.* 22. *mulier*, §. 2. *si heres*, I. *ad Sc. Trebell. l.* 11. *si vt allegas*, *C. h. t.* & legis Falcidiæ beneficium, siue commodum, & portio passim dicitur. *l.* 13. *si tacitum*, *h. t. l.* 16. *cogi.* §. *idem Mæcianus*, *l.* 27. *ita tamen*, §. 7. *Trebellianum*, *l.* 30. *si legatas*, I. *ad Sc. Trebell. l.* 6 *iubemus*, *in prin. &* §. *vlt. C. eod. tit. l.* 2. *S. si quis aliquem testat. prohib.* & iure ac beneficio legis Falcidiæ retineri, *l.* 58. *deducta*, §. 3. *acceptis*, *l.* 55. *si Patroni*, §. 2. *qui fideicommissam*, I. *ad Sc. Trebell. l.* 10. *quamquam*, *C. h. t.* quod enim Senatusconsulto inductum est, legis Falcidiæ nomine nuncupatur, quia nihil aliud sit quàm eius legis productio *l.* 86. *Titia*, *h. t. l.* 11. *cum filiaf. S. de legat.* 1. *l.* 22. *mulier*, §. 2. *si heres*, *l.* 28. *ex asse*, *in f. l* 29. *si quis priore*, I. *ad Sc. Trebell. l.* 11. *si vt allegas*, *C. h. t.* & similiter quod D Seueri constitutione, *l.* 93. *acceptis*, *h. t.* Quare qui Pegasianam quartam nuncupant, vel etiam Trebellianicam, sine auctore id faciunt, imò contra iuris auctoritatem. Quinimo & liberis debita portio Falcidia solet appellari, *l.* 8. *Papinianus*, §. 9. *quarta autem*, & §. 11. *vnde si quis*, *S. de inoff. testam. & l.* 31. *quæ nuper*, *C. eod. tit.* Quia scilicet modus illius, ad exemplum legis Falcidiæ primùm inductus, vnde & legitima nominata, quod apertissimè docet Iulianus anteccssor, qui *initio No* 34 *&* 37. portionem illam ad Falcidiam legem refert, & legitimam Falcidiam coniunctim dicit. Cæterùm omnes illi casus ad quos legis Falcidiæ potestatem inductam esse diximus, rediguntur ad similitudinem legatorum & fideicommissorum, quod attinet ad quartæ retentionem. His positis quæ necessariò præfanda fuerunt, perspicuum iam erit, quorsum Marcianus hac nostrâ lege tractet ac definiat, quid in quartam Falcidiam heres debeat imputare, cùm agitur vel de præstatione legatorum, vel de fideicommissariæ hereditatis restitutione. Primùm verò casum duabus breuissimis regulis absoluit. Prima est, vt in quartam hereditatis quam per legem Falcidiam, per ipsam scilicet legem nominatim, vt loquitur *l.* 81. *sed vsufructus*, *h. t.* heres habere debet, imputentur res quas iure hereditario capit. Altera est, vt quas iure legati, vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accipit, non imputentur. Quibus verbis quatuor capiendi figuras significat, vt Caius *l.* 31. *mortis causa*, I. *de mortis causa donation.* per quas aliquid ad heredem peruenire potest, quarum vltima cùm proprio nomine careat sub generali mortis causa capionis continetur, *l.* 31. *mortis causa capitur*, I.

de mort. causa donat. & capion. quas quidem capiendi species ante omnia explicare necesse est; nam de iis posteriori quoque parte huius legis agitur. Prima igitur est ius hereditarium siue hereditas, quæ nihil aliud quàm successio in vniuersum ius quod habuit defunctus, *l.* 24. *nihil est aliud, de verb. signif. l.* 62. *hereditas nihil aliud est, de regul. iuris.* I. cùm moritur scilicet, *l.* 3. §. 2. *bonorum,* I. *de bonor. possess.* quâ vniuersitatis successione, quidquid in re & patrimonio defuncti fuit, continetur, hoc est, & iura & res singulæ *l.* 80. *legatum ita,* I. *de legat.* 2. *d. l.* 3. *in prin. & si bonorum, & l.* 9. *regulariter, & l. sequenti, S. de heredit. petit.* Secunda est legatum quod definitur delibatio hereditatis quâ testator ex eo quod vniuersum heredis foret alicui quid collatum velit, *l.* 116. *legatum,* I. *de legat.* 1. cùm nempe ex iis quæ vniuerso hereditatis iure continentur aliquid decerpit & eximit, quod alicui quã heredi, aut etiam heredi, sed quasi extraneo donat, est enim donatio testamento relicta, *l.* 36. *legatum,* I. *de legat.* 2. Et heres quidem in omne ius mortui non tantùm singularum rerum dominium succedit, *l.* 37. *heres, de acquir. vel. omitt. heredit. S.* At legatarius non est iuris vniuersi successor, sed rei, §. *legatariis autem, Instit. de testam. ordinand.* corporalis scilicet, vel incorporalis, *l.* 41. *cætera, S. de legat.* 1. quam tamen suum ius sequitur. Heredi autem qui solus sit frustra legetur, quod etiam iuris ratio non patitur, cùm à semetipso legatum ei dari non possit *l.* 116. *legatum,* §. 1. *de legat.* 1. *l.* 34. *Titia,* §. 1. *de legat.* 2. nisi cùm iubetur hereditatem restituere re aliquâ præceptâ vel deductâ, *l.* 30. *si legatus,* I. *ad Senatusconf. Trebell.* At cùm plures sunt heredes, legari eis potest, quia ex coheredis persona legatum sustinetur. Vlpian. tamen *tit.* 24. *de legat.* affirmat legatum ei tantùm dari posse qui extraneus est, hoc est, qui non sit heres; ideoque fililiofamilias heredi instituto vel seruo, neque à patre, neque à Domino legari posse. Quod tamen illo casu videbatur admittendum, quia hereditas confestim acquiritur patri vel domino, neque momento aliquo subsistit in persona filiifamilias, vel serui, *l.* 79. *placet, S. de acquir. heredit.* qui consequenter extranei potius, quàm heredes videri possint: vt contrà pater vel dominus emolumento & effectu heredes, qui iam heredes dici possunt, per filium scilicet aut seruum *l.* 30. *Bebius, in f. S. de pact. dotal.* & alioqui certum sit seruo alieno posse etiam rem domini legari *l.* 82. *debitor,* §. *seruo, S. de legat.* 2. quod de filiofamilias similiter intelligendum est. Nihilominus tamen negat Vlpianus iis rectè à patre vel domino legari, quia non possint videri extranei, qui nomen heredis retinent, licet nudum & sine re. Et hic est verus sensus illius loci quem Cuia. vt valde corruptum emendare conatus est. Neque tamen iis quæ ante dicta sunt quidquam obstat, quia de eo qui solus sit heres loquitur. At cùm sunt plures is, cui legatur eatenus pro extraneo est, & legatum ex coheredum persona valet, vt abiis nempe relictum, *l.* 17. *à coheredibus, Cod. h. tit.* Duobus autem modis pro parte heredi legatum relinqui potest. Primo vt à cohe-

rede nominatim ei relinquatur, quo casu totum iure legati capit, quia scilicet totum à portione coheredis proficiscitur, *l.* 22. *Nesennius, h. tit.* Altero vt generaliter, non autem ab aliquo relinquatur, neque persona dantis demonstretur, vt est *in f. leg.* 93. *acceptis, h. t.* Puta si pluribus heredibus institutis dixerit testator : Titio heredi fundum Tusculanum do lego, *l.* 18. *eum qui*, §. *vlt. D. de his quæ vt indign.* I. *l.* 116. *legatum*, §. 1. *S. de legat.* 1. Vel si dixerit : Titi heres fundum Tusculanum præcipito sumito extra partem hereditatis, *l.* 12. *cum responso, C. de legat. l.* 2. I. *de instructo vel instrum. legat. l.* 25. *alteri de adimend. legat.* vel simpliciter præcipito, *l.* 42. *si ita, S. famil. erciſc.* quæ figura legandi præceptio appellatur, *l.* 12. *cum quidam*, I. *de bis quæ vt indign.* soli heredi propriè conueniens, vt docet Caius, *Instit. tit. de legat. in f.* & Theophilus, *initio eiusdem tituli*, & generali nomine prælegatum, *l.* 32. *Sextiam filiam, de legat.* 2. I. vt alia legata quæ hæredibus relinquuntur. Hoc autem secundo casu, quia legatum de media hereditate sumitur, non à portione cuiusquam coheredum, is cui relictum est non potest totum capere iure legati, sed iure hereditario accipit, quatenus scilicet ipse heres est, & eatenus non consistit legatum, partim verò iure legati, pro coheredum scilicet parte, pro qua sola quoque legatum constat *l.* 75. *miles*, §. 1. *pro parte, S. de legat.* 2. *& l.* 18. *eum qui*, §. *vlt.* I. *de his quæ vt indign. l.* 15. *heredi, eod. tit. l.* 18. *in fideicommissaria*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell. hac nostra l. vers. pro ea verò parte & l.* 42. *si ita, famil. erciſc.* Iuris ergo ratio possessionis varietatem ac diuisionem partium in hoc legato inducit, *d. l.* 18. I. *de his quæ vt indign. auſ, & l.* 1. §. 3. *si quis ex mortis*, I. *quod legatorum*, iuris, inquam, ratio, quia heredi à semetipso legatum dari non potest, id est, pro ea parte quà heres est ; quod enim nostrum est inutiliter nobis legatur, *l.* 116. *legatum*, §. 1. *S. de legat.* 1. *l.* 18. *in fideicommissaria*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* §. *sed si rem*, *Instit. de legat.* quæ ratio apertè exprimitur, *in l.* 34. *Titia*, §. *Lucius, S. de legat.* 2. *l.* 18. *& quidem totum, S. de legat.* I. Sed hoc non videtur esse proprium præceptionis ; nam idem quoque dicendum esse, etsi alio genere legati vni ex heredibus legatum sit, scribit Vlpian. *d.* §. *si quis ex mortis*, nempe vt legatum duplici iure capiatur, & pars pro herede, pars pro legatario possideatur. Qui locus in eo præterea difficilis, quòd plura legatorum genera adhuc superesse apertè innuat, cùm tamen Iustinianus eorum differentias sustulerit, *l.* 1. *C. commun. de legat. & initio tit. de legat. Instit.* nisi forte quis iuris antiquitati vestigium hoc Tribonianum dormitantem effugisse opinetur, quo in genere summopere cauendum, ne dum alienam imperitiam vel desidiam ac tanti præsertim auctoris causamur, prodamus nostram. Equidem cùm olim essent quatuor genera legatorum formulis & naturâ distincta, & verborum solemnitatem, quæ verborum obseruantia dicitur, *l.* 21. *in legatis, C. de legat.* constitutiones Principum iam sustulissent, Iustinianus tandem vnam eandemque omnibus legatis naturam esse voluit

vt nempe liceat vnumquodque iisdem actionibus persequi, quibuscumque tandem verbis fuerit relictum. At verborum varias in legando figuras quas natura ipsa & sensus testantis facit, non sustulit, licet omnibus eundem effectum esse voluerit. Nam alioqui & hodie, vt olim, testator legare potest verbis vindicationis, vel damnationis, vel sinendi, vel denique præceptionis, quamquam in re ipsa nihil iam interfit. Exempla occurrunt passim præcipuè in Pandectis. Et Iustinianus ipse dum *initio tit. de legatis*, scribit disposuisse, vt omnibus legatis vna sit natura, aperté significat plura adhuc esse genera legatorum, si figuram nempe verborum attendas; quod & diserté exprimit, *d. l.* 1. *C. commun. de legat.* ibi *siue per quodcumque genus legati*, atque ita accipiendus est, *d.* §. *si quis ex mortis.* Quibus consequens est, vt heredi ex parte legatum relinqui possit, non solùm per præceptionem, id est, verbis ipsis præceptionis, sed etiam alio quocumque genere verborum, vt nihilominus tamen si legatum non relinquatur à coherede nominatim, sed de medio & de communi sumendum, præceptionis vim & effectum habeat, quod attinet ad diuisionem illam possessionis & iuris de qua *in d.* §. Nam & verbis damnationis præceptionem relinqui posse manifestum est ex *l.* 34. *nomen*, §. *filio*, *de legat.* 3. quod & de aliis legandi figuris similiter intelligi facile potest. Illud præterea sciendum, legatum non nisi ab herede relinqui posse, atque ideo heredi ex parte, non nisi à coherede. Nam quod Vlpian. *tit.* 24. *de legat.* §. *legatum ei*, à contrario sensu videtur innuere filiof. vel seruo herede instituto, legari posse extraneo à patre vel domino, singulare prorsus est. Facit, *lex* 5. *si fuerit* §. 1 *S. de legat.* 3. neque quod sciam in libris iuris à Iustiniano relatum, & peculiarem habet rationem, quia pater vel dominus effectu & emolumento sunt heredes, vt supra expositum est: Glossa tamen, *in l.* 7. *si quis Attio*, *S. de vsufr. accresc. & l.* 34. *planè*, §. *si duobus*, *&* §. *inde*, *S. de legat.* I. *& ad prin. tit. de singul. reb. per fideicom. relictis Instit.* & interpretes plerique existimant, non ab herede solùm sed etiam à legatario vel fideicommissario hodie legari posse, quia hodie per omnia exæquata sunt legata fideicommissis constitutione Iustiniani, *l.* 2. *C. comm. de legat.* ad cuius sensum aptata sunt Vlpiani verba, *l.* 1. *S. de legat.* 1. & certissimum semper fuerit à legatario vel fideicommissario fideicommissum relinqui posse, vt idem Iustinianus docet, *initio d. tit. de singulis reb. per fideicomm. relict.* In qua sententia Cuiac. quoque. est, *Parat. comm. de legat.* vbi addit, etiam ab intestato legata hodie relinqui posse. At verius est veterem iuris regulam adhuc manere quam refert Vlpianus, *tit.* 24 *de legat.* à legatario legari non posse. Nam & Iustinianus, *initio d. tit. de singul. reb. per fideicom. relict.* eandem regulam verbis præsentis temporis enunciat, quamuis antea. *initio tit. de legat.* legatorum & fideicommissorum exæquationem proposuisset. Præterea legata nisi ex testamento non valere, atque ideo neque à legitimo, neque à fideicommissario herede relinqui posse, diserté affirmat §. *præterea*

de fideicomm. hereditat. instit. Quinimo & *in l. 1. C. comm. de legat.* quæ exæquationem illam induxit, legatum ab herede tantùm, à legatario verò non nisi fideicommissum relinqui posse euidenter significat §. *& hæc disposuimus*, & non minus aperté, *in ipsa l. 2. §. vlt. vers. etsi specialiter eod. tit.* quo tamen §. maximè nituntur qui contra sentiunt. An non igitur sublata est legatorum & fideicommissorum differentia? sublata quidem, si vim & effectum respicias, non si verborum figuram, nam verba fideicommissi, id est precaria, ita sunt verbis legati, id est imperatiuis, naturaliter opposita, vt ea differentia tolli nequaquam potuerit. Et verò manere adhuc probat apertè, *d. l. 2.* statim initio, ibi, *legare vel fideicommittere volentis*, *&* §. 1. ibi, *verba legantis vel fideicommittentis*, alioqui enim non posset intelligi, quando testator legare aut fideicommittere velit. Probat item Theophilus *qui testam. tut. dari possunt*, vbi diuersas legandi & fideicommittendi figuras esse docet, & Iustinianus, *l. 4. in f. C. de verb. signif.* & Papinianus, *l. 90. quid ergo, S. de legat.. 1.* vbi verba legatorum formalia esse significat. Exæquata ergo verba non sunt, sed potestas, vt subiicit *d. vers. etsi specialiter*, nempe, vt etsi specialiter legati tantùm faciat testator mentionem, hoc & legatum & fideicommissum intelligatur, & si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, & hoc legatum esse videatur; quo in loco verbum, *Intelligatur*, *& videatur*, iuris fictionem aperté demonstrat. Itaque & hodie verum est à solo herede legari posse, non à legatario, non ab alio quocumque, ne tota testamentorum obseruatio euertatur, *l. 35. si quando*; *C. de inoffic. testam.* §. *codicillis*, *Instit. de codicill.* sed si tamen à legatario vel ab alio à quo legari non possit fideicommissum relinquatur, idem erit effectus qui legati. Nam vel eo ipso quod dicitur legata & fideicommissa fuisse exæquata, satis intelligitur vtraque æquo iure manere, neque esse inter se confusa, *arg. tit. de Præfect. prætorio siue vrbi & magistris militum in dignitatibus exæquandis C.* Si quis tamen verborum proprietate abutatur, & ab alio quàm herede legauerit, dubium non est, quin ex voluntate valeat relictum, *d. l. 2. in f. C. comm. de legat.* Sed nihilominus vera manet regula, in qua non abusus priuatorum, sed recta loquendi ratio, & communis vsus attenditur *l. 7. Labeo S. de supellect. legat.* Non est igitur sublata legatorum & fideicommissorum in verbis differentia, vt nec legatorum etiam inter se, sicut antea dictum est: neque verò facile existimandum legati, & fideicommissi appellationes inter se confundi ex eo quod *in l. vlt. §. quatuor, S. de legat. 2.* legatum præceptionis fideicommissum deinde appellatur. Nam ex ipso contextu certum est, testatorem fundum singulis filiis suis quatuor, quos ex æquis partibus heredes instituerat, legasse per præceptionem. Sed quia vniuersa bona defuncti fuerant ab ipso obligata, & creditor lege, id est conuentione pignoris, prædia omnia vendiderat, manifestum est prælegata intercidisse, quasi ære alieno absorpta. At rursum, quia vnus

ex coheredibus fratribus emerat, facit ratio æquitatis & bona fides, vt is voluntati defuncti, quà potest, obtemperare debeat, quasi scilicet qui legauit fideicommississe quoque intelligatur, ac per hoc non possit coheres emptor prædia prælegata sibi retinere, sed cogatur coheredibus suis restituere, si prius tamen ei debitum pro sua portione persoluerit, in quam sententiam Glossa rectè vtitur, *argum. l. 1. C. de dolo & l. 59. si mandato, §. Paulus, S. mandati.* At quâ demum actione heredes id consequantur! non certè familiæ erciscundæ, quâ præceptiones peti solent; quomodo enim cùm prædia iam non sint hereditatis, *l. 25. heredes, §. quod pro herede, S. famil. erciſc.* qua in re Glossa & Cuia. valde falluntur. Actione ergo, id est, persecutione fideicommissi quæ est in personam, non mixta, vt illa familiæ erciscundæ. Quin & de eo adhuc potuit dubitare, quia nempe coheredes, dimisso hereditario creditore, communiter vniuersa prædia secundo creditori à quo pecuniam acceperant, obligauerunt, atque ita suis præceptionibus tacitè renunciasse videri possunt. Sed inspicitur origo obligationis ab ipso patre profectæ, & quod filij coheredes, vt hereditario creditori satisfacerent, sequenti prædia sub facultate distrahendi obligauerunt, non vt præceptionibus renunciarent. Non etiam probatur ea confusio, *ex l. 11. fideicommissa, §. 14. si seruo, S. de legat. 3.* nam sensus hic videtur, vt legatum quod ibi relictum est, ne sub specie quidem fideicommissi peti possit; cùm enim fideicommissa essent olim legatis humaniora, *l. 2. C. comm. de legat.* interdum quod legati nomine valere non poterat sustinebatur vt fideicommissum. Multò minus probari videtur, *l. 21. liberto, §. 5. pater, S. de de annuis legat.* Dici enim potest verbis illis; *idque fratri eius fideicommisit*, non significari legatum pecuniæ de quo statim ante fuisse relictum per fideicommissum fratri impuberi à fratre maiore, sed partem hereditariam pupilli, pro qua pater ei certa prædia assignauerat, quamuis vtroque æqualiter instituto fuisse commissam fidei, custodiæ, administrationi, & quasi tutelæ maioris fratris; ita vt etiam reditus prædiorum vsque ad fratris pubertatem suos faceret, certis tamen conditionibus quæ in contextu exprimuntur & quæstio, *illius §. 1.* est, vtrùm mortuo fratre maiore qui extraneum heredem instituit, teneatur heres iisdem conditionibus, donec pupillus pubes fiat, & consequenter an ea quæ præstaturus erat frater maior minori, post pubertatem scilicet, ad heredem illum extraneum transferantur. Definitur verò conditiones eas morte fratris cessare, & omnia quæ pupillo relicta sunt ad eum & eius tutores confestim post mortem fratris transisse, quibus verbis aperte significari videtur, ipso iure fuisse translata, & sine vllo fideicommissi ministerio. Verumtamen si quis aliter sentire velit, habet assertorem Cuia. qui *ad d. l. vlt. §. quatuor*, in operib. postumis scribit fundos fuisse per fideicommissum prælegatos, *& lib. 4. obser. c. 23.* generaliter affirmat in libris iuris legati nomine sæpissime significari fideicommissum, non

tamen contrà ; quod quidem ſignificari videtur *l.* 30. *Bæbius S. de pactis dotalibus*, in qua dotis prælegatum fideicommiſſum deinde appellatur, in cuius etiam ſpecie prælegata dos ab inteſtato videtur ; ait enim ſimpliciter patrem mortuum filio & filiâ ſuperſtitibus, nullâ teſtamenti factâ mentione. Et obſeruandum dotem prælegatam vt plurimum dici, quæ ſimpliciter legata ſit, vt *tot. tit. S. de dote prælegata* ; atque ideo non eſſe neceſſe mulierem fuiſſe heredem inſtitutam. Probatur item, *l.* 41. *Mæuio, de legat. 2. l. 9. vxori meæ, l.* 12. *qui dotem, de dote prælegata S.* vbi legatum eſſe dicitur licet relictum per verbum, *peto* & *volo*, quæ ſunt verba fideicommiſsi, vt eſt, *in f. tit. de ſingul. reb. per fideico. relict. Inſtit.* & *Vlpia. tit.* 25. *de fideicom.* Sed probatur apertiſsimè, *l.* 27. *vxori maritus, S. de vſu & vſufructu. legat.* vbi Scæuola diſertis verbis ait, vxori maritum per fideicommiſſum vſumfructum, & alia, & dotem prælegaſſe. Ratio autem eius locutionis hæc reddi poteſt, quia ſcilicet legandi verbum generale ſit antiquâ ſignificatione, *l.* 120. *verbis*, I. *de verb. ſignif.* quamquam hic manet ſcrupulus, quod legati appellatio ibi tantùm referatur ad legitimas teſtamenti partes, inter quas fideicommiſſum non fuiſſe ſupra diximus. Et quod lata illa ſignificatio ſumatur ex mente legis 12. Tab. vt dicitur, *in l.* 80. *in generali*, I. *de verb. ſignif.* quæ de fideicommiſsis cogitare non potuit. At quamuis legati appellatio quandoque trahatur ad fideicommiſſum, nihilominus tamen manet ſemper illa legandi & fideicommittendi in figura verborum differentia. Et hactenus de legato quod ex parte heredi relinqui poteſt. Iam enim de fideicommiſſo dicendum, quæ eſt tertia capiendi figura, quâ aliquid heredi teſtamento acquiri poſſe ſupra diximus. De eo autem cùm ante in genere dictum ſit, hoc tantùm ſupereſt dicendum heredi poſſe illud relinqui, non ſolùm à coherede nominatim vel à legatario aut fideicommiſſario, ſed etiam per præceptionem. Quòd mirum primâ facie videri poſſit, cùm certum ſit fideicommiſſa ſuis verbis, id eſt precariis eſſe ſubnixa. *l.* 77. *cùm pater*, §. 26. *donationis, de legat.* 2. quæ habentur, *in f. tit. de ſing. reb. per fideicomm. relict. Inſtit.* quibus ſcilicet is qui fideicommittit ſermonem ſuum ad eum quem rogat confert, eique ſuam voluntatem inſinuat, *l.* 14. *quidam, S. de iure codicill. l.* 11. *fideicommiſſa*, §. 2. *ſi ita, S. de legat.* 3. Nam & ipſum fideicommiſsi nomen apertè innuit debere eſſe aliquem qui rogetur, & quem alloquatur is qui fidem eius ſequitur, vt videre eſt *initio tit. de fideicomm. heredit. & tit. ſeq. Inſtit.* Verum tamen Paulatim receptum eſt, vt licet verba fideicommiſſi ceſſent, id eſt, non conferatur ſermo ad eum qui relictū præſtare debet, ſed ad eum qui accepturus eſt, neque perſona dantis demonſtretur, valeat fidicommiſſum ; non enim quæri oportet cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur, *l.* 77. *cum pater*, §. 26. *donationis, de legat.* 2. *S.* quaſi ſcilicet minus ſcriptum ſit. *l.* 67. *vnum ex familia*, §. *pen. & vlt. de legat.*2. Exempla videri poſſunt, *in l.* 69. *peto, in prin. l.* 75. *miles, de legat.*2.

l. 11. *fideicommissa*, §. 4. *si quis ita*, *l.* 37. *cum quis decedens*, §. 2. *Seiam*, *de legat.* 3. Et denique, *in d. l.* 77. *cum pater*, §. 26. *donationis*, *de legat.* 2. vbi etiam est præceptio per fideicommissum ab intestato vni ex filiis data, quæ similiter intelligi potest, si pater testatus decessisset. Sed & aliis quoque modis relinqui potest, putà si omnibus filiis institutis dixerit testator, volo filium meum primogenitum habere sibi præcipua illa prædia, vel etiam, si eorum vnumquemque similiter certa prædia præcipere voluerit, hoc est, si eas præceptiones per fideicommissum reliquerit, vt *in l. vlt.* §. 4. *quatuor*, *S. de legat.* 2. factum fuisse Cuiacius putat, Quo casu & similibus idem erit in hoc fideicommissi genere dicendum, quod antea diximus in legato per præceptionem, nempe vt duplici quoque iure capiatur, partim hereditario, partim fideicommissi. Superest vltima capiendi figura, cùm nēpe conditionis implendæ causâ heredi quid datur, siue à legatario, sive à fideicōmissario, siue à statulibero, siue etiā à coherede. *l.* 8. *Papinianus*, §. *si conditioni*, *S. de inoff testam.* & *l.* 76. *id autem quod*, *h. t.* quod etiam mortis causâ capi ibidem dicitur, g nerali scilicet appellatione, quia propriâ caret. Neque enim hereditario, vel legati, aut fideicommissi iure capitur, *l.* 31. *mortis causa capitur*, I. *de mortis causa donat.* Et legatum quidem esse negatur, quamuis ab herede præstetur. *l.* 8. *si quis sub conditione*, *S. si quis omissa causa testam.* ex qua intelligi potest, non esse etiam fideicommissum; nam ille titulus in fideicommissis, vt in legatis, æquè locum habet, *l.* 28. *si seruum* §. 1. *ibid.* Etenim legatum & fideicommissum, vt proprium nomen, sic & proprias habent verborum figuras, *d. l.* 31. & *l.* 77. *cum pater*, §. 26. *donationis*, *de legat.* 2. At hoc figurâ conditionis concipitur, *l.* 30. *in ratione*, §. *tametsi*, *h. t.* Multùm autem interest, quâ figurâ quid exprimatur, *l.* 55. *nonnumquam*, I. *de condit. & demonstr. l.* 195. *expressâ*, I. *de regul. iur.* Adeo vt si non figurâ conditionis heres accipere ab aliquo iussus sit, putà Rogo te heres, vt acceptis centum à Titio, hereditatem illi restituas, res tota longè alio iure censeatur, *l.* 30. *in ratione*, §. *tametsi*, *h. t.* Nam hoc casu pecunia illa non mortis aut conditionis implendæ causâ capi dicitur, sed iure fideicommissi, *d.* §. *tametsi*, & *l.* 11. *fideicommmissa*, §. *cum esset*, *S. de legat.* 3. Et hoc est fideicommissum quod implendæ conditionis causâ heredi dari dicit *hæc nostra l. vers. sed & quod implendæ*, quem Cuia. *lib.* 8. *obseruat. c.* 4. malè tollendum esse censet, qui etiam in Papiniano, ad *l.* 58. *deducta*, §. *numis*, I. *ad Sc. Trebell. & ad l.* 41. *quod statuliber*, I. *de mortis causa donation.* addit nihil esse ineptius quàm fideicommissum conditionis implendæ causâ dicere, eumque vers. esse subdititium, quia fideicommissum & id quod capitur implendæ conditionis causâ longè diuersa sint, & initio etiam nostræ legis apertè distinguantur, non attendens ita hîc eleganter appellari, quia vim conditionis obtinet, licet non figuram, quæ duo distinguntur, *l.* 69. *Cornelius*, *S. de hered. instit.* & similiter vim fideicommissi, licet non figuram, quia non fuerit rogatus qui dare debet,

quod

quod paulò ante expositum est, quâ ratione quasi fideicommissum appellari videtur, *d.* §. *tametsi.* Quare vt proprii cuiusdam generis fideicommissum significaret, Marcianus noster coniunctim dixit fideicommissum quod implendæ conditionis causâ datur. Illud autem valde obseruandum, id quod implendæ conditionis causâ datur, etiam expressâ conditionis figurâ interdum pro legato censeri, & intra modum lege Falcidiâ legatis impositum coerceri. Vnus casus est, cùm heres iussus est non aliter adire hereditatem, nisi prius certam quantitatem vni vel pluribus persoluat, quæ dodrantem hereditatis excedat & deminuere falcidiæ rationem possit, *l. pen. C. h. t.* Alter est, cùm seruus cui libertas adscripta est sub conditione certæ quantitatis dandæ, siue heredi, siue extraneo, eam de peculio suo præstat, *l.* 36. *quod conditionis* ; I. *de mortis causa donation.* nam huiusmodi conditioni de peculio satisfacere quasi de patrimonio fauorabiliter seruis permissum, & quasi conniuentibus oculis *l.* 4. *in princ. de manumiss. l.*31. *si seruo, in f. l.* 17. *si decem, de statulib. & l.* 12. *in bello* §. 6. *si Statuliber, de captiu. & postlim.* I. Et isto casu quod statuliber vni ex heredibus dare iussus est, id duplici iure æstimatur, vt de legato vel fideicomm. præceptionis supra expositum est. Nam quia peculium testatoris morte in hereditatem transfusum est, id est, rediit in corpus hereditatis, & pecunia hereditaria est, *l.* 13. *nec vllam*, §. *sed etsi, S. de heredit. petit.* ac consequenter quod de eo soluitur de communi datur, id quod heres à statulibero ita accipit, partim hereditario iure habere intelligitur pro hereditaria, sua scilicet portione, partim verò mortis causâ capere, siue quasi legati iure, pro parte scilicet coheredis, *d. l.* 76. *id autem quod, h. t.* adeo vt in ea specie eapio huiusmodi præceptio genere quodam videri possit, qualis ferè *in l.* 34. *nomen*, §. 1. *filio, S. de legat.* 3. Nam quod *lex* 41 *quod statuliber*, I. *de mort. causa donat.* illud omne hereditario iure capi dicere videtur, aut sub ea distinctione accipiendum, vt facit Glossa, aut si absolutè accipias, sic explicandum, vt id solum dari & accipi propriè dicatur quod pro parte coheredis datur & accipitur: nam & prælegatum eatenus tantùm consisteret *l.* 75. *mile*, §. 1. *pro parte, S. de legat.* 2. *l.* 18. *eum qui*, §. *vlt.* l. *de bis quæ vt indig.* Etenim quod heres pro portione sua accipit, id neque dari neque accipi proprié dici potest, quia id heres iure hereditario habere intelligitur, *d l.* 76. *h. tit.* habere, inquam, legis & iuris potestate, licet corporaliter à seruo tradatur *d. l. pen. Cod. h. tit. vers. si enim, & l.* 1. *Cod. de pecul. eius qui libert. meruit, l.* 1. §. 3. *si quis ex mortis*, I. *quod legat.* Et hæc de prima parte nostræ legis. Nunc de altera dicendum, eiusque verba similiter explicanda, ne disputationis cursum cùm ad rem qua de agitur peruentum erit remorentur. Sunt autem prima verba huiusmodi *sed in fideicommissaria hereditate restituenda, siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue præcipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur, pro ea verò parte quam accipit à cohere-*

de, extra quartam id est quod à coherede accipitur. Quibus quidem verbis longè diuersam à præcedenti, imò contrariam imputationem exponere videtur,& præter legatum & fideicommissum nouas alias capiendi figuras demonstrat per quas fiduciario heredi, id est, qui hereditatem restituere rogatus est acquiri possit, præceptionem deductionem & retentionem,quas solo vocis sono differre quidam existimant, alij & re ipsa. Vt autem intelligamus, an quid interfit & sub quo genere contineantur,necesse est scire quibus verbis fiant. Illud autem in primis certum est verbis directis & ciuilibus eas concipi, hoc est imperatiuis. Nam verbum *iubeo* directum esse palam profitetur Iustinianus, *l. 2. C. comm. de legat.* Itemque Theoph. §. 1. *qui testamento tutor. & §. libertus, vers. qui autem, de sing. reb. per fideicom. relict. Instit.* & legitimis siue ciuilibus verbis adiungitur in fine nou. Theodos.de testamentis atque à precariis verbis apertè distinguitur, *l. 26. Sempronius Attalus, S. de vsu & vsufr. legat. & l. 6. iubemus, in prin. C. ad Sc. Trebell.* vbi rogare & iubere opponuntur. Denique iubendi verbum imperatiuè semper sumitur propriâ suâ significatione, & disertè imperii esse dicitur, *l. 4. iubere caueri, de iurisdict. omn. iud. S. & l. 14. quod iussit*, I. *de re iudicata.* Et hoc significatu passim in iure sumitur, vt cùm Leges, Constitutiones, Imperatores, Magistratus, & testatores iubere dicuntur, quorũ exempla congerit B. Brissonius *lib. 9. de verb. signif.* Itaque nihil mirum, si iussum plus esse dicatur quàm auctoritas, *l. 25. si quis mihi bona, §. 3. iussum, S. de acquir. heredit.* Neque profectò verum est quod asserit Cuia. ad Paulum *lib. 4. sentent. tit. 1. & lib. 11. obseruat. c. 25* verbum *iubeo* esse ancipitis significationis, modò directum, modò precarium, neque id probatur, *ex l. 28. Aurelius, §. vlt. S. de liberat. legat.* quam solam citat. Nam *in ea l.* non verbum *iubeo* fideicommissum facit, sed verbum *reddendi*, quod significationem precariam habet, & heredis ministerium demonstrat *l. 40. Iulianus*, I. *de manum. testam. l. 75. epistola, & l. 78. Lucius*, §. 6. *Caio Seio*, 1. *ad Sc. Trebell. l. 36. Publius*, §. 1. *de condit. & demonstr. l. 41. vxorem*, §. *vlt de legat. 3. S.* Sed neque particula *fortè* dubitandi causâ adiecta est *in d. l. 2. C. comm. de legat.* vt ille putat, *d. c. 25.* sed vt ostendat verbum *Iubeo* exempli gratiâ positum fuisse, ac si dixisset, iubeo putà. Nam alioqui ridiculus foret Iustinianus qui verba directa exemplo demonstraturus ambiguum & anceps verbum elegisset, cùm tot certa & indubitata suppeterent, vt *in l. 15. quoniam, C. de. testam. in d. l. 15. Cod.* Dubito, an heredem facio, vel instituo sint verba precaria. Vide parat. nostrum *de vulgari.* Præterea non est vnum simplex verbum directum quod sensum habeat vulgatum, nisi iubeo & impero. Non enim pro Cuia. quidquam facit quod Paulus *d. tit. 1. lib. 4.* dicit verba *desidero* & *impero* vtile facere fideicommissum, quasi multò magis id sit dicendum de verbo *iubeo*, vt ille inferre videtur, & necessariò consequeretur, cùm plus sit imperare qnàm iubere, vt Donatus obseruat ad illud Terentij : iubeo, cogo, atque impero, in Eunucho

act. 3. Sce. 1. Nam pro *impero* legendum videtur apud Paulum *spero*, quod aptiùs coniungitur cum verbo *desidero*. Cuius emendationis argumentum certissimum sumo ex verbis Aniani in loci illius interpretatione: Si quando, inquit, fideicommissum relinquitur precatiuis verbis, relinqui potest, vt roget quis, iniungat, petat, speret. Cui simile est quod dicitur *in l. 67. vnum ex familia, §. vl. de legat. 2.* & *in l. 39. Pamphilo, in prin. de legat. 3.* verbum *non dubito*, & verbum *Scio* pro fideicõmisso esse accipienda; nam & hæc sunt verba præsumendi & sperandi. Quod si legas *impero*, non video quid conuenientius dici possit, quàm quod iamdiu alibi docui, nempe quibusdam olim visum fuisse nullũ verbum posse imperatiuum dici, quod non enuncietur legis modo, vt loquitur Vlpianus *initio tit. 24. de legat.* id est, imperatiuo; ideoque & hanc institutionem, *heredem facio, heredem instituo* à plerisque fuisse improbatã, vt idem Vlpianus scribit *tit. 21.* non quod verbũ *instituo* sit commune & anceps, vt ibi vult Cuia. & consult. 50. sed quod non dictum sit imperatiue; *heres esto*, aut saltem non pro directa, sed pro fideicommissaria habitam, vt innuit *l. 15. quoniam, C. de testam.* Quorum tamen sententia non obtinuit; nam hæc verba directa sunt, *do lego, dare iubeo*, non minùs quàm illa, *capito, vel heres dato*, apud Vlpianum *tit. 24. de leg.* sed obstare præterea videtur *d. l. 40. Iulianus, S. de manumiss. testam.* vbi verbum *iubeo* fideicommissariam libertatem facit. Respondeo testatorem non præcisè & absolutè iussisse, sed iussisse per fideicommissum, adiectis verbis precariis, vt rectè Glossa supplet ex præcedentib. & sequentib. & simili temperamento testator dicitur sanxisse verbis precariis, *l. 24. filium quem, C. famil. erciscund.* cùm alioqui sanciendi verbum sit maximè imperatiuum & legitimum. Item obstare videtur *l. 5. verba, S. de alim. & cibariis legat.* vbi testator qui vsus est verbo *peto*, & aliis precatiuis dicitur iussisse. Respondeo verbum *iussit* non ibi referri ad verbum *peto*, sed ad illa *vt & vobiscum sint* quasi imperatiua. Item *l. 13. nec vllam, S. quid si quis, S. de heredit. petit.* vbi qui iussit heredem paruo pretio hereditatem vendere Titio, dicitur eo ipso fideicommissariam hereditatem reliquisse. Respondeo iussum illud haberi pro fideicommisso, quia non sit legati modo factum, & heredis ministerium requirat. Quod in transferendo rei legatæ dominio non requiritur, *l. 66. à Titio*, I. *de furtis*; nam in illa specie testator, neque legauit, neque fideicommisit, sed ex tacita mente verba pro fideicommisso accipiuntur. Quod similiter dicendum in specie *l. 88. Lucius, §. 10. quisquis mihi heres erit, de legat. 2.* Nam ipsa etiam verba ad fideicommissum quandoque deflectuntur tuendæ voluntatis causâ; quod etiam contingere potest propter adiunctionem aliorum verborum quæ fideicõmissum apertè faciant, putà iubeo heredem meum manumittere seruum meum stichum; nam directa libertas testamento competit absque heredis manumissione, *toto tit. de manumiss. testam.* I. Et eo modo plerique loci possunt occurrere, in quibus verbum *iubeo* ad fideicommissum detorqueatur. Nam alioqui propriâ significatione impera-

tiuum procul dubio est, vt præter superiora probat apertissimè ille ipse Plinii locus in panegyrico, quem Cuia. *d. c.* 25. in contrarium sensum adducit, sed truncum: Quò iustius Senatus (inquit) vt susciperet quartum consulatum, & rogauit, & iussit, Imperii hoc verbum, non adulationis esse, obsequio tuo crede, quod non alia in re magis, aut Senatus exigere à te, aut tu præstare Senatui debes. Neque mirum si testator imperandi habeat potestatem, nam lex ei dedit. Quin & lex est quod ipse iubet *l.* 120. *verbis*, I. *de verb. signif.* §. *disponat*, Nou. 22. *de nuptiis collat.* 4. legis autem virtus imperare, *l.* 7. *legis S. de legib.* Quæ ratio potestatis facit, vt voluntas & consensus patris vel domini quandoque iussum dicatur, tum in nuptiis filiif. vt *in prin. de nuptiis Instit.* tum in aditionibus hereditatis, *l.* 25. *si quis mihi bona*, §. 3. *iussum*, *S. de acquir. heredit. iunctâ l.* 6. *qui in aliena*, *in prin. eod. tit.* Potentior enim cùm rogat, iubere intelligitur, quo sensu malim accipere illud Virgilii.

Infandum Regina iubes renouare dolorem.

Quàm cum Seruio, qui ideo *iubes* pro *vis* accipiendum putat, quia Æneæ persona iussum non recipiat. Quamquam tamen verum sit personarum conditionem facere, vt iussus dicatur pro enixa voluntate in eo qui imperandi ius non habet, vt *tit. quod iussu S. & tit. de fide. iussor.* I. quia qui iubet vult maximè Donat. in Adelphis *act.* 3. *Sce.* 4. in illud, *saluere beguinem plurimùm iubeo.* Iubeo, inquit, volo significat ab eo quod sequitur, & id quod præcedit; non iubemus enim nisi quod voluerimus. Et in Andria *act.* 3. *Sce.* 3. in illud, I*ubeo Chremetem* firmè aliquid velle, iubere est; sic enim verba traiicienda puto, vbi etiam docet saluere iubeo per metalepsim dici, quia qui dicit salue, iubet, quia salue imperandi modo enunciatur. Quin & verbum *impero* figuratè pro *volo* dicitur. Idem Donat. in Andria. Impero pro volo, inquit, an vt statim fiat tanquam illud quod imperatur, & impero superbè dixit. At vbi verborum proprietas attenditur, *volo* precatiuam significationem habet, *iubeo* directam; quòd si quandoque iungantur, non Synonimia est, sed gradatio, vt *l.* 4. *C. comm. de legat.* & in ferendæ legis formula, Velitis iubeatis Quirites, &c & trito versu,

Sic volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas.

Nam & testatores verbis directis precaria nonnunquam adiungunt, vt probat Cuia. *in S. d. c.* 25. *lib.* 11. *obseru.* Neque verò quis existimet verba præcipere, retinere, deducere, *in nostra l.* vel eo solo directa posse intelligi quod heres propriâ manu ipse præcipiat, retineat, deducat; nam fideicommissum quoque per præceptionem posse existere iam S. docuimus. Quod etiam probatur, *l.* 69. *peto*, *vers.* 2. *de legat.* 2. *S.* vbi proponitur fideicommissum per retentionem siue præceptionem. Imo quod mirandum magis, tale fideicommissum heredi ex asse, qui scilicet rogatus sit hereditatem restituere, relinqui potest, vt videre est in prima specie *d. l.* 69. collata cum secunda. Sed iam videndum, quonam

modo testator iusserit heredem præcipere, retinere, deducere. An ita nominatim, iubeo heredem hoc vel illud præcipere & hereditatem restituere? aut quod idem est, heres hoc vel illud præcipito & hereditatē restituito. An vero sic, heres hoc vel illo præcepto hereditatem restituito? Existimant autem nonnulli modo priori fuisse relictum, & verba sic interpretantur, vt præcipere nihil sit aliud quàm prælegati genus illud quod præceptionem appellari propriè supra docuimus, quod probari putant, *l.* 86. *Titia, h. t.* vt deducere referatur ad rem certam retinere, ad portionem aliquam hereditatis citato §. *si quis vna, Instit. de fideicom. hered.* Perperam vtrumque; nam quod ad verborum significationem attinet, nulla ferè differentia est, quod Cuiacio quoque videtur in Papinianum *ad l.* 93. *acceptis, col.* 2. *h. t.* Retinere enim & deducere promiscuè dicuntur *d. l.* 36. item præcipere & deducere *l.* 5. *si sponsus*, §. 10. *si quis rogatus, S. de donation. inter vir. & vxor. l.* 92. *si miles, h. t & d.* §. *si quis vna, & sed etsi certa* item retinere & præcipere *d. l.* 93. *& d. l.* 69. imò & omnia tria. *d.* §. *si quis vna*, maximè apud Theoph. Præterea deductio dicitur de portione hereditatis, vt retentio *d. l.* 86. *& l.* 44. *qui heredi*, §. *vlt.* I. *de condit. & demonstr.* item retentio de re vel summa non minùs quàm de parte hereditaria, *l.* 30. *si legatus*, §. *pen.* I. *ad Sc. Trebell. l.* 58. *deducta*, §. *acceptis*, (alias incipit *numis*) *eod. tit. & d. l.* 93. *h. t. & d. l.* 69. *de legat.* 2. vt etiam præceptio de re vel quantitate, *d. l.* 30. §. *pen. d. l.* 5. §. 10. *si quis rogatus*, *l.* 34 *nomen*, §. *filio, de legat.* 3. *l.* 12 *cum responso, C. de legat. & d.* §. *si quis vna*, (non tamen de portione hereditatis quod meminerim) solent enim plerumque Prudentes qui priuatis cauent plura eiusdem ferè significationis verba congerere, vt *in f. de singul reb. per fideicom. relict. Instit.* & in definitione itineris ius eundi ambulandi hominis *in prin. de seruit.* & in formula stipulationis Aquilianæ actio, petitio, persecutio: item habes, tenes, possides, *l.* 18. *& vno*, I. *de acceptilatione*, & in legato præceptionis præcipito, sumito, habeto, *l.* 88. *Lucius, in prin. de legat.* 2. *& d. l.* 12. quæ singula potuissent sufficere, vt videre est apud Vlpianum *initio tit.* 24. & in actionibus res vel lis, *l.* 9. *si defunctus in f. C. de suis & legit.* vnde cauillus Tullij pro Muræna in iurisconsultos: Tot homines, inquit, tam ingeniosos statuere non potuisse, vtrùm rem an litem dicere oporteat, dissimulantis quippe eam verborum congestionem in formulis & cautionibus esse omnino necessariam, ne quid forte vel in tenui discrimine incautum præmittatur. Exempla alia in iure passim occurrunt quæ nostros quoque formularios pinguiùs imitati Iustinianei iuris interpretes docuerunt. Iam verò quod attinet ad verborum conceptionem, ea non potest esse huiusmodi qualem illi arbitrantur; nam si dixerit testator, præcipito, deducito, retineto, vel iubeo præcipere, deducere, retinere vel vt *in d. l.* 88. sibi præcipiat, deducat, retineat, proculdubio prælegatū præceptionis palam erit, etiam si vno solo eorum verborum eo modo vsus fuerit, cùm tamen verba nostræ legis de

alio genere capionis sint accipienda, quandoquidem legati paulò ante meminit, cuius appellatione præceptio & prælegatum quodcunque continetur, *d. l. 12. & l. 86. Titia h. t.* Veriùs ergo est testatorem ita locutum, præceptâ illâ re vel quantitate hereditatem restituito, aut quod idem est, deductâ vel retentâ, auferendi scilicet casu ex quo intelligimus verba quæcumque precaria non sint pro directis & imperatiuis haberi, etiamsi non apertè iubeant, quod obseruandum. Nam & in proposito heres dicitur iussus accipere, vt *l. 30. in ratione, §. tametsi, h. t.* Exempla autem similis locutionis videre est *in l. 13. nec vllam, §. 5. sed & si retenta, de heredit. petitione, l. 5. si sponsus, §. 10. si quis rogatus, de donat. inter vir. & vxor. S. l. 93. acceptis, h. t. l. 30. si legatus, §. vlt. l. 58. deducta, §. 3. acceptis*, I. *ad Sc. Trebell. & §. si quis vna, & §. sed & si certa, Instit. de fideicom. heredit.* In quo *§. si quis vna*, scribit Iustinia. relictum huiusmodi quasi ex legato acquiri, ambiguum relinquens, verum legatum intelligat, an similitudinem legati. Et præceptio quidem dicitur, *d. l. 30. §. vlt.* Sed nullibi quod meminerim legatum; quamquam enim *in l. 3. in fideicommissi, §. 3. cum Pollidius, de vsuris S.* testator qui heredem restituere rogatum iussit, fundum retinere dicatur, fundum prælegasse, tamen incertum relinquitur, an ipso imperandi modo, vel consimili forma iusserit, an tantùm dixerit retento fundo. Vt vt sit à legato *hac nostra l.* aperté separatur, & ab eo certè differt, si non genere, figurâ saltem verborum, quâ solâ hodie legatorum species inter se distingui supra docuimus. Quinimo & re ipsâ differt aliquatenus; nam qui dicit, præcipito, aut quid simile, enixam & apertam dandi legandi voluntatem demonstrat: at qui dicit, præceptâ re illâ perfuoriè loquitur, vt in alia specie dicit *l. 5. aut qui, §. 1. quod vi aut clam*, I. *& l. 69. qui libertatis, §. 2. sed etsi quis S. de euictione.* neque valde propenso animo dare videtur, quin patius illo & similibus casibus creditur testator tacitè voluisse, & tamen non rogasse, vt & illud quoque cum hereditate restitueret *l. 5. si sponsus, §. 10. si quis rogatus, S. de donatio. inter vir. & vxor.* Simile quoque exemplum *in nostra l.* statim subiicitur, si quis nempe acceptâ pecuniâ hereditatem restituere rogatus sit, quæ species diligenter à superiori distinguenda; itemque à sequenti quæ est *in vers. sed & quod implendæ*, cùm quibus eadem videri alioqui possit, nam quod implendæ conditionis causâ fideicommissum heredi dari *in eo vers.* dicitur, ita exposuimus S. cùm non figurâ conditionis heres acceptâ pecuniâ hereditatem restituere rogatus est, & præterea nihil videtur interesse, vtrùm dixerit acceptâ pecuniâ, siue præceptâ aut retentâ, *l. 93. acceptis inf. h. t. & l. 58. deducta, §. 3. acceptis*, I. *ad Sc. Trebell.* quod Cuia. vult. *d. l. 93. col. 2. & d. l. 58. §. 3. col. 2.* Ita autem hæ tres species distinguendæ videntur, vt in prima heres sit iussus præcipere, deducere, retinere, è media hereditate scilicet & de communi, vt ante in legato præceptionis docuimus; quod verbum ipsum præcipere satis præ se fert & probat apertè *vers. pro ea verò parte*, qui

ad has capiendi figuras non minùs referendus, quàm ad legatum & fideicommissum, vt nempe intelligamus in illis quoque heredem duplici iure capere, partim quasi ex legato, pro parte scilicet coheredis, partim iure suo, id est, hereditario, pro parte nempe hereditatis propria. In secunda autem specie, hoc est *in vers. sed etsi accepta*, intelligamus heredem rogatum restituere acceptâ pecuniâ, non quidem à fideicommissario vel herede, vt putat Glossa; ea enim erit tertia species, neque etiam de communi & è medio, id est corpore hereditatis, vt in prima, sed à seipso & de sua portione, quippe non demonstratâ vllâ dantis personâ, *d. l. 93. in f. h. t. & d. l. 58. §. 3. acceptis. vers. diuersa, ad Sc. Trebell.* in quibus ll. particula *quasi* & particula *tanquam* significant aliud esse, cùm dixerit testator acceptâ pecuniâ, aliud verò cùm retentâ siue præceptâ. Nam quamuis vtroque casu fiat imputatio in quartam, cùm tamen dictum est acceptâ pecuniâ, totum imputatur; quia scilicet totum de propria parte & hereditario iure capitur *l. 58. deducta, §. 3. acceptis*, I. *ad Sc. Trebell. l. 77. cum pater, de legat. 2.* Ideoque *in nostra l.* hæc species ponitur post *illum vers. pro ea verò parte*, vt intelligatur in ea nullam esse possessionis varietatem aut iuris diuisionem, vt loquitur *l. 18. eum qui, in f. S. de his quæ vt indig.* At quandoque hæc aliter distinguntur, vt retentâ quantitate intelligatur de hereditaria: acceptâ verò de ea quæ extrinsecus capitur, conditionis scilicet implendæ causâ, ab eo cui hereditas debet restitui, *l. 17. nec vllam, §. quid si quis, vers. sed & si retenta, vers. planè & seq. S. de heredit. petitione*, vbi quamquam præcisè dicatur acceptâ quantitate, tamen dantis personam fuisse demonstratam manifestum est ex sequentibus, vt etiam *in l. 11. fideicommissa, §. 3. cum esset, S. de legat. 3. & l. 90. si heres, h. t.* Et hæc est tertia species de qua *in vers. sed & quod implendæ, hac nostra l.* vbi quod ita accipitur fideicommissum implendæ conditionis causâ appellatur, de quo oblatâ occasione iam dicere anteuertimus, quantum satis ad contextus explicationem, cui ante omnia fuit diligenter incumbendum, ne verborum obscuritas satis per se magna rerum difficultatem per se maximam adaugeret, quarum disputationem sequenti tractatu accuratè exequemur, vim & potestatem nostræ legis, vt spero, enucleaturi; sed & aliarum multarum simul quibus vix sunt vllæ in toto iure obscuriores elegantioresue, nec magis in foro aut in schola decantatæ.

AD L. 91. IN QVARTAM

D. Ad L. Falcidiam Tractatus alter.

SVPERIORI tractatu de verborum significatione potissimùm disputauimus, modò res ipsas diligentissimâ atque accuratissimâ interpretatione exponamus, si quid interim ad verborum planiorem sensum faciat non prætermissuri. Ait ergo Marcianus, in quartam hereditatis quam per L. Falcidiam heres habet, imputari res quas iure hereditario capit, non quas iure legati, vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accipit. Ex quibus verbis hoc in primis obseruandum eam quartâ hereditatis quidem appellari, rerum tamen & bonorum esse potius; nam quamquam in ipsa L. Falcidia ita sit scriptum, ne minùs quam partem quartam hereditatis ex testamento heredes capiant *l. 1. in prin. h. t.* & hereditatis appellatio sit nomen iuris, ac sine vllo etiam corpore iuris intellectum habeat, *l. 119. hereditatis, de verb. signif.* I. & *l. 50. hereditas, de heredit. petit. S. l. 3.* §. 1. I. *de bon. possess.* & ea rebus ipsis distinguatur, *l. 80. legatum, S. de legat. 2. l. 18. in fideicommissaria*, §. 1. I. *ad Sc. Trebell.* cùm tamen manifestum sit legem de emolumento hereditatis, non de nudo & inani nomine heredis sensisse, quod quidem nunquam ab eo auelli potest, ne restitutâ quidem hereditate, vel vt indigno ereptâ, *l. 1. ait Prætor*, §. *sed quod Papinianus, de minorib. l. 88. & qui soluendo, in f. de hered. instit. l. 43. ex facto*, § 3. *Iulianus, de vulgari & pupillari S.* manifestum, inquam, vel ex eo quod quarta hereditatis quam lex heredi excipit, dicatur comparatione dodrantis quem legare permittit, qui quidem est bonorum dodrans, non hereditatis § 1. *instit. h. t.* & in pecunia rebusque, non in iure consistit. *l. 1. in prin. h. t. &* §. *legatariis, Instit. de testam. ordin.* Sed dubio procul lex sensit de vniuersa rerum summa, id est, parte bonorum *argum.* §. *sicut, apud Vlpia. tit. 24.* Vnde ratio dubitandi, an in re singulari, vel certâ summâ quarta relinqui possit §. *si quis vna, Instit. de fideicomm. heredit.* Verba legis ita per interpretationem accepta sunt, vt de quarta bonorum & puræ substantiæ intelligantur §. *cum autem ratio, h. t. apud Iustinia. & Theophilum.* Et nihilominus tamen quarta hereditatis non malè etiam appellatur, quia non nisi iure hereditario

ditario ea haberi possit *l.* 14. *pater filiam*, *l.* 87. *qui fundum*, *h. t.* & nihil in eam imputetur, nisi quod eo iure capiatur. Quod vsque adeo verum est, vt quamquam testator legatum heredi ideo dederit, vt in quartam imputetur, non tamen cogatur heres imputare, sed tantum denegetur ei legati actio, si lege Falcidia vti malit, *l.* 75. *sed si ideo h. t.* Cuius rei ratio non aliude petenda, quàm ex ipsis legis verbis, quæ non minùs quàm quartam hereditatis heredem capere voluit, ne scilicet inutile ei hoc nomen esset & sine re, imò potius onerosum. Pro herede autem siue iure hereditario capere dicitur, quoties capit quod citra nomen & ius heredis capere non poterat *l.* 20. *pro herede*, §. 2. *Papinianus*, *S. de acquir. vel omitten. hered.* quod inquam quasi heres & occasione hereditatis capit, *l.* 59. *debitor*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* vt contrà iure legati vel fideicommissi quod quis quasi fideicommissarius capit, *l.* 29. *si à me*, *h. t. l.* 63. *facta*, §. 9. *cum suspectum*, I. *ad Sc. Trebell.* Cui consequens est, vt neque legata, neque fideicommissa, neque id quod conditionis implendæ causâ heredi datur in eam quartam possit imputari. Sed quamquam ipsa legis verba apertè ostendant nihil in eam quartam imputari debere, nisi quod hereditati accepto feratur, *l.* 18. *in fideicommissaria*, *I. ad Sc. Trebell.* meritò tamen dubitatum est, quid hereditatis appellatione contineretur, quod & in aliis iuris partibus vbicumque de hereditate agitur quæri solet. Dubitatum, inquam, an eæ solæ res hereditario iure capi dicerentur, quas testator delibatis & deductis legatis ac fideicommissis titulo institutionis heredi seorsim in patrimonio suo relinqueret, quia hereditas propriè intelligatur à legatis & fideicommissis distincta & separata, *l.* 96. *si Titius*, *de legat.* 3 *l.* 106. *legatum*, *de legat.* 2. *S. l.* 74. *quod autem*, *h. t.* An etiam res aliæ quas quocumque nomine & titulo eo testamento heres à defuncto caperet, si modò ius hereditarium ad eas quoque extendi & pertinere posset. Nam, vt pluribus ante docuimus, quamquam præceptio solius legati vel fideicommissi titulo figurâ & voluntate vni exheredibus à testatore relinquatur, Prudentum tamen *interpretatio iuris & possessionis varietatem* & diuisionem in ea constituit, vt nempe hereditario iure capiatur pro ea partè quâ ipse heres est, *l.* 18. *eum qui*, *S. de his quæ vt indig. auser.* quod etiam potest contingere in eo quod conditionis implendæ causâ heredi datur. Exemplum est in peculiaribus nummis quos statuliber dedit *l.* 76. *id autem*, *h. t.* Item aliud *in l.* 21. *si pupillus h. t* in cuius specie totum etiam illud quod pupillus implendæ conditionis gratiâ heredi dedit, & quod alioqui defuncto debebat naturali obligatione quæ in heredem cum reliquo vniuerso iure transierat, illud, inquam totum hereditario iure capitur. Placuit verò Prudentibus res quocumque titulo heredi testamento relictas in quibus ius hereditarium locum habere possit hereditario iure capi, non solùm eas quas institutionis nomine separatim habuit, atque ideo in hanc quartam imputari, vt colligitur ex *l.* 22.

Neſennius, *vers. reſpondi*, *h. t.* & probatur, *l.* 74. *quod autem dicitur*, *eod. tit.* vbi regula iuris hæc proponitur Regulæ non à iure ipſo, ſed à Prudentibus *l.* 1. I. *de regul. iur.* ſi ex iudicio defuncti quartam habeat heres, ſolida præſtanda eſſe legata, id eſt Falcidiam non pati, ſi modò hereditario iure habeat. Et regulæ ſubiicitur hæc collectio: Ideoque quod quis legatorum nomine à coherede accepit in quadrantem ei non imputari, ex qua per contrarium intelligas, id quod accipit pro parte hereditaria & à ſeipſo ei imputari. Et hoc ipſum eſt quod vult Marcianus, *initio noſtræ legis*, dum ait, In quartam imputari res quas iure hereditario heres capit, non quas iure legati, vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis causâ accipit, nempe, vt oſtendat diuerſitatem partium & iuris diuiſionem quæ in illis tribus capiendi figuris poteſt contingere, quam & particulæ illæ videntur innuere *capit* & *accipit*. Nam pro portione quidem hereditaria heres legatum ipſe à ſeipſo capit, *l.* 18. *in fideicommiſſaria*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* imò verius iure ſuo habet *l.* 76. *id autem*, *h. t.* & *l.* 15. *heredi*, *S. de his quæ vt indig. l.* 34. *Titia*, §. 1. *Lucius*, *de legat.* 2. *l.* 116. *legatum* §. 1. *S. de legat.* 1. At pro portione coheredis pro qua ſola legatum conſiſtere ſupra docuimus ab ipſo coherede accipere intelligitur & dicitur, quamuis ipſe ſibi de medio totum relictum præſumat, vt fert natura præceptionis, *vers. pro ea vero parte, hac noſtra l.* & *l.* 58. *deducta*, §. 3. *acceptis*, I. *ad Sc. Trebell.* Neque ab ſimili ratione *in d. l.* 18. §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* Pars hæc à coherede accipi dicitur, illa vero heredi à ſemetipſo relinqui. Ad quam etiam differentiam facit quod non ſimpliciter & abſolutè hereditatem aut legatum & reliqua dicat, ſed res quas iure hereditario capit & quas iure legati vel fideicommiſſi vel implendæ conditionis cauſa accipit, quaſi diceret, imputari res quà iure hereditario capit, non quà iure legati, alioque, id eſt, pro ea parte quam quaſi heres habet, non pro ea, quam iure legati vt exprimitur *in d. vers. pro ea vero* parte vt *in l.* 1. §. *ſi quis ex mortis*, I. *quod legat.* vt nempe diſtinctionem illam rerum, non tam ad varietatem corporum, quàm ad dictam iuris & partium in vnaquaque re ita relicta diuiſionem referamus. Qua formâ, *in d. l.* 18. §. *vlt.* & *l.* 58. *deducta*, §. 3. *acceptis*, I. *ad Sc. Trebell.* circa vnam eandemque præceptionem diſtinguitur, id quod à coherede heres accepit, & id quod à ſemetipſo ei relictum eſt. Neque enim res quas hereditario iure capi Lex noſtra dicit de iis debemus intelligere quas proprio inſtitutionis titulo teſtator heredi reliquit, non quod illæ non imputentur quoque, ſed quòd nulla prorſus dubitatio eſſe potuit, quin res hereditatis nomine palam relictæ in quartam hereditatis imputentur §. & *cum quæſitum*, *Inſtit. h. t.* §. *ſed quia*, & §. *ſi quis vna*, *de fideicom. hered. inſtit.* Cuius rei certiſſimum argumentum eſt, quod deinde in exponendis eis quæ in quartam fideicommiſſariæ hereditatis ex Senatusconſulto imputantur, earum tantùm rerum meminit, quæ legati & fideicommiſſi titulo & ſimilibus capiuntur, in quibus quidem eandem

partium diuisionem constituit, *d. vers. pro ea vero parte.* At earum quas institutionis titulo, & hereditatis nomine heres accipit, nullam prorsus facit mentionem; quamquam certum sit eas quoque in eam quartam non minùs imputari. Ex quibus iam planè constare arbitror, hac totâ lege de iis tantùm agi, quæ non institutionis titulo & figurâ, sed aliis modis testamento relinquuntur; quæ tamen interdum hereditario iure partim capi possunt, licet sub alio nomine relicta. Vnde etiam perspicuum fit Marcianum primis huius legis verbis eam possessionis ac iuris varietatem & partium consequenter diuisionem in legatis & aliis singularibus relictis palam & disertè in ponenda Legis Falcidiæ ratione constituere non minùs quàm cùm de quarta ex Senatusconsulto retinenda deinde tractat, ita vt eam distinctionem non sit opus supplere, vel *ex d. versic.* vel aliunde vt vulgo fieri solet. Definit ergo breuiter Marcianus legatum fideicommissum, & id quod conditionis implendæ causâ heredi datur, in quartam legis Falcidiæ, quatenus iure hereditario capit, imputari. At quatenus legati, fideicommissi, vel conditionis iure accipit, non imputari, hoc est, præceptionem legato vel fideicommisso relictam pro parte coheredis non imputari: prælegatum nulla ex parte, quia totum à coherede præstetur, vt ante expositum est, neque etiam fideicõmissum siue ab herede, siue ab alio detur *l. 29. si à me, h.t.* Sed his plura obstare videntur. Nam cùm hereditatis appellatione, neque legata, neque fideicõmissa contineantur *l. 96. Titius, de legat. 3.* quinimo, & nomine, & figurâ verborum, & vi ac potestate ab ea differant *l. 90. quid ergo, de legat. 1. S. l. 120. verbis, de verb. signif. l. 31. mortis causa, de mort. caus. donat.* I. & §. *legatariis, Instit. de testam. ordin.* & Lex Falcidia quartam hereditatis dixerit, non videtur fieri posse, vt legata vel fideicõmissa vlla ex parte in eam imputentur. Verùm facilis est responsio, nempe quòd pro parte hereditaria non consistant, neque pro legato aut fideicõmisso eatenus, sed pro herede possideantur, quia legatum aut fideicommissum heredi à semetipso dari non potest, *l. 15. heredi, l. 18 eum qui, S. de his quæ vt indig. l. 116. legatum,* §. 1. *de legat. 1. l. 34. Titia,* §. *Lucius, de legat. 2. S. & l. 1.* §. *si quis ex mortis,* I. *quod legat.* & pro parte tantùm coheredis legati nomine accipi dicitur, *l. 74. quod autem, h. tit.* nam licèt totum legati titulo à testatore fuerit relictum, non in solidum tamen causa legati consistit, vt loquitur *l. 91. quæsitum,* §. 2. *duobus, de legat. 1.* At voluntas legantis magis obstare videtur; neque enim ratio iuris ac possessionis varietas inducit diuisionem voluntatis, vt eleganter dicitur *in d. l. 18. eum qui,* §. *vlt.* non, inquam, efficit, quominus rem totam nomine legati testator heredi reliquerit, in cuius etiam persona titulum hereditatis à titulo legati manifestè discreuit, æquitas autem postulare videtur, vt voluntatis ratio ea in re iuris rationi præualeat, vt etiam præualere videtur in specie *d.* §. *vlt.* Sed dicendum est ea quæ ex ipso testamento oriuntur necesse esse secundum scripti iuris rationem expediri, & interpre-

tationem capere, *l. 16 in his S. de conditio. & demonstr.* quia testamenta iure publico fiant, non priuato, *l. 1. in prin. h. t. l. 3. testamenti. S. qui testam. facere poss.* Quamquam enim libera de rebus suis dispositio testatori sit permissa, & in eo voluntas eius pro iure & lege habeatur, *l. 120. verbis. de verb. signif. in prin. No. 22. de nuptiis, §. disponat, collat.* 4. non tamen mutare potest ius quod Lex naturæ institutionis hereditariæ & legatorum tribuit. *l. 55. nemo potest, de legat. 1. l. 88. Lucius §. vlt. de legat. 2. S. l. 35. si quando, C. de inoffic. testamento.* Vis autem institutionis ea est, vt dominium rerum hereditariarũ in quemlibet heredũ pro hereditariis portionibus ipso iure transferat; tunc etiam cùm aliam bonorum diuisionẽ testator fecit, & heredes ex rebus instituit, vt nempe ea diuisio vicem tantùm præceptionum obtineat, *l. 35. ex facto,* I. *de hered. instituendis.* Legati quoque ea est natura, vt dominium rerum faciat legatarii, vt hereditas, heredis res singulas, *l. 80. legatum ita, S. de legat. 2.* Itaque ratio non patitur, vt heredi à semetipso legatum dari possit, quia à se vindicare non potest, *l. 116. legatum, §. 1. S. de legat. 1.* quia quod iam eius est quasi heredis, eius ampliùs fieri non potest quasi legatarii, §. *sic itaque discretis. Instit. de action.* nec consequenter in hereditariis partibus legatum consistere *l. [illegible] heredi, S. de his quæ vt indig. auser.* quare cùm testator vni ex heredibus præceptionem relinquit, manifestum est eum non nisi pro parte coheredis, legatum dare. Nam quòd dicitur *in d. l. 18. eum qui, §. vlt.* iuris rationem non inducere diuisionem voluntatis, hoc tantùm significat, velle testatorem, vt heres solidam præceptionem sibi habeat, quam certè non minùs habiturus est, etsi partes diuerso iure capiat, quin & ipsa partium diuisio ad testatoris tuendam voluntatem potissimùm respicit, quæ est, vt solida legata heres præstet, ex quibus cùm Falcidiam detrahit, contra mentem & sententiam defuncti consequenter facit. *l. 86. Titia, in f. h. t.* Itaque quò heres solida legata præstet, aut certè minus deminuta, præceptionem pro hæreditaria parte sibi in Falcidiam imputare cogitur, imò & quidquid aliud iure hereditario capit quocumque titulo relictum, quod Prudentum interpretatione inductum est tuendæ voluntatis causâ. Quinimo & ipsius, testatoris ea mens esse videtur, vt præceptio pro Falcidiæ commodo heredi cedat; ideoque & ex eius voluntate eam heres in quartam imputare intelligitur, pro hereditaria parte solidam quoque imputaturus, si iuris ratio pateretur, & solidum etiam imputare cogitur, quoties compensationis æquitas occasionem præbet; idque non aliâ ratione quàm voluntatis, quod plenius deinde explicabimus, *l. 22. Nesennius, l. 90. si heres, l. 94. filio, h. t. l. 15. heredi, S. de his. quæ vt indig. auser.* Itaque manifestum est testatoris voluntatem hac in parte cum ratione iuris congruere. Sed obstat præterea quod nulla præceptionis pars videatur esse hereditaria, atque ideo nulla possit in quartam imputari, quandoquidem legatum ab ipsa hereditate delibatur ac separatur, & rectâ viâ à testatore ad legatarium

transit nullo momento factum heredis, *l.* 116. *legatum, de legat.* 1. *l.* 80. *legatum ita, de legat.* 2. *l.* 64. *à Titio de furtis*, I. *l.* 9. *sed si damnum*, §. 4. *sed & creditor*, *S. de peculio.* At in promptu responsio est. nempe quòd legatum pro parte hereditaria non constitit, vt modo probatum est. Quod inquam, eatenus legatum non est, neque dici, nisi per abusionem potest. Item obstat quod qui hereditatem omittit præceptionem solidam nihilominus consequitur, quod facere non posset, si aliqua ex parte iure hereditario caperetur, & non tota, iure legati *l.* 12. *cum responso*, *C. de legat. l.* 17. *qui filiabus*, *cum l. seq. l.* 87. *filio*, *l.* 89. *nam nec*, *l.* 91. *quæsitum*, §. *duobus*, *de legat.* 1. *S.* Sed dicendum est eo casu, eum qui legatum accipit, licet heres institutus sit, non tamen esse heredem, sed legatarium tantùm, atque ideo ex post facto totum legatum ab initio in eius persona intelligi constitisse, vt in quolibet extraneo, aut certè consistere repudiata demum hereditate, quia incipit postea quasi legatarius accipere *argum. leg.* 29. *si a me*, *h. t.* At si dixeris eum cui vt indigno eripitur hereditas, id est, res quæ hereditate continentur, heredem quidem manere *l.* 43 *ex facto*, §. *vlt. S. de vulg. & pupill. substit.* ei tamen integram præceptionem non minùs relinqui, *l.* 18. *eum qui*, §. *vlt. de his quæ vt indig. auser. S.* Respondebo iuris quidem subtilitate nomen heredis eum retinere, sed sine re, atque ideo euentu inspecto idem esse ac si heres nunquam fuisset, neque igitur heredis loco habendum, neque prohiberi legatum integrum capere, sicut extraneus quilibet caperet, qui non esset heres scriptus, quia non nudum nomen, sed rem spectare oporteat, & ita Cuiacius respondet in Papinia. *ad d. l.* 87. *filio*, *de legat.* 1. qui in eodem opere aliâ responsione ante vsus est *ad l.* 12. *cum quidam*, *S. de his quæ vt indig. auser.* nempe eum cui eripitur hereditas vt indigno heredem ipso iure manere, atque ideo legatum partim iure hereditario capere, sed ius Fisci ex interpretatione coarctari & restringi, vt scilicet Fiscus præstet integrum legatum, ac si is cui hereditatem abstulit heres esse desisset. Potest & tertia afferri, in dubiis scilicet quæstionibus contrà *Fiscum facile responderi*, *l.* 10. *non puto*, *l. de iure Fisci.* dubiam autem fuisse eam quæstionem, an præceptionis pars iure hereditario accipi intelligatur, an verò tota, iure legati, docuimus initio huius secundi tractatus. Nam licet ratio iuris efficiat, vt pars præceptionis hereditâria sit eaque ratio ad testatoris quoque voluntatem faciat, quo minus scilicet reliqua legata vel fideicommissa Falcidiam patiantur, verùm tamen est testatorem in eiusdem persona præceptionem ab hereditate separasse & distinxisse, easque si nudam eius voluntatem inspiciamus nihil habere commune. Quare cùm *in specie d.* §. *vlt.* illa iuris ratio non faciat pro voluntate testatoris, imò eam impugnet, æquum visum est voluntatem aduersus Fiscum iuris disputatione potiorem esse, qnò integra præceptio heredi salua maneat, & hoc est quod ibi dicitur iuris rationem ac possessionis varietatem non inducere diuisionem voluntatis,

id est non efficere, quominus testator voluerit totam præceptionem titulo & iure legati ad heredem pertinere, quæ sententia generaliter quidem locum habet quacumque tandem ex causa hereditas vt indigno auferatur, *d. l.* 12. *cum quidam, S. de his quæ vt indig. aufer.* Sed *in* §. *vlt.* specialiter etiam necessaria est ; nam si testator qui heredem de restituenda incapaci hereditate tacitè rogauit, de præceptionis quoque parte hereditaria sensisset, vt generaliter in aliis casibus sentire intelligitur, *l.* 18. *in fideicommissariam*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* illa quoque heredi vt indigno absque dubio eriperetur. At quia manifestum est voluisse testatorem, vt heres pro ministerio taciti fideicommissi totam præceptionem sibi retineret, præmii scilicet loco, vt *in l.* 3. §. 3. *cum Pollidius S. de vsur.* vtque solam hereditatem incapaci restitueret, sola etiam hereditas heredi aufertur, quia in ipsa præceptione tacitam fidem in fraudem legum non accommodauit. Sed obstare adhuc videtur, quòd legata quæ quacumque ex causa non præstantur, in quartam partem heredi imputantur, *l.* 50. *non est dubium*, *l.* 51. *nec interest. l.* 52. *ex asse*, *h. tit.* cùm tamen heres iure hereditario & vi institutionis ea capere videri non possit, quandoquidem testator ab hereditate nominatim separauit, & ab ipso herede alii præstare iussit. Quod si quis respondendum putet, perinde tunc esse, ac si legatum non fuisset *l.* 38. *legatarius*, §. 1. *de legat.* 1. *S.* & rem nunquam legatarii fuisse intelligi, sed heredis, *l.* 44. *seruum*, §. 1. *& l.* 86. *si tibi homo*, § 2. *cum seruus, eod. tit.* Dicam eam interpretationem in hoc quidem heredi proficere, vt legata huiusmodi sibi habeat, sed non posse efficere, vt iure hereditario habere videatur, & ex iudicio defuncti qui alii quàm ipsi palam collata voluit, *l.* 116. *legatum est, de legat.* 1. *l.* 74 *quod autem dicitur, h. t.* Et concludam igitur heredem talia legata, non testamenti nomine, neque proprio aliquo titulo aut iure, quod ex testamento oriatur, sed ex accidenti & mortis causâ capere *l.* 31. *mortis causa* I. *de mortis causa donation. & capio.* ac per hoc capionem huiusmodi in quartam hereditatis ei nullo modo imputari posse, *l.* 55. *Mœuius, S. de condit. & demonstrat. l.* 76. *S. id autem, h. t.* Quod certè omnino etiam esset concludendum, si strictam iuris rationem sequeremur. At quia Falcidiæ detractio fit contra sententiam testatoris, solent Prudentes voluntatis tuendæ gratiâ benigniores interpretationes sectari & amplecti, quò plura iure hereditario capi intelligantur, atque ideo in quartam imputetur, minusque aut nihil ex legatis & fideicommissis deducatur. Et in proposito ita interpretantur, quasi ea legata quæ legatarij non capiunt, & apud heredem remanent, non eâ occasione nunc capiat heres, sed retro habuisse iure hereditario intelligatur, *l.* 76. *id autem, h. t.* quâ etiam ratione generaliter placuit retentiones alias heredi in quadrantem imputari *l.* 11. *in ratione, h. t.* quasi nihil quicquam interfit, vtrùm statim ab initio legatum non sit, an quod legatum est remanserit, vt est *in d. l.* 76. ex qua manifestum est, quod ante dixi,

imputationem eorum quæ sub titulo particulari heres capit, non ex verbis legis Falcidiæ, sed ex Prudentum interpretatione venire. Item obstare videtur, quòd si, ideo testator legatum heredi dederit, vt integra legata vel fideicommissa præstet, illud in quartam imputetur, *l.* 75. *sed si ideo, h. t.* Sed dicendum est non imputari: nam illa Lex hoc tantum dicit, denegari legati actionem heredi, si lege Falcidia vti malit; ex quo manifestum est eum nihilominus quartam posse detrahere. Hoc ergo tantùm voluntas testatoris facere potest, ne habeat legatum heres, si Falcidia vti velit, non autem vt imputet, atque vt si legatum habere velit, integra legata & fideicommissa præstare cogatur; non quasi quartam habeat imputatione legati, sed quia legatum accipiendo tacitè quartæ renunciauit, & se legati conditioni obligauit *argum. l.* 20. *si patronus*, §. 1. *de donatio.* I. *& l. vlt. C. h. t.* Quamquam igitur testator possit Falcidiæ detractionem expressim prohibere *ex Iustiniani No.* 1. *de hered. & Falcid.* §. *si vero expressim*, non tamen potest facere, vt legatum heredi in quartam imputetur, quoniam hoc sit contra rationem iuris *l.* 16. *in his, S. de condit. & demonstr.* quod maximè regulam confirmat; nihil scilicet posse in quartam imputari quod non iure hereditario capiatur. Denique obstare videtur quod dicit Paulus *in l.* 22. *Nesennius h. t.* his verbis, *sed cum is qui legatum præstaturus est ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans vti aduersus eum Falcidiæ beneficio, si id quod præcepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat.* Species legis est de tribus filiabus quas mater æquis ex partibus heredes scripsit, & à singulis legata inuicem dedit, quod intelligendum per præceptionem & de communi, vt *in l.* 94. *filio, h. t.* Nam qui singulis heredibus præceptiones dat, legat à singulis inuicem, quia singulæ res hereditariæ sunt communes inter coheredes, & singuli in præceptionibus coheredum partes hereditarias habent *l.* 87. *qui fundum, h. t.* atque ita à se inuicem legata capere intelliguntur, & quasi partes commutare *l.* 58. *deducta*, §. 3. *acceptis*, I. *ad Sc. Trabell. l.* 20. *si filia*, §. 3 *si pater, l.* 34. *seruos, S. famil. erciſc. l.* 77. *cum pater, in prin. &* §. 8. *euictis, &* §. 18. *hereditatem, de legat.* 2. Neque hoc casu interesse puto, vtrùm præceptiones in pecunia numerata datæ sint, an in prædiis. Legata autem per præceptionem data dixi, quia facilè à partibus coheredũ data intelligere non possumus; non enim in prædiis, quia communia sunt, neque vllam bonorum diuisionem testator fecit; non etiam in pecunia numerata, quia licet ea de parte cuiusque facilè possit intelligi *l.* 58. *deducta*, §. *acceptis*, I. *ad ad Sc. Trebell.* tamen si singulis inuicem de partè cuiusque pecuniæ legaretur, legatum in eius persona qui non plus aut minus etiam acciperet, quàm daret, esset inutile & ridiculum *l.* 65. *si fundus, h. t.* At quod extraneis ab ea legatum dicitur, quæ lege Falcidia vti desiderat, de eius propria parte intelligendum quidem est in pecunia scilicet numerata. Quæritur ergo, an hæc cuius pars exhausta aut pær-

grauata est legatis, tam in coheredes, quàm in extraneos vti possit Falcidiâ aduersus coheredes, an verò non possit pro concurrente portione quam ab iis accipit in præceptionibus. Et respondet Paulus superioribus verbis non posse, & consequenter videtur præceptionis partem quæ à coherede accipitur, id est, quatenus legatum constat, in quadrantem eo casu imputari. Sed dicendum est verba ipsa illius legis contrarium apertè probare, dum ait, id quidem quod à coherede legatorum nomine percipitur, non solere legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur, quod & de ipsis coheredibus quatenus & ipsi in præceptionibus legatarii sunt, intelligendum est; nam & vt aduersus eos lege Falcidia sibi vti liceat coheres nihilominus iure postulabit *l. 94. filio h. t.* Et quia dicitur *in d. l. 22. Nesennius* non audiri coheredem desiderantem vti Falcidiâ, si id quod præcepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat, ita est intelligendum, non quidem vt in quartam imputetur, sed vt cum ea pro concurrente quantitate, id est pro portione compensetur, vt facilè intelligitur *ex d. l. 94.* in qua heres Falcidiam aduersus coheredem iure quidem postulare potest. Verum non aliâs quæ ei data sunt accipiet, si modo ea quartam suppleant, quàm voluntati defuncti soluendum præstando pareret, soluendum inquam præstando, vt rectè legitur in Pandectis Flor. id est solidum quod soluere & præstare iussus est. Quæ compensatio apertè explicatur à Papiniano *l. 78. qui non militabat, de hered. instit. l. 15. heredi, de his quæ vt indign. auser. S. l. 14. pater filiam, h. t. l. 58. deducta,* §. 3. *acceptis,* I. *ad Sc. Trebell.* & ab Imperatore *l. 24. filium quem, C. famil. erciſc.* Eam autem Prudentum interpretatione inductam fuisse significat verbum *placuit, in d.* §. *acceptis,* hâc scilicet ratione, quòd cùm testatoris voluntas ea sit, vt solida legata & fideicommissa præstet heres *d. l. 94. h. t. l. 20. si patronus,* §. 1. *de donat.* I. ac proinde ne quartam detrahat *l. 5. si sponsus,* §. 10. *si quis rogatus, S. de donat. inter vir. & vxor. l. 86. Titia, h. t.* dolo faciat qui testatoris voluntati parere, eiusque iudicium coheredibus solidum soluendo conseruare recuset, cùm tamen ipse uice mutuâ ex eius voluntate capiat, quod ei legis Falcidiæ commodum præstet *d. l. 78. de hered. instit. l. 77. cùm pater,* §. 8. *euictis, de legat. 2. d. l. 22. l. 90. si heres, l. 94. h. t.* quam compensationem ipse quoque testator nominatim interdum iubet, vt *d. l. 14. h. t.* Et obseruandum heredi liberum quidem esse Falcidiam deducere, sed non posse simul consequi, quod ei vice mutuâ relictum sit; doli enim exceptione repelli *d. l. 94. h. t.* Quod si illud habere malit, eadem exceptione à Falcidiæ detractione arcebitur *d. l. 22. h. t.* ita vt electio ad eum pertineat. Sed an absolute repellatur à mutua petitione relicti, vt videtur sentire *d. l. 94.* An potius pro portione eius quod nomine Falcidiæ detraxit, quod æquius videtur, deliberandum. Manet ergo inconcussa regula quam ab initio proponit Marcianus, in quartam hereditatis quam per ipsam L. Falcidiam heres habere debet

debet, eas tantùm res imputari quas iure hereditario capit, non quas iure legati, vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causâ accipit; ita vt ne fideicommissum quidem hereditatis quod à coherede accipit in eam imputetur, quia non vt heres sed vt fideicommissarius accipit. *l. 29. si à me h. t. & l. 22. mulier, §. vlt. I. ad Sc. Trebell.*

Sequitur vt explicemus quod ille subiicit, de ea quartæ specie, quam non ex verbis quidem legis Falcidiæ, sed ex eius interpretatione, in fideicommissaria hereditate restituenda, heres retinet, hoc est ex Senatusconsulto *l. 1. C. ad Sc. Trebell.* Pegasiono scilicet olim, tandem vero pro auctoritate *Sc.* Trebelliani, vt loquitur *l. 6. iubemus, eod. tit.* ex quo nunc Trebellianica vulgo dici solet; quamquam etiam legis Falcidiæ portio ibidem nihilominus bis appellatur, & alibi passim vt *S.* docuimus. In huius autem loci explicatione duæ sunt præcipuæ interpretum sententiæ, inter se quidem maximè pugnantes: Prima veterum, Altera Cuiacii. Sic itaque veteres definiunt: Aliam hic tradi rationem imputationis, longeque diuersam à superiori, idque apertè verbis illis demonstrari, *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda &c.* Eam vero sequentibus regulis explicant. Prima est, heredem ea omnia que iure hereditario penes eum ex ipsa hereditate restant; postquam legatis fideicommissis omnibusque hereditariis oneribus defunctus est, in eam quartam imputare. Secunda imputare similiter simplex legatū vel fideicommissum; quod scilicet ei à parte coheredis relinquitur, vt cuilibet extraneo, quod nos prælegatum peculiariter appellari diximus. Item etiam, id quod conditionis implendæ causa, siue à coherede siue à quocumque, occasione testamenti capit, & illud omne quod alio quocumque titulo particulari; dummodo vno & simplici, quod ipsi dicunt vniformi, ex iudicio testatoris accipiat, licet non hereditario iure, quod probari putant verbis his, *siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi*, & sequentibus; vltima est heredem ea quæ accipit titulo, vt ipsi loquuntur difformi, id est iure duplici, partim scilicet hereditario, partim non hereditario imputare, quatenus iure hereditario capit, quatenus verò iure alio capit non imputare: cuius exemplum ponunt in solo legato per præceptionem, citato vers. *pro ea vero parte*, quod illi prælegatum solent appellare. Quas tres regulas ad duas etiam breuiter reuocant; nempe Vt in quartam Trebellianicam imputetur, quidquid iudicio defuncti & titulo vniformi heres capit, siue iure hereditario, siue non hereditario capiat. Item Vt prælegati id est præceptionis pars, in Trebellianicam imputetur, quæ hereditario iure capitur, quæ autem iure legati capitur, non imputetur. Sed his ita positis multum & frustra laborant, in quærenda diuersitatis ratione: quare in hanc quartam imputetur, quidquid vniformi titulo accipitur, licet non hereditario iure; cum tamen certum sit, in illam superiorem non imputari. Deinde quare in hanc simplex legatum, vel fideicommissum imputetur, id est, quod à parte coheredis relinquitur, & tamen ea pars præceptionis non imputetur,

quæ similiter à parte coheredis accipitur, & consequenter non minus legatum est, quantum enim in regulis illis constituendis conueniunt, tantum profecto in ratione assignanda dissentiunt, & sese mutuo refellunt, vt nihil nobis opus sit in eo immorari. Non desunt etiam qui totum vers. *pro ea vero parte*, tollere non verentur, quò scilicet possint astruere partem quoque præceptionis, quæ à coherede accipitur, in eam quartam imputari, non minus quam legatum simplex, nihilque interesse; atque ita se liberare molestia quærendæ rationis cur tam variè. Quibus & ipsa contextus autoritas, & manifesta iuris ratio, & aperta testimonia, & omnium quotquot sunt interpretum contrariæ sententiæ, palam reclamant. Sunt præterea qui diuersitatis rationem ex prælegati notatione & natura (præceptionem, vt dixi, intelligunt) petendam hoc casu censeant, quasi scilicet testator heredem illud sibi præcipuum habere voluerit; atque ideo partem, quam à coherede in eo prælegato accipit minimè imputare; quod ita in simplici legato à coherede relicto non possit intelligi. Quos certè manifesti & pudendi erroris arguere pigeret, nisi vt tam insigni exemplo ostendam eos qui significationem verborum iuris minus accuratè expendunt, in maxima rerum ignoratione necessariò versari. Vt enim in priore tractatu docuimus, quidquid vni ex heredibus legatur, prælegatum generaliter appellatur, illudque heres sibi præcipuum habet, differentiæ tamen gratia, id quod à parte coheredis legatur, prælegatum, generis nomine, cum proprio careat, dici solet; ac quod de media hereditate & de communi sumendum relinquitur, id præceptionis nomine specialiter denotatur. Ad quam differentiam plerique non aduertunt, qui prælegatum dicunt pro præceptione, & simpliciter legatum pro prælegato, quamquam enim dubium non sit, & præceptionem & prælegatum, sub genere legati contineri; atque ideo legatum generali nomine plerumque appellari; nihilominus species ipsæ, suis nominibus ita distinguendæ sunt. At qui ex veteribus veritatem ingenue agnouerunt palam professi sunt, nullam certam earum varietatum, quas interpretes constituunt, rationem reddi posse; quod nos certis argumentis probabimus, cum nostram deinde sententiam aperiemus, & reliqua vitia vulgo receptæ opinionis simul ostendemus. At Cuiacius qui communem errorem secutus fuerat, *l.* 78. *qui non militabat S. de hered. instit.* in contrariam omnino sententiam tandem abiit 8. *obsr. cap.* 4. quam copiosius deinde exposuit & firmius munire conatus est, in recitationibus *ad l.* 41. quod *statu liber de mort. causa donat. & capio.* Summa hæc est nullam esse differentiam omnino inter quartam quæ ex legatis lege Falcidia, & eam quæ ex fideicommissaria hereditate Senatusconsulto deducitur; quia verum sit in neutram computari alias res, quam quæ iure hereditario obueniunt heredi, eamque regulam esse generalem & certissimam & tradi primis verbis nostræ *l.* 91. *in quartam*, ibique legem Falcidiam latissimè accipiendam, non solum prout de legatis lata est, sed etiam

prout ad alias causas, per interpretationem Senatusconsultis & constitutionibus inducta & porrecta est. Neque in §. *sed in fideicommissaria*, differentiam inter hanc & illam quartam tradi, verum continuato sermone iurisconsultum regulam initio propositum aperire & explicare exemplis, & particulam illam, *Sed*, non esse discretiuam superioris sententiæ & regulæ, sed coniunctiuam, vt in nostris auctoribus aliisque sæpissimè, quod etiam adnotauit *ad l.* 39. *cum furiosus de iudiciis S. in recitationibus.* Et consequenter, id quod conditionis implendæ causa heredi datur, in neutram quartam imputari; atque ideo §. *penult. sed & quod implenda*, vt falsum & subditititium tollendum: nam & à Pandectis Florentinis & à Basilicis abesse, & quod heredi ita detur non esse fideicommissum, sed speciem mortis causa capionis, inter quæ longa sit differentia: nam fideicommissum etiam ab inuito exigi; eum autem cui sit imposita dandi conditio, inuitum dare non cogi, & posse relictum, sub ea conditione non accipere *l.* 30. *in ratione*, §. *tametsi h. t.* Item heredem de fideicommisso detrahere quartam non mortis causa capione, *l.* 1. §. *item si ita legatum sit, & l.* 93. *acceptis h. t.* Cuius sententiæ principium quidem verissimum est: nihil scilicet in alterutra quartam imputari quod non iure hereditario capiatur, at reliqua non vera. Plura enim in eam quæ auctoritate Senatusconsulti, quam in eam quæ per ipsam legem Falcidiam retinetur imputari, eamque differentiam proponi *in d.* §. sed in fideicommissaria planum ac perspicuum deinde faciemus, atque ideo §. *si quid vero implendæ.* Non modo genuinum esse sed etiam omnino necessarium, sine maxima totius legis nostræ fraude abesse non posse. Definiamus ergo iam in quartam quæ Trebellianica vulgo appellatur perinde atque in ipsam Falcidiam illa tantum imputari quæ hereditario iure capiuntur, non quæ alio quocumque. Quæ sententia probatur, Primò, quia Senatusconsultum nouam aliquam quartam rationem non introduxit, sed illam ipsam, quæ lege Falcidia, in legatis fuerat introducta, ad fideicommissa produxit; vt ei qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceat quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. §. *sed quia heredes de fideicom. heredit. Instit.* Ideoque cum ex Senatusconsulto quarta retinetur Lex Falcidia locum habere, & interuenire dicitur *l.* 44. *post l.* 2. §. 1. *ad Sc. Trebell.* & apud Vlpianum *t.* 25. §. *is qui rogatus.* Atque ipsa quarta legi Falcidiæ passim adscribitur, vt ante probatum est, & apparet *ex l.* 1. §. 10. *denique l.* 2. *l.* 16. *cogi* §. 8. *idem Mœcenius l.* 27. *ita tamen* §. 7. *Trebellianum l.* 28. *ex asse* 29. *si quis priore l.* 30. *si legatas l.* 44. *postulante* §. 1. *si cum heres l.* 55. *si patroni* §. 2. *qui fideicommissam l.* 58. *deducta* §. 3. *acceptis l.* 63. *facta* §. 9. *si cum*, I. *ad Sc. Trebell.* quibus consequens est vnam eandemque, vtroque casu, quartæ rationem esse, eodemque omnino iure censeri. Secundo, quarta hoc casu non minus quam illo comparatione reliquæ hereditatis dicitur comparatione inquam dodrantis *d.* §. *sed quia heredes & l.* 1. *&* 6. *iube-*

mus C. ad Sc. Trebell. & ipsa quoque hereditatis pars est, quadrans scilicet, *l.* 27. *ita tamen* §. 12. *heres ad Sc. Trebell.* I. & quarta hereditatis nominatim dicitur, *d. l.* 1. *C. ad Sc. Trebell. & apud Paul. lib.* 4. *sent. tit.* 3. *de Sc. Pegasia.* his verbis; *Lex Falcidia itemque S. Pegasianum deducto omni ære alieno Deorumque donis quartam residuæ hereditatis ad heredem voluit pertinere:* Ideoque olim quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, & hodie prorata portione, actiones tam in heredem, quam in fideicommissarium competunt, §. *post quod Sc.* §. *sed quarta &* §. *sed quia stipulationes de fideicom. heredit. Inst.* Ex quo sequitur in eam quartam cum sit hereditatis portio nihil posse imputari, nisi quod hereditario iure capiatur: hereditatis enim appellatione, neque legata neque fideicommissa continentur, *l.* 96. *si Titius S. de legat.* 3. *l.* 74. *quod autem h. tit.* Neque obest quod hereditatis portio, iure legati vel fideicommissi, haberi posse videatur, *l.* 22. *mulier* §. *vlt.* I. *ad S. Trebell.* Nam hereditas ibi dicitur abusiuè, pro parte bonorum & pro rebus quæ hereditate continentur, vt intelligitur ex *Vlp. t.* 24. § *sicut l.* 16. *cogi* §. 2. *inde quæritur,* I. *ad Sc. Trebell.* Aliud autem est propriè hereditas, aliud res, quæ in ea continentur *l.* 18. *in fideicommissaria, ad Sc. Trebell. l.* 36. *quod seruus, de Stipul. Seruor.* I. Sed neque etiam obest quod initio huius tractatus diximus, ea verba legis Falcidiæ, quibus cautum, ne minus quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant, *l.* 1. *in prin. h. t.* ita per interpretationem accepta fuisse vt de quarta bonorum intelligantur. Nam ea interpretatio non facit quominus quarta, solo iure hereditario capiatur, quod certissimum est, sed eò pertinet, vt sciamus, eam non in nudo iure, sed in emolumento rerum consistere. Tertio fidecommissariæ hereditatis restitutio ex Senatusconsulto non fit nisi quis quasi heres rogatus fuerit, non si, alio nomine, *l.* 22. *mulier,* §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* neque in eam venit, nisi quod quasi heres, & occasione hereditatis capit; id est, quod ipsi hereditati acceptæ ferendum sit, *l.* 18. *in fideicommissaria & l.* 59. *debitor* §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* Sed neque etiam quartam detrahere potest nisi quasi heres *l.* 63. *facta* §. 9. *si cum suspectam eod. t.* Quare consentaneum quoque est, vt in eam quartam non imputet, nisi quod quasi heres capit, cum illa pro auctoritate eiusdem Senatusconsulti detrahatur, *l.* 6. *iubemus C. eod. tit.* Quarto, illud apertè probatur, *l.* 14. *pater filiam in prin. h. t.* vbi disertis verbis dicitur, eam quartam iure hereditario haberi. Probatur etiam hac nostra *l.* §. *sed in fideicommissaria,* vbi in eam quartam id tantum imputatur, quod eo iure capitur, non quod alio quocumque, *vers. pro ea vero parte,* vt mox explicabimus. Nihil ergo in hanc quartam, nisi quod iure hereditario capitur imputari potest, non magis quam in eam, quæ ex legatis deducitur, & hac quidem in re eadem omnino vtriusque ratio. Sed in eo differunt, quod ex pluribus causis, in Trebellianicam fiat imputatio quam in Falcidiam. (sic enim ad faciliorem distinctionem vt vulgo fieri solet appellemus.) Quæ differen-

tia ita disertis verbis traditur hac nostra *l. d.* §. *sed in fideicommissaria*, vt neque negari, neq; cauillo vllo obscurari queat. Eius vero ratio hæc vna est, quia ex pluribus quoque causis, heres qui de restituenda hereditate rogatus est, qui propriè fiduciarius heres dicitur, *l.* 46. *Seius & l.* 67. *si postulando*, §. *vlt.* I. *ad Sc. Trebell.* capere possit, quam heres simplex. Hic enim præter institutionem non nisi ex legato vel fideicommisso, aut ex eo quod conditionis implendæ causa datur, capere potest; quod prima nostræ legis verba & res ipsa euidenter demonstrant. Nam quod *in. l.* 56. *cum quo*, §. *vlt. h. t.* heres donatione inter viuos capit, non quasi heres, sed vt quilibet capit, neque illud in quartam imputat, sed opposita doli exceptione, cum ea compensat, vt rectè ibi glossa; quia viuus testator videtur heredi futuro providisse; id est ea mente dedisse, vt id loco quartæ cederet. Huiusmodi enim testatoris voluntas non potest efficere, vt quod non est hereditatis iure acquisitum, in quartam imputetur, atque ideo nec impedire, quominus propterea heres legis Falcidiæ beneficium, iure quidem postulare possit, *l.* 94. *filio h. t.* Sed hoc efficit, ne id postulans audiatur, *l.* 22. *Nesennius h. t.* id est, vt inducta compensatione, per exceptionem repellatur, vt ante docuimus, quod & dictus §. *vlt.* significat; dum ait, emolumentum Falcidiæ legis heredem non consequi, & nihil aliud sub occasione eius legis interuenire posse. Itaque cum de imputatione in quartam Falcidiam quæritur, de tribus illis capiendi figuris tantum disputatur, vt videre est in princ. nostr. leg. At fiduciarius heres præter legatum, fideicommissum, & id quod conditionis implendæ causa datur, aliis quoque modis capere potest; puta si hereditatem restituere iussus sit, præcepta deducta, retenta re aliqua, vel summa de communi, aut etiam accepta re, vel pecunia de parte propria, *d.* §. *sed in fideicommissaria*; quæ quidem capiendi figuræ in eum qui simpliciter heres sit cadere non possunt; cum non iubeatur hereditatem restituere, sed totam retineat. Præterea fiduciarius heres, id quod conditionis implendæ causa datur, in suam quartam imputat, si quidem fideicommissi specie detur: at heres simplex non magis imputat, quam cum expressa conditionis figura, & citra fideicõmissi speciem datur, *d.* §. *sed & quod implendæ hac nostra l.* Ex pluribus ergo causis fiduciarius heres in Trebellianicam imputat quam heres simplex in Falcidiam, sed eadem tamen prorsus imputandi ratione; id est, quatenus hereditario iure capit, non quatenus vllo alio *d. vers. pro ea vero parte.* Nam ex omnibus supradictis, capiendi figuris, cum hereditario iure capere, in discutiendis iis quæ in ipso contextu obstare videntur, facile ostendemus, quæ tria sunt præcipuè. Primum est, quod Marcianus noster absolutè dicat, legatum & fideicommissum heredi fiduciario in quartam imputari, cum tamen præcedenti clausula dixerit, ei qui simpliciter heres sit, res quas iure legati, vel fideicommissi capit, non imputari; atque ideo manifestam differentiam inter vtrumque ea in re constituere videatur, & eam omnino quam

ex veterum interpretum communi receptáque ſententia ante retulimus; nempe vt ſimplex legatum vel fideicommiſſum, quod ſcilicet totum à coherede relinquitur, nullatenus in Falcidiam imputetur, in Trebellianicam vero omnino imputetur. Sed hic repetendum quod ſupra docuimus; Marcianum, hac tota legè, de particularibus relictis tantum agere, & quatenus in hanc, vel illam quartam imputentur definire, ex iuris hereditarii & particularis varietate & diſtinctione, quam ſtatim ab initio proponit; ex qua facile intelligi poſſit ſimplex legatum, vel fideicommiſſum non imputari; præceptionem vero parte hereditaria imputari, pro parte coheredis non imputari. Itaque cum continuo ſubiicit, in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, legatū & fideicōmiſſum heredi in quartam imputari; perſpicuū eſt, eum intelligere, quatenus, ſcilicet iure hereditario capit, ſecundum prædictam iuris diuiſionem & partium varietatem, quod ipſe palam profitetur, dum ſtatim ſubiicit, pro ea vero parte quam accipit à coherede extra quartam, id eſt, à coherede accipitur; vnius enim partis diſcretim facta expreſſio, aliam quæ huic opponatur neceſſario demonſtrat, hereditariā ſcilicet, quæ imputatur; vt qui alterā verbis nuncupauit, alteram, in mente habuiſſe manifeſtè declaret. Secundum, quod obſtare videtur, in eo eſt, quod ſiue præcipere, vel deducere, vel retinere heres iuſſus eſt in quartam id ei imputatur, *d.* §. *ſed in fideicommiſſaria.* At cum heres rogatus eſt hereditatem reſtituere, præcepta aliqua ſumma vel re, quæ quartam continet, id quod ita præcipit, non hereditario iure capit, vt apertè Marcianus noſter ſentit, *in l.* 30. *ſi legatus* §. 3. *multum intereſt* I. *ad Sc. Trebell.* imo quaſi ex legato acquirit, & ſine vllo onere hereditario, vt Iuſtin. ait §. *ſi quis vna Inſtit. de fideicom. heredit.* vt non male definire videri poſſint interpretes, quartam, illo caſu, non eſſe partem hereditatis, neque quaſi ab herede, ſed alio iure capi. Accedit quod ſi quarta, quæ eo caſu retinetur, eſſet portio hereditatis, non poſſet eſſe ab oneribus immunis. Nam æs alienum per *l.* 12. *Tab.* heredes pro hereditariis prrtibus ſequitur ipſo iure, *l.* 26. *pacto C. de pactis. & l.* 6. *ea famil. erciſc. C.* Ideoque ſi quis duos heredes ex rebus certis inſtituerit, quamquam nihil amplius conſequantur, quam res, ex quibus heredes ſcripti ſunt, tamen pro hereditariis partibus, æs alienum debent, hoc eſt pro ſemiſſe, vt pote heredes ex æquis partibus, quaſi ſine partibus inſtituti, *l.* 35. *ex facto S. de hered. inſtit.* Imo & ſi quis rogatus ſit hereditatem reſtituere, deducto ære alieno, vel deductis aliis muneribus hereditariis, quibus heres perfungi debet, fideicommiſſarius nihilominus à creditoribus hereditariis & legatariis conuenietur, & inutilis illi erit ea deductio, *l.* 16. *cogi* §. 2. *inde quæritur* I. *ad Sc. Trebell.* quia, vt ibi eleganter dicitur, non poteſt ex iure deduci quantitas, id eſt æs alienum, ab hereditate ſeparari, ſicut rectè Gloſſa interpretatur. Et verum quidem eſt, legem Falcidiam cum heredem non minus quam quartam partem hereditatis capere voluit, non de ſingulis rebus aut de ſumma aliqua

& quantitate pecuniæ ſenſiſſe, ſed de vniuerſæ ſucceſſionis quadrante, id eſt, quarta parte, tam iurium, quam rerũ; eandemque mentem Senatuſconſ. conſequenter fuiſſe. Itaque cum quis præcepta re aliqua vel ſumma, rogatus eſt hereditatem reſtituere, dubitari merito potuit, num heres quartam præterea nihilominus detraheret, quaſi ſcilicet, res vel ſumma prælegati loco, ei à teſtatore relicta fuiſſet. Nam & cum quis ex re aliqua heres inſtitutus eſt, ea res legati vice, & ipſe legatarii loco, quocumque caſu habetur, *l. pen. C. de hered. inſtit. d. l. 35. ex facto*, §. *vnde ſcio, eod. tit. §.* Quod multo magis ſuperiori caſu dicendum, cum res vel ſumma in eum demum caſum præcipienda, vel deducenda, heredi relinquitur, quo hereditatem alteri reſtituit, ac per hoc heres quodammodo eſſe deſinit, emolumento ſcilicet inſpecto; vt contra, fideicommiſſarius quodammodo in hereditatem recipitur, & heredis loco habetur, *l. 44. poſtulante* §. 1. I. *ad Sc. Trebell.* nullam autem hereditatis partem penes inſtitutum manere, ſed ſolidam reſtitui, vel ex eo manifeſtum eſt, quod omnes hereditariæ actiones fideicommiſſario, & aduerſus eum competant, §. *ſed quarta quidem* §. *ſed ſi recuſet*, & §. *ſed quia ſtipulationes de fideicomm. heredit. Inſtit.* Nihil itaque mirum, ſi res aut ſumma heredi fiduciario, eo caſu, quaſi ex legato acquiri dicatur, *d.* §. *ſi quis vna*, vel vt, nempe per præceptionem, aut potius ſinendi modo legata, & genere quodam à fideicommiſſario, quaſi à coherede vel ſubſtituto relicta, ac proinde iure hereditario retineri negetur, *l. 30. ſi legatus* §. 3. *multum intereſt I. ad Sc. Trebell.* Sed quoniam circa legis Falcidiæ rationem, hoc vnum maxime Iuriſconſultis ſtudio & curæ eſt, vt plura, quoad fieri poſſit, in quartam imputentur, quo plenius voluntati defuncti, in legatis & fideicommiſſis præſtandis ſatis fiat, benignè receptum eſt, vt ſi quid præcipere, deducere vel retinere iuſſus eſt fiduciarius heres, in quartam id ei imputetur, vt eſt, in noſtra *l. d.* §. *ſed in fideicommiſſaria*; perinde ac ſi quarta parte retenta, rogatus eſſet reliquam hereditatem reſtituere, vt eſt in *d.* §. *ſi quis vna*, id eſt, quaſi hereditario iure quæſitum; quæ verba palam innuunt, hoc ex interpretatione prudentum deſcendere: cuius hæc eſt ratio, quod res vel ſumma quam heres ex ipſa hereditate reſtituenda retinere iuſſus eſt, iam ei ex inſtitutione cum reliqua hereditate, cuius vniuerſo iure continebatur, fuiſſet acquiſita. Neque nunc cum eam retinere iubetur acquiratur, ſed potius non adimatur, vt in alio caſu loquitur *l. 1. ſub fine* I. *de collat. bon.* quod enim vt heredi ante quæſitum eſt, ei amplius vt legatario acquiri non poteſt, §. *ſic itaque diſcretis, Inſtit. de action. l. 76. id autem verſ. qua ratione h. t.* In propoſito ergo, ſi de imputatione qæratur id quod heres ita deducere, præcipere, retinere iuſſus eſt, iure hereditario capere intelligitur, *d.* §. *ſi quis vna in prin.* & in noſtra *l. verſ. pro ea vero parte*, à contrario ſenſu. At ſi de oneribus quæratur, quaſi ex legato acquirere intelligitur; vt ſcilicet illud immune & illibatum habeat, *d.* §. *ſi quis vna. verſ. ſed illud intereſt*, & *dicta l. 30.*

ſi legatus, § 3. *multum intereſt* I. *ad Sc. Trebell.* Cur tam variè? æquitatis ſcilicet tuendæ cauſa, quod & alias iuriſconſulti faciunt, vt *l.* 8. *Papinianus* §. *ſed nec impuberis S. de inoff. teſtam. Eodem Mantello reuoluto*, vt non ineleganter ibi ait gloſſa. Æquum enim eſt heredem in quartam ſibi imputare, id quod legis Falcidiæ commodum ei præſtat, quodque hereditario iure capit. Æquum etiam vt illud habeat ab oneribus immune, quia ita voluit teſtator; voluiſſe verò intelligitur, quia res aut ſumma, ſui natura non recipit, æris alieni vel alterius oneris minutionem, *l.* 1. §. 8. *ſi heres l.* 16. *cogi* § 2. inde quæritur 7. *ad Sc. Trebell. l.* 50. *ſi fideicommiſſum* §. 1. *S. de iudiciis*, ne tunc quidem, cum inſtitutionis titulo relicta eſt, *l. p. C. de hered. inſtit.* Poteſt autem teſtator vni ex heredibus onus æris alieni iniungere, & reliquos eo liberare, *l.* 20. *ſi filia* §. 5. *Papinianus famil. erciſc. S. l.* 69. *ſeruo legato* §. 2. *ſi teſtator de legat.* 1. *S.* Itaque iſto caſu vnus & idem vario reſpectu, loco heredis eſt, & loco legatarii, aut potius heres reuera eſt, ſed legatarii tamen loco aliquatenus habetur; quod ſimiliter accidit cum aliquis ex certa re heres ſcriptus eſt, vel certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt, cui ſcilicet dati ſint coheredes ex partibus hereditatis, vt moris eſt inſtituti, *d. l. pen. C. de hered. inſt.* nam & hic reuera heres eſt, *Nou* 115. *vt cum de appellat. cognoſc.* §. *hæc autem diſpoſuimus collat.* 8. iuncta *l.* 30. *inter cætera de liber. & poſtum. S.* Sed heres propriæ cuiuſdam formæ, qui nempe & heredis vniuerſalis, & legatarii naturam participet, quaſi tertium quoddam ex vtroque conflatum genus, vt volunt interpretes *ad l. pen.* Et quod ſimiliter de fideicommiſſario herede dici poteſt; nam legatarii loco habetur, *l.* 63. *facta.* §. 9. *ſi cum ſuſpectam* I. *ad Sc. Trebell.* & loco heredis, *l.* 44. *poſtulante* §. 1. *eod. tit.* niſi quod hic reuera heres dici non poſſit, cum non ſit inſtitutus vt ſuperiores. His conſequens eſt quartam, quæ in re aliqua vel ſumma retineatur, hæreditatis nihilominus quartam cenſeri; cum ab eo qui verè eſt heres, & iure etiam hereditario capiatur. Neque obeſt quod iuris vniuerſi ſucceſſio in fideicommiſſarium heredem hoc caſu transferatur; nam verum eſt ius omne nomenque hereditarium ita heredi inſtituto acquiri, vt nunquam ab eo illud auelli poſſit, quamuis emolumentum illius iuris in fideicommiſſarium transferatur, qui heredis loco conſtituitur, beneficio Senatuſconſulti: fictitiis ſcilicet actionibus accommodatis, ſeu ipſe agat, ſeu cum ipſo agatur, in quibus heres eſſe fingitur, vt videre eſt apud Vlpia. *tit.* 28. *de poſſeſſ. dantis* §. *vlt.* Ius ergo directum hereditatis quod penes heredē ſemper manet, efficit vt in quarta bonorum, quam in re vel ſumma hereditaria præcipere, deducere, retinere iuſſus eſt, quartam hereditatis habere intelligatur: dico intelligatur, quia hoc caſu quartæ commodum verius quam quarta dici poteſt, *l.* 90. *ſi heres h. t.* quia quarta propriè non in vna re vel ſumma, ſed de ſingulis rebus hereditariis deduci debet, *l.* 26. *lineam l.* 49. *Plautius l.* 94. *in quantitate* §. *vlt. h. t. l.* 2. *C. eod. tit.*

Vltimum

Vltimum, quod ex ipso contextu obstare videtur, est in §. *sed & quod implendæ*, in quo præcipua & multiplex difficultas. Qùi enim fieri posse videatur, vt vnum idemque relictum mortis causâ capio, & fideicommissum dicatur, cùm hæc toto genere differant? Item, vt quod fideicommissum nominatim dicitur, totumque neque ab herede, neque ex hereditate accipitur, possit hereditario iure capi. Denique, vt quod mortis causâ capitur, atque ideo neque ex testamento, neque ex iudicio testatoris, hereditario tamen iure capi dicatur, ac proinde in quartam imputetur? Præterea illud est valde in difficili, cur cum hoc genus capionis, quod appellatur fideicommissum implendæ conditionis causâ, in heredem quoque, qui non sit rogatus restituere, cadat: non etiam ei in Falcidiam imputetur, vt fideicommissaria imputatur in Trebellianicam. Quare operæ prætium est rem totam plenius explicare, & de quod conditionis implendæ gratiâ datur generatim dicere; cuius duas esse species iam ante diximus: aut enim conditio verbis palam exprimitur, aut vi & potestate tacitè inest, *l.* 30. *in ratione*, §. 5. *tametsi*, *h. t.* Generaliter autem vtroque casu, quod heredi datur, vt conditio impleatur, pro herede, id est hereditario iure non capitur, *l.* 13. *nec vllam*, §. 5. *sed & si retenta. vers. planè*, *S. de heredit. petit.* Sed mortis causa, *l.* 55. *Mœuius S. de condit. & demonstr. l.* 36. *id autem*, *& l.* 93. *acceptis*, *h. t.* neque hereditarium est, *d. vers. planè cum seq.* Imò neque à testatore donatur, neque testamenti nomine capitur, *d. l.* 55. *& l.* 38. *inter mortis*, I. *de mortis causa donatio. & capion.* non inquam ex iudicio, & voluntate defuncti, neque ex eius bonis proficiscitur, *l.* 26. *quod conditionis*, *eod. t.* sed extrarium & aduentitium lucrum est. Nihil enim iudicio testatoris dari intelligitur, nisi quod ex ipso testamento oritur, vt loquitur *l.* 16. *in his*, *de condition. & demonstr. S.* hoc est, nisi quod iis modis datur, quibus Lex 12. tabul & interpretatio ad eam facta testamento dare permittit, nempe hereditatis, legati, tutelæ, & libertatis datione, *l.* 120. *verbis*, I. *de verb. Signific.* quæ solæ dandi figuræ obligationem iure ipso ex testamento pariunt *l.* 7. *Quintus Mucius de annuis legat. S.* Quibus fideicommissi datio addita est; quia eam sua iurisdictione tuetur Prætor; vt Supra exposuimus, eo scilicet colore, quasi fideicommissum nihil aliud sit, quàm naturale legatum, remotis iuris ciuilis solemnibus; ideoque & generali legati appellatione continetur, vt supra probatum est. Si quid autem præterea testator voluerit, iusserit, quantumuis in testamento scriptum sit, tamen non capit vires ex testamento; sed ad solam testantis auctoritatem refertur, quia scilicet iuris auctoritate caret, neque ipso iure obligationem parit; si tamen non ad turpem causam feratur, interuentu, id est tutione iudicis ad effectum perduci debet, *l.* 7. *Quintus Mucius? de annuis legatis.* Multo igitur minus testamenti iure valere poterit, quod testator neque iussit neque voluit, sed in alterius arbitrium, vel expressa palam dandi condi-

tione, vel non expressa contulit, *l.* 1. *de legat.* 2. *S. & d. l.* 30. *in ratione* §. *tametsi, in f. h. t.* His consequens est, id quod implendæ conditionis causâ heredi datum sit, non venire in restitutionem fideicommissariam hereditatis. Non etiam auferri ei qui coactus hereditatem adiit & restituit, *l.* 44. *qui heredi*, §. 1. *S. de condit. & demonstr.* quamuis omni commodo hereditario arceatur, *l.* 4. *cogi*, I. *ad Sc. Trebell.* Denique non imputari in quartam Falcidiam, *vt est in prin. & fine nostræ l. d. l.* 30. *in ratione*, §. 5. *tametsi*, *& d. l.* 76. *id autem, h. t.* quia scilicet quod ita datum, non hereditati accepto feratur, sed mortis causâ capiatur. Quâ etiam ratione fit, vt alio sensu non imputetur in Falcidiam *l.* 1. §. 4. *item si ita, l.* 93. *acceptis, h. t. l.* 36. *quod conditionis*, I. *de mortis causa donat.* hoc est, non connumeretur, & contribuatur bonis defuncti Falcidiæ causâ, vt est *in l.* 42 *Seia, eod. tit.* quo scilicet iis adauctis, ea amplior quarta deducatur; vel quod idem effectu est, non computetur, & contribuatur legatis, quò Falcidiæ deminutionem patiatur, *l.* 20. *si à seruo, l.* 29. *si à me, l.* 30. *in ratione*, §. *pen. cum Lex, h. t. l.* 25. *à filio, S. de legatis* 1. Neque enim legatum est, vel fideicommissum *l.* 8. *si quis sub conditione*, I. *si quis omissa causa testam.* vel ex numero eorum, ad quæ legis Falcidiæ potestatem inductam fuisse supra initio prioris tractatus ostendimus. Sanè duobus casibus in eadem causa habetur, qua legatum, vt similiter, nempe intra modum legis Falcidiæ coerceatur, & quartæ detractionem patiatur, *l.* 36. *quod conditionis*, I. *de mort. causa donatio.* Primus est, in eo cui certum modum ad capiendum Lex concessit; qui inquam solidi capacitatem non habet, vt loquitur *Vlpian. tit.* 16. & ratio est, ne sub specie conditionis pœna legis eludatur: nam quamquam id non ex ipsis bonis mortui proficiscitur, proficisci tamen intelligitur, quia ab eo præstatur, cui testator sub ea conditione de suis bonis dedit: directò quidem non proficiscitur, sed per obliquum. Alter est in statulibero, qui scilicet de peculio conditioni paruit, nempe quia quod de peculio dedit, fuit ex his bonis, quæ mortis tempore testator habuit, *d. l.* 36. quod necessarium est, vt legi Falcidiæ locus sit, *l.* 1. §. 3. *non solum, h. t.* nam si statuliber de alieno dedit, vel alius pro eo conditionem impleuit, Falcidia interuenire non potest, *l.* 44. *Falcidia h. t.* quod enim alius pro eo dedit non ascribitur peculio, atque ideo nec ex bonis mortui intelligitur profectum, *d. l.* 36. Quod quidem indistinctè verum est, siue dandi conditio verbis exprimatur, siue non exprimatur, exceptis duobus casibus quos ante attigimus. At certum tamen est, in Trebellianicam illud imputari, cùm non figurâ conditionis accipere heres iussus est, putà acceptis à Mœuio centum, hereditatem Mœuio restitue, *d. l.* 30. *in ratione* §. 5. *tametsi, l.* 93. *acceptis, h. t. l.* 63. *facta*, §. 5. *rescripto*, I. *ad Sc. Trebell.* quod in nostra lege appellatur fideicommissum conditionis implendæ causa, vt supra exposuimus; quia ea verba perinde accipiuntur, ac si Mæuius

rogatus nominatim fuisset, centum heredi dare, & pro fideicommisso magis quàm pro conditione habentur; sed pro fideicommisso, in quo singularia quædam sint, & propriæ deliberationis, *l.* 11. *fideicommissa*, §. 3. *cum esset de legat.* 3. Itaque non conditionis implendæ causa, sed fideicommissi nomine, tunc dari intelligitur; quia obtenta fideicommissi conditio occultatur, *d.* §. *tametsi* nam & potest dubitari an in proposito conditio esset *l.* 109. *à testatore S. de condit. & demonstr.* quia ea verba non solùm ad conditionem, sed ad modum quoque referri possunt, vt docet ibi Glossa, *ex l.* 41. *cum ab eo S. de contrah. empt.* Quare Celso & Iuliano iurisconsultis placuit in Trebellianicam illud imputari, *d.* §. *tametsi* quod etiam D. Hadrianus constituit *d. l.* 93. *h. t.* eorum scilicet suasu; nam eos cum iudicaret in consilio præcipuè habuit, vt scribit Spartianus; sed quâ ratione cum fideicommissi nomine capiatur, non hereditario iure, nempe quasi eâ summâ heres vendere res quæ hereditate continentur, rogatus sit & contra fideicommissarius ipse quodammodo pro pretio eam summam inferre, *d.* §. *tametsi.* Nam cum testator iubet heredem rem hereditariam alicui vendere, quod genus legati non infrequens, *l.* 66. *& si æquo de legat.* 1. *S. l.* 40. *ad veterem* §. 1. *l.* 77. *qui fundum in prin. h. t.* sine dubio pretium in ipsam etiam Falcidiam imputatur, *l.* 19. *si dignum h. t.* quia nempe potest existimari in locum hæreditariæ rei venditæ pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum; vt iisdem verbis idem Hadrianus scripsisse refertur, in *l.* 22. *si & rem in f. S. de heredit. petit.* vt non mirum ideo sit, quod fideicõmissarius quasi pretium hereditatis velut ipso fideicommisso rogatus, heredi fiduciario infert, in Trebellianicam imputetur, cum hereditario iure capi intelligatur, & perinde sit, tanquã si ex ipsis bonis nummos retenturus heres fuisset; eo enim colore illud Hadriani rescriptũ acceptum est, *l.* 58. *deducta* §. 3. *acceptis ad Sc. Trebell.* Cui consequens est heredem ipsum hoc casu videri, pecuniam quasi de hereditate præcipere. *d. l.* 11. *fideicommissa* §. 3. *cum esset in verbo præcipiet, de legat.* 3. & hunc casum ad exemplum illius qui constitutione D. Pij continetur, fuisse inductum, quæ refertur in nostra lege §. *sed & si accepta*; cum nempe heres acceptâ pecuniâ hereditatem restituere rogatus est non demonstratâ dantis personâ; quo casu merito dubitatum est, an à fideicommissario ea pecunia dari deberet, vt accipiendi verbum inferre videtur. *l.* 90. *si heres h. t. & l.* 13. *nec vllam* §. *sed etsi retenta, vers. plane, S. de hered. petit.* quasi nempe accipere sit ab alio præcipere, deducere, retinere de hereditate, *d.* §. *sed in fideicommissaria, hac nostra l. & l.* 58. *deducta* §. 3. *acceptis*, I. *ad Sc. Trebell.* Effecit tamen summa illa ratio tuendæ aduersus quartæ recisionem voluntatis, *l.* 86. *Titia h. t.* vt illo casu accipere intelligatur, pro præcipere, deducere, retinere; atque ideo vt heres in quartam sibi totum imputet, vt à D. Pio constitutum dicitur, *hac nostra l.* & ante à Papiniano responsum est *l.* 77. *cum pater in prin. de legat.* 2. *& d.* §. 3. *acceptis, vers. Quippe*: quæ constitutio non

est confundendâ cum illa Hadriani, neque cum rescripto, quod refertur in *l.* 63. *facta* §. 5. *rescripto*, I. *ad Sc. Trebell.* vt facit Cuiac. *Instit. de Sc. Tertulliano priorib. notis*, & ad *d.* §. *acceptis in recitationibus*, & Gouean. *cap. pen animaduers.* habent enim casus distinctos. Illo autem casu ità accepto, consequens fuit idem admittere in fideicommisso quod explendæ conditionis gratiâ heredi datur, qui hereditatem restituere rogatus est; vt & hoc nempe in quartam imputetur, quia effectu nihil à superiore distet; cum & isto casu heres similiter de bonis accipere, & retinere, ac proinde iura hereditaria capere intelligatur: & hoc intellige, cum in fideicommisso pecunia continetur, *vt d. vers. sed & si accepta.* Aliud enim si sit in prædiis *l.* 58. *deducta* §. 3. *acceptis D. ad Sc. Trebell* I. At nonne simile fideicommissum heredi dari potest, à legatariis vel fideicommissariis? potest certè, vt verba vltima nostræ *l.* palam demonstrant. In quibus, quod dicitur, si quinquaginta heredi legatarius dederit, intelligendum est non expressâ conditionis figurâ, sed hoc modo, acceptis quinquaginta: alioqui enim hic casus non rectè superiori opponeretur: cur ergo heredi in Falcidiam non imputari id negatur, & in nostra *l. & in d. l.* 30. *in ratione* §. 5. *tametsi h. t.*? Nempe quia in herede non rogato restituere, non possunt habere locum præcedentes illi casus, qui continentur *d.* §. *sed in fideicommissaria & d.* §. *sed & si accepta*, vt antè exposuimus, per quos quasi per gradus ad hunc vltimum progressi sunt prudentes; facilis enim ad similes casus per interpretationem productio, & consequentia, *l.* 13. *nam vt ait cum seq. S. de legib.* Quare si iussus sit heres, acceptis à legatario vel fideicommissario quinquaginta aliquid præstare, iam pecuniam conditionis causâ accipit, non iure hereditario; ac proinde non sibi in quartam imputat, vt est, *in f. nostræ l.* Sed neque fideicommissarius ipse, nisi circa quartæ copulationem id iure hereditario, sed vt conditio impleatur capere intelligitur, *d. l.* 13. *nec vllam* §. *sed etsi retenta S. de hereditatis petit.*

AD L. 24. FILIVM QVEM COD. FAMILIÆ ERCISCVNDÆ.

SVPERIORI tractatui breuem interpretationem legis 24. *Filium quem, Cod. familiæ Erciſc.* ſubnectere operæ pretium viſum eſt: quam Accurſius in Gloſſa re & fama difficilem præfatur. Cuiacius in recitationibus, *ad L. 78. qui non militabat. de hered. inſtit. ff.* omnium quæ ſunt in Codice longè difficillimam; omnium quæ ſunt in iure, pro ſua breuitatè opulentiſſimam iuris, veterum nonnulli totius etiam iuris difficillimam cenſent; eoque magis illud verum eſt, quod ne de eius quidem ſpecie ſatis adhuc conſtet; quamquam plures variaſque interpretes quiſque pro ſuo captu excogitauernit. Nos duas exponemus, & expendemus; communem ſcilicet & magis receptam, & illam quam Cuiacius à magiſtro acceptam vindicauit, & aſſeruit. Ab Arnaldo Ferrerio, inquam, huius ſcholæ olim nobiliſſimo anteceſſore Viro clariſſimo, & maximis Reipublicæ muneribus honoribuſque ſumma cum laude deinde perfuncto; cuius ſolius in iure diſcipulum ſe idem Cuiacius ſæpe profitetur, ac præſertim, præfatione commentarii ad ipſum *de vſurpat. & vſu cap. ff. & præfatione paratitulorum cod.* addemus & noſtram eadem ſentiendi libertate quâ ſuperiores. Vulgatis receptiorque ſpecies, quam Gloſſa Paulò diuerſam reponit, eſt huiuſmodi. Qui trecenta in bonis habebat, & tres filios primogenito fundum dignum triginta conceſſit, in peculium: deinde, tres filios pro æquis portionibus hæredes inſtituit, & rogauit primogenitum, qui ſcilicet fundum peculiarem tenebat, vt ſi nauis ex Aſia veniret, portionem ſuam hereditariam fratribus coheredibus reſtitueret, & aliis quibuſdam, puta Caio & Seio, ſi fratres coheredes decem darent, cum conditio extitiſſet, ideſt, nauis ex Aſia veniſſet, & primogenitus reſtituturus eſſet portionem hereditariam in qua ſcilicet fundum peculiarem habebat, motaque fuiſſet controuerſia ſuper quartæ deductione, quam ex Senatuſconſulto Pegaſiano ſiue hodie Trebelliano, exemplo legis Falcidiæ, ex fideicommiſſaria hereditate fiduciarius heres habere debet. Reſcriptum eſt, heredem partem fundi hereditariam in quartæ ratione retinere, ideſt in putare debere, partem inquam fundi hereditariam, ideſt tertiam, dignam decem: Nam quamuis

in diuidenda hereditate, fundus, in eius portionem assignatus totus fuisset, quasi ex tacita mente defuncti, eo quod penes eum nomine peculii mortis tempore fuisset, verum est tamen eum fundum, vt & reliquas res hereditarias ad vnum quemque coheredum pro portione pertinuisse: Decem autem, quæ à coheredibus fratribus, conditionis implendæ causa, fideicommissariam hereditatem restituens, vice mutua, in eodem scilicet fundo acciperet, quartæ compensare debere. Quinque vero quæ integræ quartæ desunt, vt nempè fiant viginti quinque, deducere in supplementū quartæ; quod quidem supplementum à cæteris, in eodem quoque fundo ei soluitur; reliquum autem fundi, hoc est quinque vt pote supra quartam habens reddere compelli: cum reliqua nempe portione hereditaria: atque ita totam quartam singulari quodam iure & officio iudicis in eo fundo assignari, quia peculiaris fuisset ex tacita voluntate testatoris, & in gratiã heredis, ne fundus quem excoluit ei auferatur; sed ita posito casu multa vehementer obstabunt. Primùm quod ne minimum quidem de fundo peculiari in contextu vestigium: Deinde quod fundus, quamtùmuis peculiaris, & in potestate primogeniti, morte tamen patris in communionem reuocatus in diuisionem paternæ hereditatis veniret, vt nihil præcipuum in eo primogenitus habere possit: quod non modò certi manifestique iuris esse dicitur, sed etiam absoluti, & consequenter sinè exceptione rerum *l. 13. certum est hoc tit. l. 12. filiæ licet de collat. in f.* Præterea quod Falcidia non in vna re aliqua retineatur, sed ex singulis detrahatur; *l. 26. lineam, l. 49. Plantius l. 73. in quantitate §. vlt. ff. ad leg. Falcid.* nisi cum id testator palam iusserit, §. *si quis vna. instit. de fideicom. hered.* neque contraria ratio præsumptæ voluntatis aut fauoris heredis vllo certo iuris testimonio aut ratione probari possit. Item quod decem quæ à coheredibus fratribus accipit non possint compensari quartæ; quia ea tantũ compensantur, quæ ex voluntate testatoris, & iudicio accipiuntur. *l. 22. Nezennius ff. ad leg. Falcid.* At quod conditionis implendæ causa datur, testamenti nomine non capitur, neque ex bonis defuncti proficiscitur. *l. 55. Mæuius de cond. & demonstr.* l. 36. *quod conditionis, de mort. caus. donatio. ff.* Quod si ponas cum gl. figuram conditionis non fuisse expressam neque ita dictum, si fratres coheredes decem dederint; sed præceptis decem à fratribus coheredibus, alia ratio obstabit; nempe quod ea decem in quartam, eo casu, sint imputanda, *l. 9 in quartam, §. sed & quod implendæ ff. ad leg. Falcid.* vt ibi plene docuimus: cum tamen contextus dicat, compensari non autem imputari. Denique quod absurdum sit verba illa, *à cæteris*, de fratribus coheredibus intelligere, ad quorum differentiam dicuntur: absurdum quoque, ita posita specie, intelligere de extraneis (Glos. fluctuans vtramque interpretationem ponit) quia certissimum sit quartæ supplementum, imò totius quartæ detractionem non ad hos, vel illos solos respicere, sed ad omnes simul, quibus scilicet fideicommissaria hereditas restituenda est. Species Ferrerii sic ferè ponitur à Cuiacio in recitationibus

ad dictam *l.* 78. *qui non militabat, ff. de hered. inſtit.* paulò diffuſius quàm in commentario, ad eumdem titul. Pater qui habebat ſeptuaginta in bonis filios ſuos tres numero Primum Secundum & Tertium, & extraneos quatuor, Quartum Quintũ Sextum Septimum heredes ſcripſit ex æquis partibus; & Primò fundũ prælegauit dignũ viginti octo. Deinde eumdem Primum filium ſuum rogauit ſub conditione, ſi nauis ex Aſia veniret, portionem ſuam hereditatis reſtituere fratribus Secundo & Tertio, & extraneis coheredibus Quarto & Quinto tantùm; non etiam Sexto & Septimo quos omiſit. Cùm ergo ſeptingenta ſint in bonis, & ſeptem ex æquo ſcripti heredes, portio cuiusque facit centum, cuius Falcidia eſt viginti quinque. Fundum autem Primus capit partim iure hereditario à ſemetipſo pro parte ſua ſeptima, partim iure legati à coheredibus omnibus pro reliquis partibus hereditariis. Ea enim eſt natura prælegati quod de communi ſumendum relinquitur, id eſt è media hereditate *l.* 1. §. *ſi quis ex mortis, quod legatorum, l.* 18. *in fideicommiſſaria,* §. *vlt. ad Senatuſc. Trebell.* exiſtente conditione fideicommiſſi, eiusque reſtitutionem petentibus duobus fratribus Secundo & Tertio, & duobus extraneis coheredibus Quarto & Quinto, Primus ex eo fideicõmiſſo deſiderat deducere quartam Falcidiam, quæ vulgo Trebellianica hoc caſu appellatur, hoc eſt viginti quinque: Quæritur, an & quatenus fundum prælegatum in eam imputare debeat. Et certum eſt iure eum in quartam imputare partem tantùm ſeptimam fundi, quam à ſemetipſo iure hereditario accipit, & hoc eſt quod ait Lex eum hereditariam partem fundi in quartæ ratione retinere; veriſſimum enim eſt nec in Trebellianicam quidquam imputari, quod non iure hereditario capiatur *l.* 14. *pater filiæ, ad leg. Falcid. ff.* ideoque quartam hereditatis nominari, *l.* 1. *cod. ad Senatuſc. Trebell. & apud Paul. lib.* 4. *ſentent. tit.* 3. quod pluribus in dicto tractatu confirmauimus. Cùm igitur fundus dignus ſit viginti octo, heres in Falcidiam imputat quatuor, hoc eſt ſeptimam partem fundi, quam à ſe accipit iure hereditario: an vero imputat quoque partes fundi, quas à coheredibus Secundo, Tertio, Quarto, Quinto, vice mutua percipit iure legati. Percipit autem à ſingulis quatuor, ab omnibus in ſumma ſexdecim. Et certum eſt non imputare; extra quartam enim id eſt quod à coherede accipitur *l.* 91. *in quartam, verſ. pro ea vero parte, ff. ad leg. Falcid.* quia ſcilicet non iure hereditario accipitur, *l.* 74. *quod autem, D. eodem,* ſed tamen pro concurrente portione compenſabit Falcidiæ quam alioqui retineret & deduceret ex hereditate quam reſtituit, *l.* 22. *Nezennius, ff. ad leg. Falcid. l.* 58. *deducta,* §. 3. *acceptis, ff. ad Senatuſc. Trebell.* imputantur ea tantùm quæ iure hereditario accipiuntur, compenſantur quæ alio iure accipiuntur: imputari dicuntur quæ quartæ conſcribuntur & connumerantur. Quæ compenſantur ſunt extra quartam, & ei connumerari non poſſunt, quia ſunt alterius naturæ, id eſt, quia iure hereditario non capiuntur; quanquam tamen vice quartæ funguntur. Imputatio fit per ipſam legem

Falcidiam, vel ex eius interpretatione, id est, ipso iure *l.* 14. *Pater*, §. *vlt. l.* 49. *Plautius*, *& l.* 73. *in quantitate*, §. *sed & si*, *ff. ad l. Falcid.* Compensatio oppositâ doli exceptione ex æquo & bono inducitur, *d. l.* 22. *Nezennius d. tit. & l.* 15. *heredi ff. de his quæ vt indig. auf.* Imputatio beneficium legis Falcidiæ, id est quartæ detractionem ipsò iure vel minüit pro portione, vel si sufficiat tollit: compensatio iure quidem non impedit Falcidiam, *l.* 94. *filio*, *ff. ad l. Falcid.* sed æquitate suâ eam recusat *dicta l.* 15. Denique imputatio quartam Falcidiam, id est quartam hereditatis facit; compensatio non facit, sed eius commodum præstat, *l.* 90. *si heres*, *ff. ad leg. Falcid.* Ideoque compensatio ab imputatione semper distinguitur, neque in eius nomen vnquam venit, quanquam impropriè imputationem dici velint interpretes, quibus assentitur Cuiacius *ad d l.* 78. *in Papinian.* quod tamen nullâ iuris auctoritate probauit. Sexdecim ergo quæ à quatuor coheredibus Primus accipit, quibus scil. ipse hereditatem restituit, non imputat, sed compensat Falcidiæ, quæ sexdecim iuncta illis quatuor quæ ipse iure hereditario à semetipso accipit faciunt viginti: desiderantur verò adhuc quinque implendæ Falcidiæ, quæ nempe deducet Primus, ex fideicommissaria hereditate quam restituturus. At quid fiet de reliqua parte fundi prælegati, quam capit à coheredibus Sexto & Septimo dignam octo? certè non imputat, quia non iure hereditario capit, sed nec compensat, quia nihil illis vicissim præstat, quod in compensatione requiritur, *l.* 1. *ff. de compensat.* in quo etiam ab imputatione differt. Quid igitur habet supra quartam portionis scilicet suæ, vt est in contextu, & in *l. pater filiam*, §. *penult. ff. ad leg. Falcid.* siue extra quartam, *in d. l.* 91. *versicul. pro ea vero parte*, hoc est, ea lucrifacit vltra quartam, & sibi habet insuper: at scilicet non veniunt in computationem legis Falcidiæ, sed extrinsecus numerantur, *l.* 63. *facta*, §. 9. *ff. ad Senatusc. Trebell.* neque enim fideicommisso prælegatum fundi hoc casu potest contineri; quia Primus rogatus est restituere, non portionem simpliciter, sed portionem hereditatis, *l.* 3. *Marcellus*, §. 4. *quidam*, *l.* 18. *in fideicommissaria*, §. *vlt. ff. ad Senatusc. Treb.* vt rectè subiicit Cuiacius. Atque his omnibus ita peractis, Primus reliquum portionis suæ hereditariæ ex fideicommisso reddere compellitur, & hæc nostræ legis species quam tantopere ipse Cuiacius laudat & studiosè sequitur, omnium profectò facilior, elegantior, & eruditior, ac verbis contextus magis conueniens. Neque verò in computatione error vllus est, vt quibusdam videtur; nam fundus prælegatus dignus viginti octo non est supra septingenta, vt illi putant, sed partem eorum facit: Itaque ponitur rectè portionem cuiusque heredis, ex ipsa institutione quidem esse centum, & Falcidiam cuiusque viginti quinque, ita tamen vt primus propter prælegatum cuius partem iure hereditario à seipsa capit, centum habeat integra in portione hereditaria, reliqui autem coheredes nonaginta sex tantùm, quia singuli in eo fundo soluunt quatuor Primo. At sunt alia

quæ

quæ merito poſſe obiici animaduertimus : Nam in ea ſpecie fundus purè prælegatus ponitur, fideicommiſſum autem hereditatis à Primo ſub conditione relictum ; quibus conſequens eſt fundum prælegatum penes Primum ſtatim ab adita & diuiſa hæreditate fuiſſe ; atque ideo ante ipſam fideicõmiſſariæ hereditatis conditionẽ, quæ per multum tempus pendere potuit. Ita autem poſitâ ſpecie verba contextus palam repugnabunt. Dici enim non poteſt Primum partem illius fundi à coheredibus, aduenientе fideicommiſſariæ hereditatis conditione, vice mutua percepiſſe, cùm iam antè, vt dixi, fundum ipſe habuerit, cuius ideo portionem hereditariam eodem caſu retinere dicitur ; vt nempe tunc dicatur vice mutua percepiſſe, neceſſe fuit fundum ei fuiſſe traditum in caſum & tempus reſtituti fideicommiſſi & in vicem illius. At cùm fundus purè prælegatus ponatur, & hereditatis fideicommiſſum ſub conditione relictum, incertumque ſit an conditio extitura ſit, atque ideo incertum quoque fideicommiſſum debitum iri : prælegatum autem præſenti die deberi certum ſit, nullo pacto intelligi poteſt teſtator vice mutua fideicommiſſi fundum reliquiſſe, aut Primus vice mutua accepiſſe. Sed nec dici poteſt aliquid in fundo eo tempore fideicommiſſi præſtandi ei ſolui à cæteris coheredibus, quibus ipſe nihil reſtituit, cùm is fundus ei iam antè quæſitus iure prælegati fuiſſet, & denique coheredibus perſolutus, vt pote purè relictus, niſi forte eò confugeris, nihil quidem ab initio vice mutua datum aut perceptum, ſed ex euentu tamen vice mutua perceptum intelligi, vt eo colore induci poſſit compenſatio ; præſenti autem tempore dici fundum à coheredibus cæteris Primo ſolui, quamuis ante ſolutum, quaſi ſcilicet nunc demum cùm ratio legis Falcidiæ ineũnda ſit, res tota peragi videatur. Sed præter quam quod ea interpretatio vim verbis infert, ratio etiam iuris repugnat, nam cùm compenſatio voluntate defuncti nitatur, *d. l.* 22. *Nezennius*, *l.* 94. *filio*, *ff. ad leg. Falcid. l.* 77. *cum pater*, §. 8. *euictis*, *de leg.* 2. Et ita poſitâ ſpecie voluntas teſtatoris, vt ante dictum eſt, deficiat, nullus huic compenſationi locus relinqui poteſt : adde prorſus abſurdum eſſe fundi purè prælegati & iamdiu ſoluti aliquam cum conditionali fideicommiſſo nunc ſoluendo compenſationem induci : compenſatio enim eſſe non poteſt, niſi tunc cùm hinc inde debetur, *d. l.* 1. *ff. de compenſat.* quod etiam videre eſt in omnibus exemplis in quibus de hoc genere compenſationis agitur, vt *dict. l.* 78. *qui non militabat*, *D. de hered. inſtit. d l.* 77. *cum pater*, §. 8. *euictis*, *d. l.* 22 *& d. l.* 94. *& l.* 58. *deducta*, §. *acceptis*, *ff. ad Senatuſc. Trebell.* ſed & alia longe grauiora obſtant : Neque enim ratio iuris pati poteſt, vt in propoſita ſpecie Primus hereditariam fundi prælegati partem in ratione quartæ ſibi retinere dicatur, quandoquidem ea pars cum reliqua fideicommiſſaria hereditate ſit reſtituenda *d. l* 18. *in fideicommiſſaria*, §. *vlt. ff. ad l. Falcid.* namque, vt antè docuimus, ea eſt natura prælegati quod è media hereditate ſumendum relinquitur, & præceptio propriè appella-

tur, vt partim iure hereditario heres, cum relinquitur à seipso, capiat, partim verò iure legati à coheredibus, *d.* §. *vlt. & l.* 1. §. 3. *si quis ex mortis, ff. quod legat.* & quatenus quidem à coheredibus accipit, non restituit, quia hereditatis appellatione legata non continentur, *d. l.* 18. §. *vlt. l.* 96. *Titius, ff. de leg.* 3. nisi fortè rogatus sit portionem simpliciter restituere, nam eâ appellatione prælegatum etiam totum venit, *l.* 3. *Marcellus,* §. 4. *quidam, ff. ad Senatusc. Trebellian.* Aut nisi etiam rogatus sit quicquid ex hereditate ad eum peruenerit restituere; nam legatum ex hereditate quidem est, & ab ea profectum, *l.* 116. *legatum, de leg.* 1. *l.* 80. *legatum, de leg.* 2. *l. mulier, de dote præleg. ff.* non tamen hereditas est, & ea est species celebratæ & obscuræ *legis* 16. *cum virum, cod. de fideicom.* cuius breuis & certa explicatio est huiusmodi, vt cùm Papinianus responderit, etiam legata tali fideicommisso contineri, consequens quoque sit præceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse, id est, similiter fideicommisso contineri, nempe quia præceptio quatenus à coherede accipitur legatum est, neque alia eius rescripti ratio quærenda, vel attendenda differentia quam ibi affert Glos. an prælegatum sit relictum ante vel post fideicommissum, cùm nullum ibi distinctionis eius vestigium appareat: præceptionis autem compendium appellat, quod obseruandũ, eam Partem quæ à coherede accipitur, quia scilicet ea pars regulariter non venit in restitutionem, sed commodo heredis cedit; quia habet supra quartam, vt est in nostra lege, quam etiam partem commodum præceptionis ipse Papinianus appellare videtur in *lege* 70. *duos, ff. de cond. & demonstrat.* Itaque pars illa præceptionis quæ à coherede præcipitur lucro & commodo heredis generaliter quidem cedit: At pars hereditaria quam à semetipso accipit, illa procul dubio in fideicommissum cadit, vt ait Vlpianus, *d. l.* 18. *in fideicommissaria,* §. *vlt. ff. ad Senatusc. Trebell.* id est, venit in restitutionem fideicommissi, vt verba ipsa legis demonstrant, & Glos. rectè explicat, quâ loquendi formâ idem Vlp. eodem sensu vtitur, *d. l.* 3. *Marcellus,* §. 4. *quidam, ff. ad Senatusc. Trebell.* Cùm ergo ea prælegati pars cum reliqua fideicommissaria hereditate restituenda sit, non patitur juris ratio, vt illa in quartæ ratione in proposita specie retineri possit: restituendam autem esse etiam ex communi regula interpretum manifestum est; sic enim distinguunt, vt si Primo testator de restituenda hereditate rogauit, & postea prælegauit, nulla quidem pars veniat in restitutionem fideicommissi: at si prius prælegauit quàm de restitu nda hereditate rogauit, pars hereditaria prælegati cadat in fideicommissum, vt videre est in Glos. *d. leg cum virum, cod. de fideicom. l.* 86. *Titio, ff. ad leg. Falcid & l.* 3. *Marcellus,* §. 4. *quidam & leg.* 86. *ad leg. Falcid.* in nostra verò lege prælegatum præcessisse manifestum est, cùm filius habens fundum prælegatum dicatur de portione hereditatis restituenda rogatus: quæ destinctio vera videtur & apertâ defuncti voluntate nititur, à qua omnino pendet, vtrùm prælegatum vnâ cum fideicommisso hereditatis restitui debeat, *l.* 16. *cum virum, l.* 3. §. 3. *cum Pollidius, de vsuris,*

d. l. 3. Marcellus, §. 4. *quidam, & l. 12. cum quidam, de his quæ vt indig. ff.* Nam cùm poſt prælegatum relictum teſtator rogat heredem de parte ſua hereditatis reſtituenda, perſpicuum eſt portionem prælegati hereditariam eo fideicommiſſo contineri, *l. 18. in fideicommiſſaria*, §. *vlt. ff. ad Senatuſc. Trebell.* At ſi prius de reſtituenda hereditate rogauerit, & deinde prælegauerit, fieri non poteſt, vt prælegatum quod nondum erat, eo fideicommiſſo contineatur arg. *l. 77 in lege, ff. de contrahend. empt.* quod apertè definitur in *l. 86. Titia, ff. ad l. Falcid.* in qua quæſtio his verbis proponitur. Quæro, an Titius ea quæ prælegata ſunt, etiam pro ea parte hereditatis quam rogatus eſt, reſtituere, an integra retinere debeat, quorum ſententia ſubobſcura. Idem enim profecto eſt dicere, prælegatum etiam pro parte hereditaria retineri, aut integrum retineri; quæ tamen quaſi diuerſa ſub diſtinctione ibi ponuntur, qua de cauſa nonnulli ita reſcribunt *ac integra*, pro *an integra*, ſed nihil mutandum & illa verba *an integra retinere debeat* ſic explicanda, ac ſi dixiſſet, an inquam integra retinere debeat? vt ſint præcedentium repetitio & explanatio, vel quod magis placet, verba ſic interpungenda vel diſtinguenda; quæro, an Titius ea quæ prælegata ſunt etiam, poſitâ ibi virgulâ, pro ea parte quam rogatus eſt, appone hîc quoque virgulam, & ad hanc præciſam locutionem ſupple quod in margine etiam additum eſt, vt reſtitueret, an integra retinere debeat, vt ſcilicet ſit quæſtio, an cum hereditate quoque prælegatum debeat reſtituere pro portione hereditaria, an verò totum retinere. At cùm in noſtra lege prælegatum antecedat, & fideicommiſſum hereditatis ſubſequatur, vt verba palam demonſtrant, neceſſe eſt partem illius hereditariam non poſſe retineri, ſed in fideicommiſſum cadere, id eſt, reſtitui fideicommiſſario debere, *d. l. 18. in fideicommiſſaria*, §. *vlt. ff. ad Senatuſc. Trebell ff.* Cuiacius fortiſſimum hoc argumentum in explicatione noſtræ legis, *ad d. l. 78. qui non militabat*, D. *de heredib. inſtit. in recitationib. ad Papinianum*, ita ſoluendum putauit, vt ei quod dicitur, *in d.* §. *vlt.* partem prælegati hereditariam in fideicommiſſum cadere, addatur ex noſtra lege, vel imputari in Falcidiam, quæ & Gloſ. ſolutio, *ad d. §. vlt. ad leg. 77. cum pater, in principio de leg. 2. & ad dictam l. 86. Titia, ad leg. Falcid. ff.* vt nempe ea pars prælegati imputando reſtituatur; id enim ſatis videtur reſtitui cùm in quartam imputatur. At ea ſolutio nulla eſt; quis enim non videt imputare ſiue retinere & reſtituere pugnantia eſſe inter ſe, *dicta l. 86. dict. l. 18. & l. 41. quod ſtatuliber, de mort. cauſ. donat ff.* Quod enim imputandum, reſtitui non debet, quia retinendum relinquitur, & quod reſtituendum eſt imputari non poteſt, quia non retinetur. Adde calculi rationem longè aliam eſſe, ſi quis imputet, quam ſi reſtituat, & magni intereſſe. Pone prælegatum pro parte hereditaria eius cui datum eſt eſſe quatuor, hereditatem quam reſtituere rogatus eſt viginti, ſi dicas eam prælegati partem cum hereditate reſtitui, erunt viginti quatuor in fideicommiſſo, ex quibus fiduciarius habet ſex pro quarta, fideicommiſſarius

verò 18. At si dicas eam prælegati partem imputari in quartam, fiduciarius habebit quinque tantùm, nempe quatuor quæ imputat & vnum quod deducet ex fideicommisso hereditatis, fideicommissarius habebit 19. vtilior ergo hoc casu fideicommissario est restitutio quàm imputatio. Rursus pone prælegatum pro parte hereditaria esse octo, hereditatem restituendam viginti, si dicas prælegati quoque partem restitui, erunt viginti octo in fideicommisso, ex quibus fiduciarius habebit septem pro quarta, fideicommissarius viginti vnum, & si dixeris imputari, fideicommissarius habebit viginti tantùm, fiduciarius verò imputabit quartæ quinque ex prelegato, & supra quartam habebit tria reliqua in prælegato quæ scilicet lucrabitur, *d. l.* 86. *ff. ad leg. Falcid. &* §. *si quis vna, vers. quin etiam, instit. de fideicom. hered.* Atque hoc casu vtilior est fiduciario imputatio, quàm restitutio. SVPEREST vt speciem nostram breuiter proponamus & exponamus. Ea est huiusmodi. Testator institutis Primo, Secundo & Tertio filiis, Quarto & Quinto extraneis (non est necesse plures ponere) ita cauit, volo Primum, si nauis ex Asia venerit, habentem fundum Tusculanum, id est, habito fundo Tusculano, restituere portionem suam hereditariam Secundo & Tertio fratribus coheredibus, & Titio ac sempronio, qui scilicet non sunt heredes instituti; neque enim necesse est esse institutos, sed neque refert quibus ex partibus alii sint instituti. Ita positâ specie, apparet fundum non fuisse purè relictum, sed in eiusdem conditionis euentum, in quem & hereditatis fideicommissariæ restitutio. Cui consequens est, vt aditâ hereditate fundus iste cum reliqua hereditate inter coheredes quinque diuisus fuerit pro portionibus hereditariis, *l.* 34. *Titia*, §. 2. *Lucius, de leg.* 2. res enim sub conditione relicta interim hereditaria est, & ideo venit in famil. erciſc. iudicium, *l.* 12. *& post.* §. 1. *ff. famil. erciſc.* nempe vt vnusquisque coheredum parte sua fruatur, dum pendet conditio, quæ in proposito casu potuit etiam non existere, quippe in euentum collata. Existente deinde conditione fundi habendi & hereditatis restituendæ, Primus postulabat deducere quartam beneficio & iure Senatusconsulti, & præterea habere fundum ex voluntate testatoris. At contrà fideicommissarii quatuor, id est, duo fratres coheredes & Titius ac sempronius contendebant Primum fundo solo contentum esse debere, quasi testator nihil aliud eum habere voluisset, si ad quartam sufficeret, *l.* 3. §. 3. *cum Pollidius, ff. de vsur.* Definitur verò hac nostra lege, vt Primus retineat in quartæ ratione partem fundi hereditariam, quæ scilicet penes eum iam erat ex hereditatis diuisione: item vt pro concurrente portione compenset Falcidiæ quæ sibi debetur eas partes fundi, quas existente conditione accepit à fratribus e heredibus vice mutua hereditatis, quam eis habito fundo restituit: denique vt quod à cæteris coheredibus, Quarto scilicet & Quinto quibus ipse nihil restituit, ei soluitur in eo fundo, nunc cùm existit conditio, id est, partes eorum hereditarias habeat supra quartã & lucrifaciat, atque vt nihilominus si quid

ei ad ſupplementum quartæ deſit, id deducat de portione ſua hereditatis, reliquum verò illius reſtituere compellatur, atque ita poſitâ ſpecie, omnia verbis contextus ad amuſſim & exactè conuenient,& nihil eorum oberit quæ Cuiacianæ ſpeciei aduerſari oſtendimus. Fundum ergo Tuſculanum triplici iure habebit Primus, hereditario, & eatenus retinebit, fideicommiſſi implendæ conditionis causâ, & eatenus compenſabit, denique fideicommiſſi ſimplicis iure, quatenus à coheredibus quibus nihil reſtituit accepit, & eatenus lucrifaciet ſupra quartam; quam iuris diuerſitatem verborum compendio teſtator complexus eſt, cùm cauit, vt primus habens fundum, ſiuè habito fundo, reſtitueret partem ſuam hereditatis; nam perindè eſt atque ſi iuſſiſſet eum portionem fundi hereditariam retinere, eiuſque coheredes rogaſſet de reſtituendis eidem fundi eiuſdem portionibus propriis. Licet verum ſit, quod in Superiori tractatu docuimus, verba quæcumque precaria non ſint pro directis & imperatiuis haberi, etiam ſi non apertè iubeant: hîc tamen neceſſe eſt ſuperiora verba pro fideicommiſſo accipi, quia fundus ex inſtitutione ad heredes pertinet, neque verbis legati ex hereditate delibatus eſt. Triplex autem ea ratio quâ fundum illum haberi dixi iuris regulis omnino conſentanea eſt. Nam quod attinet ad partem hereditariam fundi quam Primus retinet, illa meritò in rationem quartæ venit, cùm ſit hereditatis. Nam certiſſima regula eſt, id demum imputari quod iure hereditario capiatur, *l. 91. in quartam, ff. ad leg. Falcid.* quomodo autem hereditaria dici intelligatur, repetendum ex parte ſecunda ſuperioris tractatus. Quod verò attinet ad partes fratrũ coheredum quibus Primus fideicõmiſſum hereditatis reſtituit, illæ compenſantur propter mutuam præſtationẽ, *l. 22. Neſennius, ad l. Falcid.* cuius compenſationis ratio iam ſatis explicata eſt. Sed obſtare videtur quod dictum ſit, coheredes partes ſuas fundi præſtare ex fideicommiſſo conditionis implendæ causâ, nam ſub tacita ea conditione fideicommiſſaria hereditas eis relicta eſt, ſi ipſi prius fundi partes fratri dediſſent. At fideicommiſſum huiuſmodi non videtur compenſandum, ſed recto iure in quartam imputandum, *dict. l. 91. in quartam, verſic. ſed & quod, ff. ad l. Falcid.* Cui obiectioni reſpondendum eſt, dictum verſiculum intelligi in pecunia, vt manifeſtè apparet ex præcedenti verſiculo, longè autem diuerſam rationem prædiorum, vt explicat *Lex 58. deducta, § 3. acceptis, ff. ad Sc. Trebell.* Denique quod attinet ad partes coheredum quibus ipſe nihil reſtituit, eas lucrifacit, neque in quartam imputat, quia vt cum Cuiacio definiuimus ad dictam *leg. 91.* nihil in Trebellianicam imputari poteſt, niſi quod iure hereditario capitur, non magis quàm in Falcidiam, quod hac noſtrâ lege apertè confirmatur.

AD TITVLVM DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE DIG.

Ad Rubricam.

TITVLVS hic aliter inscribitur Codice, nempe *de acquir. & retinenda possess.* vt scilicet, quod huic rubricæ deerat, illâ impleretur; si enim hæc tria coniungas, *de acquir. retinen. & amitt. possess.* nihil amplius est quod de ea disputari possit, cùm in his tribus ius omne consistat, *l. vlt. D. de legib.* Ex quo interdictorum summa illa diuisio, vt alia sint nanciscendæ, seu adipiscendæ possessionis, alia retinendæ, alia reciperandæ. Inscribitur autem de amittenda, non de omittenda, contra quàm fiat, *in tit. de acquir. vel omittenda heredit.* quia amittendi verbum latiùs patet, & possessio plerumque inuitis nobis aufertur, *l. rem quæ*, I. *h. tit.* hereditas verò voluntate nostrâ omittitur.

Ad Legem 1^am.

Ait, *Possessionem à sedibus appellatam*, ex quo sequitur compositum esse verbum ex verbo antiquo *pos*, quod à potentia deductum potentem significat, vt Varro docet initio 4. de ling. Latin. & *sessione*, quod magis apparet in *possessor* & *possideo*. Atque eò alludit iurisconsultus, *in l. si id quod*, §. *f. h. tit.* illis verbis, *vt potior sit illius corporalis possessio.* Hincque fit, vt & fur, & raptor possidere dicantur, *d. l. rem quæ*, I. & possessio dicatur esse magis facti quàm iuris, §. 1. *huius l.* quia scilicet in ea attenditur, quis sit potior & potentior facto ipso magis quàm iure. Voluit autem I. Ctus. compositionem & notationem verbi demonstrare, non per verbum *sessio*, sed per verbum *sedes*, vt pote illustrius ad hanc rem; sessio enim plerumque est sine possessione, vt cùm dies sessionum dicuntur, quibus pro tribunali sedet Prætor, *l.* 2. §. *dies*, *D. quis ordo in honor. possess. ser.* Et præterea possidet, non modò qui sedet, sed etiam qui stat, *l.* 3. §. *ex contrario*, I. & quicumque rei insistit quoquo modo, vt *in princ. huius leg.* At verbum *sedes*, significat plerumque locum in

quo quis habitationem & domicilium fortunarum ſuarum collocat & figit; Ideoque verbo illo, non modò corporis apprehenſio, ſed animi etiam deſtinatio ſignificatur.

Ait Paulus, *Quaſi poſitio.* Hoc eſt conſtitutio, collocatio eius ſcilicet qui poſſeſſionem adipiſci vult, quod verba ſequentia oſtendunt, *quia naturaliter tenetur*, hoc eſt, corpore occupatur poſſeſſio, *ab eo qui ei inſiſtit*, id eſt, qui ita tenet vt habeat affectum poſſidendi; & hanc poſſeſſionem græci κατοχὴν dicunt, id eſt, comprehenſionem, detentionem; In quibuſdam verò codicibus legitur *ſedium* ſeu *pedum poſitio.* Sed his adiectionibus opus non eſt, modò ita interpretemur, vt dixi. Cæterùm, vt in verbo *ſedibus* notatio eſt, ita in verbo *poſitio* alluſio; alluſionibus enim iuriſconſulti delectantur, *l.* 2. §. *appellata, D. de reb. cred. & in prin. de teſtam. apud Iuſtin.* quas qui pro notationibus accipiunt argutandi anſam quærunt. Neque verò abſurdæ & inelegantes ſunt, cùm rei ſignificationem quamdam vocabulum videatur continere, vt & Gell. fatetur lib. 6. cap. 12.

Ad verſic. Dominiumque rerum.

Ait, *Dominium rerum ex naturali poſſeſſione cæpiſſe.* Nam cùm in vacuum terrarum orbem genus hominum quaſi in coloniam deduxiſſet Deus, quod quiſque occupauerat tenebat, & longo tempore poſſeſſum genere quodam vſucapionis, vt ita loquamur, acquirebat. Diſtinctis verò iure gentium dominiis duo acquirendi genera eſſe cæperunt, nempe occupatio, vel eorum quæ omnino vacua eſſent, vel quorum vacua poſſeſſio à veteri poſſeſſore cederetur, vel ex liberalitate, vel ex negotio. Item victoria & vis aduerſus hoſtes quos quis de poſſeſſione deturbaret, quos duos modos refert Cic. offic. 1. & principium huius legis ſignificat. Vterque autem modus per poſſeſſionem procedit.

Ait Paulus, *eiuſque rei veſtigium remanere de his quæ terrâ, mari, cæloque capiuntur.* An non & in cæteris? Sanè hoc æſtimarunt quidam interpretes, qui putabant dominium ſine poſſeſſione nunquam acquiri poſſe, vt refert Glo. *in l. ſi fundum, de fund. dot.* Qua de cauſa Glo. *in l.* 3. *D. de publicia.* ſcribit defendi poſſe duo eſſe ſumma genera acquirendi dominii, traditionem & vſucapionem, quod & nos diximus initio huius tractatus, & probatur primò, *l.* 20. *traditionibus, C. de pact.* ſecundò, *l.* 1. *D. de publicia.* tertiò, *l.* 7. *qui fundum,* §. *vlt. D. pro empt.* Denique hoc argumento, quod nullus eſſe videatur iuſtior aut potentior titulus transferendi dominii quàm donatio & venditio, & tamen ſine traditione dominium rei venditæ aut donatæ non acquiritur, *l. ſi ager, D. de rei vindic.* Itaque concurrentibus eiuſdem rei duabus donationibus aut venditionibus, prævalet non quæ prior eſt, ſed quæ traditione perficitur, *l. quoties, Cod. de rei vind. l. ſi ea res,* §. *vlt. D. de act empti.* Nam ante traditionem venditor & donator dominium retinent, & in alium transferre poſſunt,

l. qui tibi, C. de hered. vel. act. vend. l. qui tibi, C. de his qui à non dom. man. sunt. Quare in his traditione opus est, *l. 2. C. de crimine Stellion.* vt & in diuisione, *l. diuisionis placitum, D. de pact.*

Verius tamen est plures esse alios acquirendi modos; quod probatur his verbis iurisconsulti *in princ. huius legis, & d.l. 1. in f. cum duabus seqq. de publicia. & ab Vlp. tit. 19. in fragmentis,* vbi sex acquirendi dominii modos enumerat. Item probatur in hereditate, *d. l. 50. si ager, in f. de rei vindic. & l. cum heredes,* I. *h. tit.* & in legato, *l. à Titio, de furt.* & fideicommisso, *l. vlt. C. quando dies leg. ced.* Nam & in hoc legato exæquatum est, cùm antea sine traditione fideicommissum non quæreretur, *l. qui vsumfructum, D. si vsusfr. pet.* & multis aliis casibus quos Glo. enumerat, *d. l. 50. si ager, de rei vindic. d. l. 3. de publicia. & d. l. 16. si fundum, de fundo dot.* Neque obstat quod est *in d. l. traditionibus,* & similibus; nam, hoc referendum ad contractus, quos si respicias, duo tantùm erunt summa illa acquirendi dominii genera, traditio & vsucapio; si enim qui tradit dominus est, dominium in accipientem transfert: sin minus dominii acquirendi causam per vsucapionem, §. *ex his itaque, per quas pers. nobis acquir. apud Iustin.*

Sed instabis, non modò in iis quæ terrâ cælo marique capiuntur vestigium acquirendi per possessionem dominii manere, sed etiam in traditione & vsucapione. Quod & verum est, *d. §. ex his itaque, & in f. leg. traditio, D. de acquir. rer. dom.* Sed non ita luculentum; etenim in eis quæ hîc enumerat Paulus adeptâ possessione statim dominium consequitur. At in vsucapione possessio non sufficit, nisi concurrat legitimum tempus; in traditione verò non modò sola possessio, sed etiam ius quod est in re ceditur, vt tota res transferatur, §. *per traditionem, de rer. diuis. apud Iust.* alioquin si nuda possessio ceditur, traditio propriè non est, & qui ita tradit nihil transfert in accipientem, *d. l. traditio, in prin. de acq. rer. domin.* nam qui possessionem recipit eam nanciscitur per suam apprehensionem, non per traditionem cedentis, nisi cùm oculis & affectu possessio quæritur.

Addendum est mancipationem de qua Vlp. *d. tit.* 19. quæ in contractibus vsurpabatur traditionis nomine contineri posse: cæteros autem acquirendi modos ibi enumeratos procedere, aut rigore iuris, vt in legatis & caducis, aut magistratus auctoritate, vt in cessione in iure, aut iudicis, vt in adiudicatione.

Neque superioribus obstat, quod res tradita non fiat emptoris, nisi pretio soluto, §. *venditæ verò, de rer. diuis. apud Iust.* Nam traditione quidem in emptionibus dominium transfertur, sed effectus traditionis inhibetur & suspenditur, quò emptor fiat procliuior ad fidem contractus implendam, & pretium numerandum. Non etiam obstat quod obiicitur à Glo. *in d. l. si ager, de rei vindic.* de lege commissoria, & in diem addictione, in quibus ait iure singulari dominium redire ad venditorem

ditorem sine traditione. Nam quamuis emptor fuerit factus dominus, *l. 4. commissoriæ, Cod. de pact. int. empt. & vend. compos. l. vbi, §. sed & Marcellus, D. de in diem addictione,* non tamen perfectè, cùm res in ea causa & conditione sit, vt ei dominium auferri possit, *l. omnes actiones, in f. D. de reg. iur.* Quare & in his casibus cùm agitur de computatione Legis Falcidiæ venditor intelligitur esse dominus, non emptor, *l. statuliber 38. D. ad leg. Falcid.*

Ad Gloss. 1am. & 3am.

Glossa argumentum præbet hoc loco differendi de diuisione possessionis, quæ vel est ciuilis, vel naturalis; quod probatur, *l. 2. §. quod vulgo, D. pro hered. l. 3. §. vlt. ad exhib. l. 7. tigni, in prin. eod. tit. l. 1. §. 5. deiicitur, de vi & vi armata D.* Sed naturalis rursus diducitur in iustam & in iniustam, *l. 13. quæcumque, §. 1. de publicia. l. 22. si seruus depositus, §. 1. de nox. act. l. 7. Communi diuidundo, §. 2. inter prædones, D. Communi diuidun.* Cæterùm Glo. *in d. §. deiicitur* errat, cùm possessionem ciuilem iustam interpretatur naturalem iniustam. Nam ciuilis quidem iusta est, non tamen sola, cùm & naturales pleræque iustæ sint, vt patet ex locis iam citatis. Errat etiam, cùm ciuilem possessionem intelligit quæ animo solo consistit, naturalem quæ corpore; nam quæ ciuilis est corpore etiam constet necesse est, & quamuis animo retineatur, talis tamen retinetur qualis fuit acquisita, corpore nempe & animo. Itaque nulla ciuilis est, quæ non & naturalis sit. Item naturalis solo corpore consistere non potest; animo enim opus habet, vt *in §. 1. huius, l.* Errat denique, cùm tertio loco ait possessionem ciuilem esse, quæ corpore & animo simul consistat, vel solo animo: naturalem autem esse in vsufructuario. Nam plerique præterea naturalem possessionem habent, & quæ naturalis est, simul animo & corpore constare debet, vt iam dictum est, non minus quàm ciuilis.

Itaque videamus, an ciuilis possessio ita definiri possit, vt sit rei detentio animo domini. Non dico affectu tenendi, vt in generali definitione, quia verba hæc *animo domini* eum affectum satis innuunt. Dixi *animo* potiùs quàm opinione, quo tamen verbo vtitur *d. Lex si seruus depositus, de nox. act.* ne videar verum dominum excludere, qui & possessionem habere potest; opinio enim veritati opponitur, *l. 2. in prin. D. pro empt.* Et dixi rursus *animo domini*, quod etiam *cogitatione domini* dicitur *in l. penult. §. cum igitur, C. de furtis,* quia eo maximè distinguitur ciuilis à naturali locis in subdiuisione iam citatis, & oportet eam opinionem probabilem esse, hoc est, inniti iusto titulo; noua enim & erronea cogitatio dominii non idcirco magis nos ciuiliter possidere facit, *§. error, de vsucap. apud Iustinian.* Itaque sic etiam definiri potest ciuilis possessio, vt sit rei detentio quam quis ex iusta causa acquirendi dominii nactus est *d. l. 13. quæcumque, §. 1. D. de publicia.* At naturalis iusta sic definienda

videtur, rei detentio iusto titulo, non tamen animo domini, *d. l. 22. si seruus, de nox act.* & aliis in subdiuisione citatis : Iniusta verò, rei detentio cum affectu quidem tenendi, neque tamen iusto titulo, neque animo domini, vt ex iisdem locis apparet.

Caue autem putes *in l. nemo, Cod. h. t.* tradi primam possessionis diuisionem; etsi enim quæ naturalis est, corpore consistere rectè dici possit, vt quæ ciuilis est, iure, illa tamen Lex aliò longè spectat; neque enim ait duplicem esse speciem possessionis, sed duplicem rationem, hoc est, eam possessionem quæ ad vsucapiendum proficere potest duplici fundamento innixam esse, nempe detentionis corporalis & iuris, vt ex vtroque consurgat ciuilis possessio. Et hoc est quod ait vtramque rationem possessionis esse legitimam, hoc est, ex vtraque simul coniuncta conflari & constitui legitimã & ciuilem possessionem, ita vt non sufficiat naturalis detentio, nisi & iuris adminiculũ adsit, hoc est, opinio dominii, quæ iam non potest esse nisi vana, si ius possessionis fuerit interpellatũ. Ergo agit de sola possessione ciuili, quæ à naturali tamen nunquam separatur; non autem constituit duas species possessionis, quod ex fine legis apparet, vbi vtraque possessionis ratio in vna & eadem persona simul desideratur, neque altera sufficit. Quod etiam probatur, dum ait vtramque esse legitimam. Etenim quæ naturalis est, quamuis iusta quandoque sit, legitima tamen nunquam dicetur; quod enim legitimum est ex legis verbis aut eius interpretatione pendeat necesse est, *l. nominis & rei*, §. 1. *de verb. signif. l. legitima, D. de pactis.* Et absurdum valde est possessionem naturalem legitimam dici posse, quia interdictis iuuetur, cùm certum sit ea quæ iuris Prætorii sunt semper à legitimis distingui. Denique ait Lex vtramque rationem possessionis proficere ad vsucapiendum, & firmari silentio aduersariorum, quod nunquam de naturali possessione dici potest; nam qui eâ possidet, licet iustè quandoque teneat, scit tamen se dominum non esse. Itaque nunquam potest dominium possessione capere, quia si id velit, iam incipit esse in mala fide, imò & fur, vt ante probatum est. Quare & suo & rei vitio vsucapio impediretur, §. *furtiuæ*, & §. *quod autem, de vsucapion. ap. Iustin.*

Caue item existimes non esse constituendam tertiam possessionis speciem, quia duplex tantùm dicatur *in d. l. nemo*, & quia iniustæ naturalis ius non habeat rationem. Nam *d. Lex* aliò pertinet, & possessio naturalis quantumuis iniusta iuuatur interdictis possessoriis aduersus extraneos, *l. vlt. iuncta Glo. l. h. t. l. 1. in f. & l. 2. D. vti possid.*

Ad §. apiscimur.

Quatenus possessio pupillo vel furioso acquiratur quæritur. Et pupillo quidem acquiri indistinctè videtur per tutorem, §. *per procuratorem*, I. *hac l.* hoc est, etiamsi pupillus nullum rei habeat intellectum, neque fari possit.

Tutoris verò auctoritate acquiri etiam pupillo potest, si tamen ille fari possit, & si habeat etiam qualem qualem rei affectum & intellectum qui suppletur iudicio tutoris, *l. quamuis*, §. *infans*, I. *h. tit.* Nam cùm hoc casu negotium vires sumat, non solùm à persona tutoris, vt primo casu, sed etiam à persona pupilli, *l. potuit*, *C. de iure deliber.* necessarius est illius affectus & animus, quod apertissimè probatur, §. *pupillis*, *de Inutil. stip. apud Iustin.* Neque obstat, quod *in d. l. in negotiis*, *& in d. l. quamuis*, §. *infans*, id videatur posse fieri, etiamsi infans non habeat rei sensum & intellectum; Nam intellige plenum & perfectum, vt rectè Glo. *in d.* §. *infans*, quod & verba §. ostendunt, dum ait, iudicium infantis suppleri.

Denique pupillus solus & per se possessionem sibi acquirere potest, si eius ætatis sit, vt intellectum rei capiat, vt *in h.* §. plenum scilicet iam & firmum.

Obstare tamen videtur valde *Lex donatarum*, *C. eod tit.* vbi & infans qui plenum rei affectum non habet nihilominus possessionem sibi per se acquirit rerum donationis causâ sibi traditarum, vbi Glo. multas solutiones affert, sed quarum nulla è verbis legis elici possit. Bart. verò Dinum secutus multò ineptior cum sua iocali, vt ipse loquitur, solutione.

Sensus verò legis hic videtur, vt eo casu iure singulari possessio infanti acquiratur, per traditionem scilicet cedentis & donantis, quod ibi literatè scriptum est, vt scilicet quamuis in summa possessionis traditio nihil efficiat, sed sola apprehensio, hoc tamen casu efficax sit, vt & cùm oculis affectuque possessio quæritur, & adiuuet capientis apprehensionem per se alioqui infirmiorem, & vt quemadmodum tutoris voluntate iudicium infantis suppletur, *d.* §. *infans*, Ita quoque, *in d. l. donatarum* iudicium infantis suppleatur voluntate tradentis. Quo argumento vti videtur Imperator *in f. d. legis*, vt scilicet, si non admittamus suppleri animum infantis per donatorem, non etiam admitti possit suppleri per tutorem. Cœterum particula *interim in d. l. donatarum* significat pupillum, quamuis interim possessionem acquirat, vbi tamen adoleuerit, posse rem sibi donatam nihilominus repudiare, *l. vlt.* §. *vbi autem puerules*, *C. de bonis quæ lib.*

Sed an etiam pupillus alia ex causa, putà venditionis rei sibi, traditæ possessionem acquiret solus? Quod non videtur; nam in donatione quæ tota lucratiua est capi non potest: at in iis quæ ea obligationibus descendum capi potest, *l. obligari*, *D. de auct. tut.* etiam in traditione, si forte res non rectè tradatur, *l.* 2. *&* 3. *D. de actionibus empti.*

Verùm *dictæ legi donatarum* Glo. opponit *legem si quis in emancipatum*, *C. de donat.* neque nodum soluit. Breuiter dicendum *in ea l. si quis in emancipatum*, agi de pupillo qui verè sit infans, id est, qui fari non possit, vt verbis ipsis legis continetur.

Furiosus autem per se possessionem acquirere nequaquam potest. An verò potest auctoritate tutoris? Glo. id affirmat *in hoc* §. Interpretes

verò negant, & rectè; quod optimè probatur *ex l. in negotiis, de reg. iuris, & in hoc §. verſ. ſed pupillus*, vbi à contrario furioſum excludit. Itaque verba illa *in prin. §. noſtri, furioſus & pupillus* ita ſunt intelligenda, vt furioſus abſolùtè negetur poſſeſsionem poſſe acquirere, etiamſi accedat curatoris auctoritas, quia negotium à perſona furioſi vires capere nullomodo poteſt.

Ipſi tamen per curatorem acquiri poſſeſſionem poſſe Bart. ait hîc; quod tamen non ſatis probat *ex l. 2. D. de bon. poſſeſſ. furioſo*; Nam bonorum poſſeſſio de qua ibi, iuris eſt, & ferè hereditati compar, *l. 2. D. de bon. poſſ.* At poſſeſſio facti eſt, vt *in hoc §. & §. ſeq.* Videtur tamen id poſſe admitti vt litatis causâ, cùm & procurator ignoranti poſſeſsionem acquirat, *l. ſi me in vacuam, §. 1. I. & l. 1. C. eod. tit.*

Ad verſic. eam enim rem.

Hæc ratio ſic videtur explicanda, vt quia poſſeſsio ex facto ipſo pendeat, non ex iure, acquiri poſsit pupillo ſine tutore, etiamſi ius ciuile id maximè prohibere vellet, *arg. §. ſeq.* quod tamen non facit. Etenim quæ facti ſunt prohibere quidem ius ciuile poteſt, improbare, punire, imo etiam fingere quaſi facta non ſint, *l. non dubium, C. de legib.* quo ſenſu facti interpretatio in arbitrio iudicantis eſſe dicitur, *l. 1. D. ad Sc. Turpil.* Sed impedire ne fiant nullo modo poteſt, vt *in §. ſeq.* aut infecta reddere, *l. in bello, §. facti, de capt. & poſtlim. reuer.* I. Et fictiones iuris efficiunt quidem, vt quod factum non eſt factum intelligatur, vel contrà; ſed factum ipſum aut impedire aut tollere ius ciuile nequaquam poteſt.

Quod autem negat iuriſconſultus poſſeſsionem iuris eſſe, tacitè videtur innuere pupillum ſine tutore incapacem eſſe eorum quæ iuris ſunt, cùm tamen & ſtipulari & vſucapere poſsit, vt probat Glo. & vſucapio iuris ſit, *l. bonæ fidei, §. 1. de acquir. rer. Dominio S.* Sed intelligere hîc debemus ea quæ iuris ſolemnitatem deſiderant, in quibus explicandis tutoris auctoritas omnino neceſſaria eſt, *l. curatorem, D. de auct tut.* ſicque argumentum à contrario ſenſu rectè procedet. Neque obſtat quod de ſtipulatione dictum eſt; nam ea ſolemnis eſſe deſiit conſtitutione Leonis, §. 1. *de verb. oblig. ap. Iuſt.* Reliqua verò quæ ſolemnia ſunt, quamuis in iis ius verſetur, facti tamen eſſe dicuntur, vt venditio, traditio, ſolutio, *l. conſilio, D. de curat. furioſ.* quo ſenſu defendi poteſt hîc poſſeſſionem dici facti eſſe, & non iuris; quod & de ciuili eo ſenſu dici poſſet: quamquam tamen hæc verba videntur intelligenda de poſſeſſione naturali, & quatenus illa per ſe, & ex ſui natura conſideratur, non admixtis ciuilibus præceptis, vt & *in l. 1. §. Scæuola, D. ſi is qui teſt. lib. eſſe iuſſ. erit.* tunc enim abſolutè facti eſt, quia naturaliter queritur & conſtituitur, *l. ea quæ, D. de acq. rer. domin.* hoc eſt corpore & actu, *§. ſi iuſſerim, I. hac l. & in prin. leg. 3. I.* vt non multùm interſit, iuſtè, an iniuſtè teneatur, *§. ex contrario, eod. l. 3.* ex quo & à ſedibus dicitur, &

quasi positio appellata est, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, vt *in prin. huius leg.* hoc est, quia ex sua natura non aliter teneri potest, nisi quis ei corpore incumbat & insistat. At ciuilis possessio & iuris & facti est, non corporis solùm, hoc est facti, *l. possessio quoque, in f.* §. 1. I. *h. tit.* quod quidam ita interpretantur, quia ex ea sequitur vsucapio quæ iuris est. Sed hæc interpretatio non valet, quia etsi non sequatur vsucapio, fortè quia interrumpitur, nihilominus tamen consistit per se possessio. Hoc ius igitur intelligere debemus iustum titulum ex quo domini opinio & animus nascatur; etenim ad constituendam ciuilem possessionem hoc ius concurrat cum corpore necesse est. Quod si desinat possessio etiam ciuilis esse desinit; atque ita intelligendum est quod dicitur *in l. nemo, C. eod. tit.* duplicem esse rationem possessionis, ciuilis nempe, vnam quæ iure, alteram quæ corpore consistat; & nihilominus hæc ciuilis plurimum facti habere dicitur *in l. denique, D. ex quib. causis maior.* cùm scilicet corpore nostro acquiritur, quia non potest incipere nisi à facto & actu corporeo; ideoque & absolutè facti dici videtur, & captiuitate interrumpitur, *d. l. in bello,* §. *facti, de capt. & postl. reu.* At quæ corpore ministerióue alieno nobis quæritur, illa plurimum à iure mutuari dicitur *d. l. possessio,* I. mutuari, inquam, quia quæ à iure accipit non sunt ex eius natura, imò verius contra eius naturam sunt; nam ignorantibus nobis acquiritur & sine corpore nostro, *l.* 1. *C. eod. tit. l. peregrè,* §. *quæsitum,* 1. Itaque hæc possessio iuris rectè dici potest, & non facti, vt colligi potest *ex d. l. facti,* I. *in bello,* vbi captiuitate non interrumpitur; quod etiam dicitur *in l. iusto,* §. *vlt. D. de vsurp. & vsucap.* I.

Cæterùm cùm dicimus possessionem iuris esse, aut non esse, id est referendum ad constitutionem & essentiam ipsius possessionis magis quàm ad effectus qui eam consequuntur; nam eâ ratione & naturalis possessio iuris dici posset, cùm tamen facti sit, quia ex ea ius oritur; ideoque possessionis ius dicitur *in d. l. peregrè,* I. & iure Prætorio etiam iuuatur interdictis ad eam accommodatis, *l.* 1. *in f. & l.* 2. *D. vti. possid.*

Ad §. *Si vir vxori.*

Quamquam hìc §. videatur tantùm ad id pertinere quod in superiori dictum est, possessionem rem esse facti non iuris, tamen pertinet etiam ad regulam generalem eius §. vt scilicet ex hoc intelligamus, ita nobis possessionem quæri per nosmetipsos, vt illa non pendeat ex traditione sed ex apprehensione. Nam hìc quæritur, quatenus vxor rem sibi à marito donatam possideat, cùm donatio illa iure improbatur: acquiri tamen possessionem nihilominus hìc definitur, contrà quàm tamen scriptum est *in l. inter* 46. *de donat. inter vir. & vx. D.* vbi ne possessionis quidem donatio valet inter coniuges. Neque verò Glos. hunc

nodum satis rectè dissoluit, dum ait possessionis donationem per se non valere, ipsam tamen possessionem transire per consequentias re ipsâ donatâ, nam *in l. 3. §. 6. sciendum, D. de donat. inter vir. & vxor.* disertè scriptum est, ne traditionem quidem quicquam valere, cùm res aliqua inter coniuges donatur.

Dicendum ergo donationem possessionis nullo modo valere, quia donator pauperior fieret, re tamen aut possessione donationis causâ à viro cessâ, mulierem possessionem acquirere, non ex traditione quidem & donatione viri, sed per suam apprehensionem. Itaque hoc casu nihil contra constitutionem fieri videtur, de qua *in l. hæc ratio, D. de donat. inter vir. & vxor*; nam vir quamuis ex cessione pauperior fiat, non tamen ex acquisitione mulieris, quia etsi illa non requireret, vir tamen possessione careret quâ cedere voluit; & hoc est, quod dicitur *in f. nostri* §. *his verbis*, & quid attinet dicere non possidere mulierem, vt scilicet non possit mulieri opponi constitutionis ius, quamquam interpretes alio etiam modo hoc accipiunt, vt non sit opus illâ fictione iuris hoc casu, cùm ex virò nihil sit profutura qui iam possessionem amiserit.

Sed cùm constet mulierem possidere, videndum est quomodo possideat? Et certum quidem est eam ciuiliter non possidere, *l. si eum qui, D. de donat. inter vir & vxor.* naturaliter tamen possidere, *l. 1. §. deiicitur, de vi & vi arm. D.* Sed vtrùm possessio illa naturalis iusta sit, vel iniusta meritò dubitari potest. Et quidem *in l. 1. §. 1. D. pro donat.* mulier simpliciter dicitur possidere. Sed hæc sententia Iuliani, qui quidem *in l. nec vllam, §. 1. D. de petit. hered.* ait mulierem possidere pro prædone, cui omnino consentit *lex quod vxor, I. h. nostro tit.* & similiter etiam vir qui rem donatam à muliere possidet dicitur malæ fidei possessor *in l. si vxor filio, D. de don. inter vir. & vxor.* Itaque vir aut vxor res ita possessas vsucapere non possunt, *l. 1. §. f. D. pro donato.* Nisi res sit aliena, ita vt ex vsucapione donatarij donator non fiat pauperior, *l. 3. eod. t. l. sed etsi constante, D. de donat. inter vir. & vx.* Contrà tamen vxor rei donatæ à viro fructus suos facit comparatos scilicet suâ industriâ tanquam quilibet bonæ fidei possessor, *l. fructus, D. de vsuris, l. ex annuo, l. de fructibus, & seq. D. de donat. inter vir & vx.* Neque valet Glo. solutio *in d. l. quod vxor*, I. quæ distinguit, vtrùm vxor sciat donationem iure improbari, an ignoret. Nam iuris ignorantia in lucro illi non prodesset. Et præterea vtroque casu eadem est ratio; nam bonâ fide vxor dicitur possidere, quia voluntate mariti possidet. Itaque eius possessio naturali æquitati maximè consentanea est, §. *per traditionem, de rer. diuis. ap. iust.* quod in specie donationis dicitur *in l. si id quod*, I. *pro derelicto.*

Itaque dicendum est bonam fidem dupliciter accipi & æstimari, vel secundùm merum ius gentium, vel admixtis simul præceptis ciuilibus & prætorijs, *l. bona fides, D. depos.* Et bona fides quæ naturaliter tantùm consideratur ad factum ipsum pertinere dicitur: quæ verò ciuiliter

ad ius, *l. bonæ fidei, S. de acq. rer. domin.* Quare cùm agitur de vsucapione, vel de iis quæ iure ciuili acquiruntur, vxor malâ fide possidere dicitur, cùm verò de fructibus lucrifaciendis vel de aliis quæ solâ naturali æquitate constant, tunc dicitur bonâ fide possidere; Et hæc differentia in fructibus & vsucapione circa bonam fidem eleganter traditur *in d. l. bonæ fidei, S. tit prox.*

Cæterum quod *in fine huius* §. innuitur, virum possessionem amisisse, etiamsi vxor eam non acquireret; quod euenire potest, putà si illa nolit, pugnare videtur omnino cum *l. 34. si me in vacuam*, I. *h. tit. & l. cum fundum*, I. *de vi & vi arm.* in quibus non videtur quis amittere possessionem, nisi & ille acquirat, cui voluit acquisitam, ita vt tacitè hæc conditio semper inesse videatur, quæ tamen ratio ridicula dicitur *in l. 18. quod meo*, §. *si furioso*, I. *hoc nostro tit.*

Breuiter dicendum amissionem possessionis pendere ex animo possessoris, *l. 17. si quis vi*, §. *differentia*, I. *h. t.* Itaque voluntatis quæstionem esse, sed voluntatis coniecturam sumi variè pro varietate rei; nam si possessor præsens præsenti possessionem tradat, aut etiam dicat se cedere possessione rei non præsentis mobilis aut immobilis, procul dubio apparet eum non posse retinere possessionem, neque posse intelligi conditionem illam, cùm ipse facto ipso aut verbis declaret se possessionem dimittere; qui enim tradit, possessione eo ipso cedit, §. 12. *per procuratorem*, I. *hac l.* atque ita intelligitur §. *noster & d.* §. *si furioso.* Sed si appareat ex negotio gesto veterem possessorem non omnino dimisisse possessionē, tunc aliud dicendum est, vt *in contrariis ll.* in quibus cùm non essent in re præsenti, misit venditor emptorem in possessionem, hoc est, iussit eum in possessionem ire, quod iisdem verbis scribitur *in dictis ll.* Quare facilè coniicitur eum noluisse statim à se dimittere possessionem, nisi tunc demum cùm fuisset apprehensa ab emptore; qui si non apprehendat, aut quia nolit, aut quia non possit, remanet possessio penes venditorem, quia sub tacita conditione intelligitur possessione cessisse.

Ad §. item acquirimus.

Prima regula huius §. hæc est: Per seruum aut filium qui in nostra potestate est acquiritur nobis possessio, & quidem ex causa peculiari etiam ignorantibus. Ratio subiungitur, quia voluntate nostrâ intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Quod ita accipiendum est, non quasi hoc casu nudâ voluntate & solo animo nostro nobis quæratur possessio, sed vt sit etiam necesse eam prius corpore apprehendi à seruo vel filiof. *l. quidquid filius*, I *h. t.* Nam quamuis certa & determinata esset voluntas & scientia patris vel domini, putà extra causam peculiarem, non ideo tamen sufficeret ad possessionem quærendam, nisi ea apprehenderetur à seruo vel filio; & hoc nimirum est quod vult Papin *in l. per grè*, §. *quæsitum*, *vers. nec tamen*, I *h. t.* cuius verba

valde obscura sunt, & ratiocinatio ipsa, si non hoc modo explicetur. Ratio ergo prima nostræ regulæ hæc colligitur *ex §. nostro & d. §. quæsitum*, vt scilicet hoc casu possessio nobis quæratur, corpore quidem alieno serui aut filii familias, sed animo tamen nostro, & generali voluntate illâ quâ peculiaria omnia nobis acquirere volumus.

Sed alia etiam ratio affertur à Paulo, qui & nostræ legis auctor est *in l. 3. §. saltus*, I. *h. tit.* vt scilicet hoc casu acquiramus & animo & corpore alieno serui aut filiifamilias.

Tertia affertur à Iauoleno *in l. quod seruus*, I. *h. tit.* nimirum, quia dominus aut pater possidet ciuiliter peculium; ideoque possidebit etiam per causam & vniuersitatem peculii, & accessionis iure, quidquid peculii causam apprehendit, hoc est, quidquid peculio accedit & acquiritur. Tamen si subtilius rem inquiramus, verum est regulam *nostri* §. esse omnino contra regulas iuris communis, & contra naturam & rationem ipsius possessionis, quod apertè demonstrat Papin *in d. §. quæsitum*, dum ait id esse introductum iure singulari & vtilitatis causâ. Sanè enim id extorsit vtilitas contra iuris rationem, ne cogerentur domini per singula momenta inquirere species & corpora peculii & causas ex quibus quæruntur, vt ibi Papinianus subiicit. Regula tamen nostri §. defendi potest, si non certâ iuris ratione; attamen iuris aliquo colore, vt supra variè expositum est.

Ex hac autem nostra regula hoc sequitur, vt ex causa peculiari filius patri ignoranti acquirat, etiamsi pater nesciat filium suum esse, vel etiamsi filius ab alio tanquam seruus possideatur, quod dicitur *in l. quidquid filius*, I. *h. t.* & producendum omnino est ad seruum, quamuis Glo. contrà sentiat, quæ illius legis rationem malè petit à iure patriæ potestatis. Nam si ea esset ratio, acquireret filius ex omni causa, & tamen in contextu hoc restringitur ad causam peculii.

Deinde si hoc efficeret patria potestas, quare non etiam dominica, cùm pares sint in acquirendo, *l. placet*, *D. de acquir. hered.* Sed ratio pendet omnino ex causa peculii; nam tunc non valde attenditur mens & voluntas serui aut filii, *l. 2. §. Celsus, & seq. D. pro emptore*, & per vniuersitatem & causam ipsius peculii possessio his casibus acquiritur, quæ tamen si vitiosa sit, vitiosa quoque acquiretur, nempe si ex causa peculii, vt *in d. §. Celsus*, vbi Glo. perperam vitiosam possessionem interpretatur violentam; nam vitiosa ibi est quæ malâ fide acquisita est, vt ex seqq. apparet. Quod si extra peculium fuerit acquisita, putà vi, tunc non acquiretur ignoranti domino, quia nec peculii causam apprehendit, *d. l. quod seruus*, I. *h. tit.* Sed quò magis asseratur interpretatio nostra *ad d. l. quidquid*, animaduertendum est non esse verum quod Glo. ait seruum nostrum nobis acquirere possessionem, non quia sit in nostra potestate, sed quatenus à nobis possideatur. Nam hic effectus acquirendi in seruo, vt & in filiofi potissimùm debetur potestati, *l. cum heredes*, §. *vlt.* I, *h. tit.* Et

quamquam

quamquam negari non possit, quin multùm interſit, vtrùm ſeruum poſſideamus an non, *l. homo liber, in f. D. de acq. rer. domin.* tamen non nullis caſibus ſeruus quem non poſſidemus nobis poſſeſſionem acquirit, vt *in §. per eum, hac noſtra l. & in l. ſi cui, in f. S. de liber. cauſa.* Neque obeſt §. *ſed & per eum, hac noſtra l.* nam quod ibi dicitur, ſeruum bonâ fide poſſeſſum nobis poſſeſſionem acquirere, id procul dubio intelligendum eſt extra cauſam peculii, cùm certiſſimum ſit eum ſeruum non poſſe nobis acquirere, niſi ex re noſtra, aut operis ſuis, §. *idem placet, per quas pers. nobis acquir. ap. Iuſtin.* Adde longè faciliùs errorem domini tolerari in non agnoſcendo ſeruo, quàm patris in non agnoſcendo filio, *l. iuſto, in prin. de vſurpat.* I. Veruntamen noſtræ ſententiæ omnino repugnare videtur *lex homo liber, in f. de acq. rer. domin. S.* & ſententiam Glo. confirmare; quod illa tamen non animaduertit. Sed dicendum vſucapionem quidem non procedere in caſu *leg. quidquid*; atque ita intelligendam eſſe eam *l. homo liber*, poſſeſſionem tamen acquiri, *d. l. quidquid*; neque nouum eſſe, vt quis poſsideat, & tamen vſucapere non poſſit, *l. ſi emptam, D. pro ſoluto.*

Præterea addendum ſuperioribus, rationem petitam *ex d. l. quod ſeruus*, I. *h. t.* ad confirmandam primam regulam noſtri §. debilem admodum eſſe, *l. rerum mixtura, in f. de vſurp.* I. quod ideo animaduertendum eſt, vt magis intelligamus colores potius eſſe quàm rationes, quidquid à iuriſconſultis in eam ſententiam affertur.

Item addendum in regula illa modò æſtimari & attendi animum ſerui & filii, modò verò domini & patris, vt quod agitur valeat, *l. 2. §. Celſus*, I. *pro emptore.*

Secunda verò regula ex hoc §. elicitur à contrario ſenſu: Extra cauſam peculii ignorantibus nobis poſſeſſionem acquiri non poſſe, quod etiam confirmatur, *l. 3. §. ſalius, l. quod ſeruus* ita ſcilicet acceptâ, vt exemplum regulam reſtringat *& l. peregrè*, §. *qnæſitum*, I. *h. tit.* in quo etiam literatè ſcriptum eſt ſcientiam dominii deſiderari extra cauſam peculii.

Veruntamen *in l. ſi me in vacuam*, §. *vlt.* I. ignorantibus nobis & per ſeruum bonâ fide poſſeſſum poſſeſſio acquiritur, ſi modo noſtro nomine fuerit apprehenſa; quod etiam apertiùs dicitur *in l. nunquam* 31. §. *ſeruus*, I. *tit. prox* & generaliter *in §. item nobis, verſ. non ſolum, per quas perſ. nobis acquir, ap. Iuſtin.* quod videtur maximè admittendum, cùm per liberam etiam perſonam poſſeſſio nobis ignorantibus eodem modo quæratur, *l. 1. C. de acq. vel ret. poſſ.*

Sed dicendum regulam illam ſecundam noſtri §. veriſſimam eſſe, ſi indefinitè accipiatur, & de poſſeſſione propriè dicta, indefinitè inquam; hoc eſt, ſiue nomine domini fuerit poſſeſſio apprehenſa, ſiue non; nam ex cauſa peculii fieri non poteſt, vt alteri quàm domino quæratur, etiamſi poſſeſſio non eius nomine ſit apprehenſa. At in contrariis, niſi eius no-

mine apprehendatur, nihil ei acquiritur. Item dico regulam locum habere in vera & propriè dicta possessione, nempe quæ statim prodest ad vsucapiendum ; nam quæ extra causam peculii ignorantibus quæritur non parit vsucapionem, nisi scientiâ domini superueniente, *d. l. si emptam* I. *pro soluto, & d. l.* 1. *h. t.* quod apertius videre est *in l.* 2. §. *Celsus*, I. *pro empt. & l. iusto*, §. *vlt. de vsurpat. & vsucap.* I.

Vltima regula est. Infanti furioso & heredi quæri possessionem ex causa peculiari, & vsucapionem procedere. Etenim ex quibus causis ignorantibus quæritur ex iis etiam quæritur infantibus & furiosis, §. *sui autem, de heredit. quæ ab intest. def. ap. Iustin.*

Neque verò obest *Lex si seruo furioso*, I. *de vsurp.* vbi indefinitè & non adiectâ mentione peculii vsucapio furioso & infanti per seruum procedere dicitur. Nam lex illa necessariò referenda est ad causam peculii ; seruus etenim possessionem acquirit, aut nomine domini, aut nomine peculii, *l.* 2. §. *Celsus*, I. *pro empt. d. l. nunquam*, 31. §. *si seruus*, I. *de vsurpat.* At nomine domini illo casu seruus acquirere non potest ; tunc enim spectatur mens domini, *d.* §. *Celsus, & seq.* quâ caret furiosus, & verè infans nondum vtitur.

Non etiam obest *l. Labeo, eod. tit. de vsurp.* vbi qui per se & suo nomine vsucapere non potest, nec etiam per seruum. Nam infans & furiosus suo nomine vsucapere possunt ex causa peculiari, vt in nostro §, ergo & per seruum.

Sed quod dictum est de herede, id longè difficillimum est. Et Glo. quidem hoc intelligit aditâ demum hereditate *in nostro* §. in quo tamen fit mentio serui hereditarii quem & ipsa Glo. *in l. vlt.* §. *vlt.* I. *de vsurp.* rectè interpretatur seruum iacentis hereditatis. Itaque quod *in nostro* §. dicitur, heredi procedere vsucapionem, intelligendum est hereditate etiam non aditâ, nam possessio hereditati iacenti acquiri dicitur *in l. qui à seruo, de oblig. & action.* & vacuum tempus iacentis hereditatis datur heredi ad vsucapiendum, *d. l. nunquam*, 31. §. *vacuum*, *de vsurp.* quod & disertis verbis scribitur à Papin. *in d. l. iusto*, §. *nondum, eod. tit. de vsurpat.* I. Qui tamen Papin. secum omnino pugnare videtur idipsum absolutè negans *in l. vlt.* §. *vlt. eod. tit.* vbi ait vsucapionis primordium esse tempus hereditatis aditæ ; etenim cùm possessio sit facti & animi, hereditas iacens illius incapax est, *l.* 1. §. *sceuola*, I. *si is qui test. lib. esse iuss. erit.*

Sunt qui dicant Papin. *in* §. *nondum, l. iusto* respondere de iure singulari. At *in d.* §. *vlt. leg. vlt.* de iure communi, cui etiam ius singulare subiunxerat, sed mancam esse scripturam.

Sed hoc modo ἀσυνοψία manebit, & valde intolerabilis erit socordia Triboniani, qui in duabus ll. continuis ita sui officii immemor fuerit ; quod tolerandum forte fuisset, si diuersis locis longè disitæ essent illæ leges. Adde hanc solutionem valde esse generalem, & omnino eandem cum illa Accurtiana vulgari, hîc de rigore, ibi de æquitate, quæ quia

pluribus locis aptari potest, vitiosa censetur, vt & commune exordium apud Rhetores, & prologus Galeatus.

Sed videndum, an hæc ita conciliari possint, vt dicamus vsucapionis primordium quidem esse tempus hereditatis aditæ, vt *in d. l. vlt. §. vlt.* quia quamdiu iacet hereditas, & quatenus vt iacens consideratur, ne possidere quidem potest incipere, sed postquam semel adita est, cùm aditionis tempus coniungatur cum mortis tempore, *l. omnis hereditas, de reg. iur.* hoc est, cùm perinde sit atque si sub tempus mortis testatoris hereditas adita fuisset, *l. omnia ferè, eodem tit.* vsucapio intelligitur processisse etiam eo tempore quo hereditas iacuit, nempe quia retroactâ potestate aditionis nunquam videatur iacuisse; atque ita intelligere oportet nostrum §. & § *nondum, d. leg. iusto, de vsurp. & d. l. qui à seruo, de oblig. & act.* Sic etiam intelligendus est §. *vacuum, leg. nunquam*, vt scilicet vacuum tempus iacentis hereditatis detur, & ascribatur vsucapioni, non modò ad eam continuandam, vt vult Glo. ibidem, sed etiam ad inchoandam. Et si propriè loquamur, vsucapio hoc casu dicetur procedere heredi, vt *in nostro §. & d. §. vacuum*, non hereditati, quia eius ratio non habetur, quamdiu iacet: quamquam tamen dici etiam possit, sed minus propriè hereditati vsucapionem procedere retroactâ scilicet aditione, *d. §. nondum, leg. iusto, de vsurp.* Neque quis existimet hæc eodem reuolui, & vanam esse subtilem hanc rationem, cùm effectu ipso nihil interesse videatur, si dicamus vsucapionis primordium inchoari etiam iacente hereditate. Non, inquam, quis existimet hoc referendum ad acutas illas iurisconsultorum ineptias quas vocat Seneca 5. de benef. cap. 6. vbi etiam agitur de vsucapione hereditatis; nam hæc interpretatio magni momenti est & vsus: etenim si testamentum destituatur, neque quisquam sit ex eo heres qui hereditatem adeat, non intelligitur possessio in hereditate fuisse, neque vsucapio processisse legitimis heredibus ab intestato venientibus.

Ad §. sed & per eum.

Per eum quem bonâ fide possidemus nobis possessio acquiritur, perinde atque per seruum nostrum, aut filiumf. nempe ignorantibus nobis ex causa peculiari, atque etiam ex re nostra, & operis eorum, si modò hoc secundo casu nostro nomine fuerit possessio apprehensa. Sed videtur ignorantibus possessionem quæri non posse; nam, etsi per alium nobis quæritur, voluntas tamen nostra exigitur, *l. ea quæ, S. de acq. rer. dom.* Ignorans autem erranti comparatur, *l. si me in vacuam, §. sed si non mihi*, I. *h. tit.* errantis verò nulla voluntas, *l. 2. in prin. D. de iudic.* Quâ ratione quidam decepti existimant ita demum nobis quæri ignorantibus, si mandato nostro id fiat, si iusserimus seruum nostrum possessionem aliquam adipisci, non tamen vt necesse sit scire nos

quo momento eam adipiscatur; eòque referunt quod dicitur, ignorantibus possessionem quæri. Sed falsum est scientiam nostram desiderari, aut mandatum, *l. quidquid*, I. *h. t.* quod probatur certissimo argumento *leg. homo liber*, §. *vlt. S. de acq. rer. dom.* vbi ignorantes per seruum nostrum ab alio possessum non vsucapimus. Ergo statim atque certi sumus eius quod actum est, inchoatur nobis vsucapio; ex quo sequitur iam quidem nobis quæsitam fuisse possessionem, & quidem ciuilem ignorantibus, sed quæ tamen conscientiam nostram desideret ad vsucapiendum, vt de procuratore dicitur, *l.* 1. *C. de acquir. poss.* Et dicta lex *ea quæ* longè aliter accipienda est, nempe, vt voluntas quidem nostra non desideretur in acquirenda possessione, cùm id fiat iuris potestate, sed desideretur tamen, vt possessio sit nobis acquisita cum effectu, id est, vt duret apud nos. Etenim si postquam sciuerim quæsitam per seruum possessionem, eam nolim mihi acquisitam, perinde est ac si nunquam mihi acquisita fuisset; quia statim à me abit solâ voluntate, vt potiùs delata mihi quàm acquisita propriè videatur. Quod in iis quæ iure ciuili acquiruntur non ita est; nam illa nobis manent acquisita etiam nolentibus & inuitis, neque nudâ destinatione à nobis abire possunt, & hoc traditur in *d. l. ea quæ, de acq. rer. dom.* vt etiam *in l. si quis vi*, §. *differentia*, I. *h. tit.*

Minus verò obest, §. *cæterum*, I. *hac nostra l.* nam nihil mirum, si ibi fiat mentio voluntatis expressæ, quando in proposita specie seruus missus sit, vt possideat.

Sed an extra supradictas causas possessio nobis quæratur in specie nostri §. per seruum bonâ fide possessum? Quod quidam putant *arg. leg. si me in vacuam*, §. *vlt.* I. & eorum quæ de procuratore dicuntur. At hoc etiam falsum est; nam per eum quem bonâ fide possidemus nihil quæri nobis potest, nisi ex re nostra, aut ex operis eius, §. *idem placet, vers. non solum, per quas pers. nob. acquir ap. Iust. l.* 1. *C. de rei vind.* Et *d.* §. *vltimus legis si me in vacuam*, quamuis indefinitè loquatur, ita est intelligendus. Neque valet consequentia à procuratore in quo multa diuersa sunt, & hoc etiam casu; nam constitutum est, vt per eum rerum omnium possessio nobis acquiratur, *l. traditio*, §. *vlt. S. de acq. rer. dom.* At per bonâ fide possessum ex duabus tantùm dictis causis. Per hunc igitur vt acquiramus, duo desiderantur, vt acquirat ex re nostra, aut operis suis, & simul vt nomine bonæ fidei possessoris acquirat, *d.* § *vlt. l. si me in vacuam*, I. ita tamen vt eius nomine acquirere intelligatur, modò non acquirat alieno nomine, *l. qui bonâ fide*, §. *vlt. S. tit. prox.* Et hæc de bonæ fidei possessore; Nam qui malâ fide possidet nihil acquirit, *d. l* 1. *C. de rei vind.* non proprietatem, *l. nemo*, & *l. per seruum* 57. *S. tit. prox.* non etiam possessionem, vt hîc. Cuius rei ratio est, quia id benignè receptum est in bonæ fidei possessore, *d. l. per seruum*, ita vt ne naturalis quidem quæratur. Nam quod dicitur *in d. l. ea quæ* possessionem nobis volentibus quæri per quemlibet, intelligendum est, nisi lex

inhibeat, & ſi capaces ſimus; nam quamuis in poſſeſsione naturali non valde interſit iuſtè an iniuſtè quis poſsideat, *l.* 3. §. *ex contrario*, I. *h. tit.* quia tamen cùm per alium quæritur, id fit iuris poteſtate, non eſt æquum malæ fidei poſſeſſorem eo frui beneficio iuris.

Quod autem dicitur *in f.* §. nos non poſſe per eum acquirere poſſeſsionem qui ab alio poſſidetur, intelligendum eſt de ciuili poſſeſſione, quatenus proficit ad vſucapiendum, vt apparet *ex l. homo liber*, §. *vlt. S. tit. prox.* Nam alioqui per eum qui ab alio poſſidetur poſſeſſionem ciuilem acquirere poſſumus, quamuis non etiam vſucapiendi conditionem, vt iam probatum eſt. Itaque *in d. l. homo liber*, §. *vlt.* non negatur poſſidere abſolutè, ſed dicitur eum non intelligi poſſidere ad vſucapiendum.

Neque obſtat *lex ſi cui*, §. *vlt. S. de liberali cauſa*, & *l. fugitiuus*, 19. *de ſolut.* I Nam longè aliud eſt ſeruum noſtrum nos non poſſidere, ita vt nec ab alio poſſideatur, & illum non poſſidere, ita vt etiam ab alio poſſideatur; Nam primo caſu plus iuris in ſeruo noſtro retinemus, vt in contrariis. Quare *in noſtro* §. ratio hæc, *quia ſeruum non poſſideo*, ſupplenda eſt ex ſpecie illius hoc modo, *& quia ab alio poſſidetur.*

Gloſſa quærit de proprietate & dominio, cui nimirum quæratur? Et ſanè quibus caſibus poſſeſſio quæritur bonæ fidei poſſeſſori, iiſdem etiam & proprietas, ſi ſeparari non poſsit à poſſeſsione exemplo procuratoris, *l. per procuratorem*, , *C. de acq. poſſeſſ. & l. ſi procurator*, 13. *S. tit. prox.* Vel etiam ſi tradens dominus non ſit, vſucapiendi conditio defertur, ex cauſa ſcilicet peculiari, non ex reliquis, procuratoris etiam exemplo, *l.* 1. *C. de acquir. poſſ.*

At cùm bonæ fidei poſſeſſori non quæratur, cui quæritur? Et videtur generaliter quæri vero domino, *l. acquiruntur*, *S. tit. prox. l. homo liber*, §. *quidquid*, *eod.* Quod tamen non eſt ita indefinitè accipiendum; Etenim *in l. ſi ſeruus*, *eod. tit.* ſi ſeruus meus ab alio poſſeſſus rem à ſe emptam accipiat, mihi domino non quærit, quamuis nec poſſeſſori. Ratio hinc petenda, quia dominium tunc transfertur per traditionem, hoc eſt, per teſsionem poſſeſsionis; quod optimè probatur *in l. qui prædium*, *C. de diſtr. pig.* quæ quidem poſſeſsio quamuis naturalis ſufficere videatur, *l. Iulianus*, §. *ex vendito*, *D. de action. empti*, tamen talis eſt, vt dominium transferat, vel vſucapiendi cauſam. At dominus eam poſſeſsionem acquirere non poteſt per ſeruum ſuum qui ab alio poſsideatur, vt S. probatum eſt; ergo nec dominium quod non tranſit abſque illa poſſeſsione.

Neque obſtat quod *in f. d. l. ſi ſeruus*, *S. tit. prox.* ille qui bonâ fide poſsidetur, ſi ſit liber homo, acquirit ſibi, cùm tamen ille poſsidere non intelligatur, *l. homo liber*, §. *vlt. eod. tit.* Nam ad vſucapiendum quidem non poſsidet, vt *in d.* §. *vlt. l. homo liber*, ciuiliter tamen poſsidet, *d. l. ſi ſeruus*, & dominium ei acquiritur iuris poteſtate, & conſeruatur in id tempus, quo liber apparuerit, vt ait Theoph. *in* §. *idem placet*, *per quas perſ. nob. acq. Inſtit.* ſicut econtra ſeruus etiam, illo tempore quo mora-

tur in libertate, domino intelligitur acquisiisse, *d. l. si cui*, §. *licet*; *S. de liber. cau.*

Sed obstat, *dictæ l. si seruus, lex cum fundus*, §. 1. *de reb. cred. S.* vbi à contrario sensu, vt rectè Glo. colligit, seruus meus ab alio possessus hominem comparatum peculii mei nomine, & sibi traditum mihi acquirit. Sed dicendum hoc speciale esse in peculio; Nam ex peculii causa etiam ignorantes possessionem quærimus per seruum nostrum ab alio possessum, *l. quidquid*, I. quod & S. expositum est. Quare nihil mirum, si & dominium nobis acquiratur per traditionem seruo factam: quod si traditio facta fuerit bonæ fidei possessori, illi acquiretur, etiamsi emptio facta fuerit nomine peculii mei; ea enim est vis traditionis, *l. traditionibus, C. de pactis.*

Obstat denique *Lex eo tempore*, §. *vlt. S. de peculio* vbi nummi traditi seruo meo qui ab alio. possidetur fiunt mei, quamuis ibi non exprimatur id esse ex causa peculii. Sed dicendum, aut id fieri iure singulari, vt alia pleraque in mutuo, *l. singularia, D. de reb. cred.* Aut potius ibi etiam agi de causa peculiari; cui argumento est & rubrica ipsa *de peculio*, & quod in illo §. detur actio de peculio creditori.

Ad §. per communem.

Hic §. satis à Glo. explicatur, cui iunge *leg. seruus communis* 5. *D. de stipul. ser. & l. seruus communis* 27. *cum l. seq. eod. tit.*

Ad §. per eum.

Cùm quæritur, an & quatenus fructuarius possideat, vel de ipso vsufructu quæritur, hoc est, iure vtendi fruendi & seruitute ipsâ, vel de re in qua vsusfructus constitutus est. Et seruitus quidem ipsa non possidetur, cùm sit incorporalis, *l. 3. in prin.* I. *h. t.* At in re quæ seruit vsusfructus nomine, maxima dubitatio est; Nam in hoc §. fructuarius possidere negatur, vt & *in l. acquiruntur*, §. *vlt. S. tit. prox. &* §. *idem placet, per quas pers. nob. acq. l. sciendum, D. qui satisd. cog.* Et possessio distinguitur ab vsufructu *in l. stipulatio ista*, 38. §. *si quis forte, de verb. oblig.* I. Hinc per retentionem vsusfructus donator censetur transferre possessionem, *l. quisquis, & l. si quis argentum*, §. *sed si quidem, C. de donat.* & fructuarius dicitur tantùm esse in possessione, siue in prædio, non autem possidere, *l. cuiuscumque*, §. 1. *S. de vsufruct. l. certè*, §. *is qui, D. de prec.* Denique vsusfructus, vt etiam vsus, magis tenetur quàm possidetur, *l.* 1. §. *quod ait Prætor*, I. *quod leg.* quod pessimè à quibusdam de seruitute accipitur, cùm de corpore in quo seruitus est intelligi debeat, etenim tolerabilius esset dicere seruitutem ipsam possideri, cùm possessio etiam iuris sit, vt & seruitus, quàm teneri, quando detentio meri facti est, &

mærè corporalis, *d. l. stipulatio ista*, 38. §. *hæc quoque*, *de verb. oblig.* ita vt seruituti quæ incorporalis est nullo modo aptari possit. Contrà verò vsufructuario datur interdictum vti possidetis, & vsusfructus possessio dicitur, *l. vlt. D. vti possid.* & qui vsum habet loco possessoris est *in l. Aquilius Regulus*, *S. de donat.* Quinimo possessio & dominium absolutè dicitur de vsufructu *in l. qui vsufructum*, *D. si vsusfr. pet.* quo tamen sensu caue ne accipias *legem vsufructu legato*, *D. de vsufr.* Nam ibi fructuarius iure dominii quidem possidet, sed non rem in qua vsumfructum habet, sed ædes vicini quas possidere iussus est, quod de damno infecto non caueretur. Denique fructuarius hoc argumento possidere probatur, quòd illi furtum fiat, quod fieri non potest nisi possessori, *l.* 1. §. *scæuola*, *D. si is qui test. lib. esse iuss. l. hæreditariæ*, *cum duab. seqq. D. de furtis.* Ergo fructuarius possidet. Quod admittendum est non modò, vt naturaliter possideat, de quo dubitari nullo modo potest; quicumque enim tenet rem vt fructuarius, *l. possessio*, I. *h. t.* naturaliter & verè is possidet, etiam seruus, aut filiusf. *d. l. stipulatio ista*, §. *hæc quoque*: sed etiam ciuiliter, non vt fructuarius propriè & absolutè possideat ciuiliter, sed quasi possideat, & qualiter qualiter, vt loquitur iurisconsultus *in l.* 3. §. *vlt.* I. *de vi arm. & l. ait Prætor*, §. *item ei*, *S. ex quib. cau. mai.* Atque ita intelligenda est lex *naturaliter*, I. *h. tit.* vt scilicet particula *naturaliter* referatur, non ad verbum *possidere*, sed ad verbum *videtur*; etenim absurdum esset dicere fructuariũ videri habere naturalem possessionem, quandoquidem illam non videatur habere, sed propriè habeat. Sensus igitur erit naturali ratione inspectâ fructuarium videri quodammodo & aliquatenus ciuiliter possidere; quod & antiquis quibusdam in mentem venit, vt ibi refert Glo. & quod optimè probatur per Theoph. *in d.* §. *idem placet*, *per quas pers. nob. acq.* Nam postquam eum Iustin. dixit fructuarium non possidere, statim subiicit, illum tamen videri possidere, si quis remotis preceptis & regulis iuris ciuilis consideret tantùm id quod oculis subiectũ est, nempe & fructuariũ rem corporaliter tenere, & vti omni ferè iure rei, emolumentum omne rei percipere, vt est *in l. Mæuius*, §. *fundo*, *S. de leg.* 2. Et hoc nimirum est quod vult Papin. *in l. possessio*, I. *h. t.* dum confirmat regulam nostri §. & fructuarium acquirere possessionem per seruum, cùm & naturaliter, inquit, à fructuario teneatur, & plurimum ex iure possessio mutuetur, quasi dicat possessionem quidem ciuilem duplici ratione constare, corpore nempe & iure, *l. nemo*, *C. h. tit.* sed & vtramque rationem illam in fructuario quadamtenus apparere, cùm & corpore rem teneat. Et multum iuris in re sibi vindicet, ita vt plerumque vsusfructus pars dominii esse dicatur, *l. vsusfructus*, *S. de vsufr.* vt nihil mirum sit si per seruum fructuarium nobis possessio quæratur: quamquam illum non propriè ciuiliter possideamus; nam nec filium, vt est in nostro §. quem tamen aliquatenus etiam ciuiliter possidere videmur, cùm & illum vindicare possimus, adiectâ causâ ex iure Quiritum, *l.* 1. §. 1. *S. de rei vindic.*

Denique quod dicitur *in noſtro* §. *ſicut ex operis ſuis* præbet occaſionem argumenti, quod maximè impugnare videtur *dictam leg. poſſeſſio, & d.* §. *idem placet*, vbi ſeruus poſſeſsionem acquirit fructuario & bonæ fidei poſſeſſori ex re eorum aut ex operis ſuis. Sic autem concipi poteſt argumentum. Ex operis ſerui fructuario poſſeſsio quæritur. At omnis poſſeſsio ex operis ſerui eſt. Ergo omnis poſſeſsio ex quacumque cauſa fructuario acquiretur. Aſſumptio probatur; quia poſſeſsio in facto & in actu corporis præcipuè conſiſtit. Verùm dici probabiliter poteſt apprehenſionem poſſeſsionis non eſſe in opera ſerui, cùm minima & ferè nulla opera poſsit apprehendi etiam ſine actu corporis, §. *ſi iuſſerim*, I. *hac noſtra l.* & ab infante quidem, *l. quamuis* 32. §. *infans*, I. *eod.* & operas propriè ſignificare diurnum officium, & conſiſtere, vel in artificio, vel in officio, id eſt, obſequio & labore aliquo corporis, *l.* 1. *l. fabriles, & l. operæ, D. de oper. libert.* Et quamuis admittamus operam eſſe aliquam ea in re, non tamen poſſeſsio ciuilis ex ſola illa opera conſtat, aut pendet, ſed etiam ex iure ex quo poſſeſsio proficiſcitur, *d. l. nemo, C. h.t. & l. nunquam* 31. *S. tit. prox.*

Verùm adhuc obſtat quod *in noſtro* §. ratio ex eo ſumatur quod ex operis ſerui fructuario quæratur. Obſtat etiam §. *per procuratorem*, I. *hac l. & lex per ſeruum, S. de vſu & hab.* vbi apprehenſio poſſeſsionis in operis procuratoris & ſerui eſſe dicitur. Sed de eo videndum eſt.

Ad §. *Cæterum, Et* §. *Pupillus.*

Ad horum §§. interpretationem huc accerſenda ſunt quæ diſſeruimus antea de furioſo & pupillo *in* §. 1. & quod dicitur *in* §. *pupillo* de ſeruo impubere intelligendum eſt de eo qui aliquem rei intellectum capiat, quamtumuis tenuem, vt expoſuimus, *d. S.* 1.

Ad §. *Per ſeruum qui in fuga ſit.*

Rerum mobilium poſſeſsio vnà cum cuſtodia amittitur, *l.* 3. § *Nerua filius*, I. quod etiam de rebus ſoli ſummo iure dicendum eſſet, niſi vtilitas aliud extorſiſſet, vt ante probauimus *ex l. ſi id quod*, §. *vlt.* I. quæ etiam vtilitas idem extorſit in ſeruo, *d.* §. *Nerua filius, l. Pomponius, & l. ſi rem mobilem*, I. *h. tit.* Itaque ſi ſeruum tibi commodarem, & tu eius cuſtodiam omiſeris, nihilominus poſſeſsionem retineo, nempe propoſito ipſius ſerui, ſi animum redeundi habeat, vt ait Papin. *in d. l. ſi rem mobilem.* Ex quo à contrario licet intelligere, me non retinere poſſeſsionem ſerui, ſi ille animum redeundi non habeat; quod & verum eſt ſtrictâ iuris ratione: Ex quo etiam ſequitur, me non verè nec propriè poſsidere ſeruum fugitiuum, quod optimè probatur *ex l. ſi cui* §. *vlt. S. de liber. cauſa*, vbi argumentum ducitur à fugitiuo ad eum qui pro

libertate

libertate liberale iudicium susceptit contra dominum, qui interim talem seruum ibi possidere negatur. Hinc est, quod iurisconsulti vt plurimùm dicant, dominum videri possidere seruum fugitiuum, videri, inquam, ergo non propriè possidere, *l. Pomponius, l. h. t. l. serui & filii, §. vlt. de furt.* Veruntamen vtilitas id suasit, imò extorsit, vt dixi, vt seruum fugitiuum dominus possidere intelligatur: Neque vlla alia ratio certa est, nisi sola vtilitatis causa, ne in potestate serui sit dominum afficere suæ possessionis damno, *d. l. Pomponius, & l. 1. C. de ser. fug.* Itaque quod dicitur *in l. rem quæ*, I. color potius iuris est quàm ratio, cùm iurisconsultus ait seruum neque sui, neque aliarum rerum possessionem domino interuertere posse, quia per eum possessio Domino acquiri debeat; quasi absurdum sit, per eum nobis possessionem adimi, per quem iure constitutum est, vt debeat acquiri: Non est, inquam, ratio certa; nam neque nobis seruus possessionem acquirit nisi volens, §. *hæc quæ, S. hac l.* Ergo nec summo iure per eum retineri potest possessio nisi volentem, quod de fugitiuo dici non potest. Quare, quod dicitur *in fine nostri* §. nos per fugitiuum possidere perinde atque per eos seruos qui in Prouincia sunt, accipiendum est pro exemplo, non pro ratione; nam longè diuersa ratio in illis quàm in fugitiuo, cùm illi intelligantur habere propositum redeundi, *d. l. si rem mobilem*, I. *hoc tit.*

Itaque definiamus nos retinere possessionem serui fugitiui animo scilicet nostro, vt ait Paulus 4. sent. tit. vlt. siue affectu nostro, vt est *in d. l. serui & filii, §. vlt. de furt.* I. vtilitatis scilicet ratione, quod quidem Nerua filius admittebat *in nostro* §. ad causam vsucapionis scilicet ipsius serui, vt illius iam cœpta vsucapio impleretur, etiam illo in fuga existente. Sed quia videbat id contra iuris rationem receptum, volebat produci ad consequentias: & hoc est quod ex eius sententia disseritur *in nostro* §. vsque ad versiculum, possessionem. Verùm contraria Iul. & Cassii sententia inualuit, vt non modò ipsum seruum ad eius vsucapionem possidere videamur, quod etiam dicitur *in l. si à bonæ fidei, S. de rei vind.* sed etiam ad omnem causam, vt per eum etiam possidere intelligamur, vt est *in §. nostro, & l. per eum, §. vlt.* I. *d. l. si cui, in fine S. de liber. cau.*

Sed huius regulæ duplex est exceptio. Nam si seruus fugitiuus ab alio possideatur, iam à domino non possidetur, vt est *in §. sed & per eum, S. hac nostra l. & l. si is qui, §. si seruus*, I. *de vsurp.* vbi etiam alia proponitur exceptio, si seruus diu in libertate moratus de suo statu paratus sit aduersus dominum suscipere liberale iudicium: quod etiam probatur, *l. 3. §. si seruus, & l. per eum, in fine*, I. Atque de vtraque hac exceptione intelligendum est quod dicitur *in fine leg. homo liber, S. tit. prox.* dominum non vsucapere per seruum qui sit in fuga quem non possidet.

Sed obstat *lex si cui, §. licet, S. de liber. cau.* vbi possessio quæritur domino, etiam illo tempore quo seruum non possidebat, ordinatâ

nempe liberali eàusâ. Sed hoc ita est accipiendum, vt pendeat interim possessio, quod & aliis casibus accidit etiam in dominio, *l. arboribus*, §. *de illo*, *S. de vsufructu*. Vt interim quidem lite pendente domino non acquiratur possessio, cùm nec seruum possidere intelligatur : Sed lite secundum dominum finitâ, tunc retroactâ potestate sententiæ, domino censetur acquisita medii temporis possessio ; hoc enim ex euentu pendere dicitur, sententiæ nempe, & iudicii *in l. ordinata, eod. tit.* Cui simile est, quod antea diximus de vsucapione, quæ procedit iacente hereditate ; quæ nostra sententia apertissimè confirmatur *ex l. si ex re domini*, §. *illud*, I. *de stipulatione ser.* Ex quo apparet differentiam magnam esse inter superiores duos casus quos à regula excepimus. Nam in secundo possessio interim quidem domino non quæritur, hoc est pendet, sed deinde tamen ei acquisita intelligitur, si iudicatum sit eum esse dominum ; Atque hoc etiam indicat *d. lex si cui*, §. *vlt.* dum adiicit hanc conditionem, *si certum sit eum seruum esse*, quia id certum esse non potest nisi post sententiam. At primo casu excepto nullomodo quæritur possessio illi cuius seruus in fuga est, scilicet cùm ab alio possidetur ; imò & ipsius serui cœpta vsucapio interrumpitur, vt in nostro §. Sed obstat præterea & maximè quidem *lex serui & filii*, §. *vlt.* I. *de furtis*, vbi possidere videmur seruum qui in fugâ est tantùm ad vsucapionem, idque ex Iul. sententiâ, cuius tamen contraria refertur *in nostro* §. & ita quidem possidere, vt vsucapio nostra vsurpari non videatur, etiamsi seruus ab alio possideatur.

Sed vt hic nodus difficillimus faciliùs dissoluatur, proponenda est species illius §. quæ malè constituitur à Glossa, dum existimat eum de cuius seruo quæritur, non esse dominum, sed bonæ fidei possessorem, in quo maximam vim constituit, quamuis ad hanc causam nihil prorsus interest : sed iurisconsultus tamen disertè & sæpius eum dominum appellat. Itaque constituamus seruum stichum, cùm à domino suo aufugisset, illi furtum commisisse, interim scilicet dum adhuc esset in fugâ, neque ab aliquo possideretur, quod verba vltima §. innuunt, dum ait, *qui in fuga fuit*, deinde verò peruenisse in potestatem cuiusdam qui eum bonâ fide possidebat. Quæritur, an domino competat furti actio contra bonæ fidei possessorem ? Ratio dubitandi, quia seruus domino suo furtum non facit propriè, hoc est, vt ex eo nascatur actio, vt est *in prin. d. l. serui & filii, & l. rem quæ*, I. *h. t. & in l. non solum*, §. *vlt.* I. *tit. prox.* Nihilominus definit I. C. dari actionem contra bonæ fidei possessorem, quia scilicet hoc casu, cùm dominus seruum suum non habeat in potestate, pro alieno quodammodo habetur, quod probat argumento, quia si interim furtum alteri committit, non datur actio de eo contra dominum. Sed deinde I. C. aliam dubitandi rationem affert, nempe, quòd non possit domino competere furti actio, cùm certum sit nos seruum possidere iuris intellectu, etiam quamdiu in fuga est, possidere, inquam, ciuiliter, hoc

est ad vsucapionem, etiamsi is cuius seruus in fugâ est non sit dominus, sed bonæ fidei possessor; verbum enim, *possidere*, generaliter enunciatum, sic plerumque accipitur, *l. qui pignoris*, I. Sed huic obiectioni respondet I. C. hoc modo, vt quamuis ad vsucapionem videamur possidere seruum qui in fuga est, ad vsucapionem, inquam, ipsius serui implendam, hoc tamen nobis tantùm proficiat, id est, vt ea possessio quæ causâ nostri comparata est, nobis tantùm proficiat non alteri, nec retorqueri possit contra nostrum commodum, cùm vtilitatis nostræ causâ sit concessa, sicque articulus taxatiuus, *tantùm*, referendus est, non ad verbum, *possidere*, sed ad verbum, *proficere*, & quod hîc mentio fit vsucapionis, id non fit ad excludendam acquisitionem, quæ nobis per seruum fieri potest ex Iul. sententia *in nostro* §. sed vt responsio aptetur obiectioni, & quia *in illo* §. quæritur tantùm de possessione corporis ipsius serui, non de possessione per seruum quærenda.

Obstat præterea *lex si seruus, de publicia. S.* sed breuiter dicendum non ibi negari acquiri per seruum fugitiuum ciuilem possessionem: Sed hunc sensum esse, vt si quid ei traditum sit, domino publiciana competat, quamuis per eum seruum possessionem nactus non sit, nempe corporalem, vt ibi rectè Glo. id est, quamuis dominus non apprehenderit, neque attigerit rem seruo traditam, vt similiter dicitur, *l. quod meo*, §. *vlt.* I. *h. tit.*

Denique obstat quod seruus fugitiuus furtum faciat, *l. ancilla*, I. *de furt.* Ergo & possessionem sui domino auferat, *l. rem quæ* I. *h. tit.* Sed vno verbo dicendum, furtum quidem sui facere, vt impediatur hoc vitio ex lege Atinia eius serui ab alio præscriptio aut vsucapio, *l.* 1. *C. de ser. fug.* non vt domino interuertat sui possessionem, *d. l. non solum*, I. *tit. prox.*

Cœterùm probatio quorumdam ex superioribus sic est emendanda, vt dicamus nos non propriè possidere eum qui sit in fuga, sed videri possidere, *l. Pomponius, l. rem quæ*, I. *h. t. d. l. serui & filii*, vt animo possessionem retineamus, *d. l. arboribus*, §. *de illo.* Ex quo obiter notandum est ad superiorem §. infantis nullas esse operas, & ita possidere, vt per eum possideamus, vt *in nostro*, §. *& in l. per eum in fine t. & d. l. si cui in fine*, nisi ab alio possideatur, §. *sed per eum S. l. si is qui*, §. *si seruus* I. *de vsucap. d. l. per eum*, I. *h. t. & d.* §. *de illo, l. arboribus, de vsufr.*

Ad §^um^ *per seruum corporaliter.*

Creditor pignus quod accepit possidet, *l. per seruum* 37. *S. tit. prox. l. serui nomine*, I. *de vsurp. l. cum & sortis*, §. *vlt. l. si pignus*, *D. de pigner. act. & l. qui pignoris*, I. *h. t.* Et Glo. quidem existimat *in l. cum notissimi*, §. *sed cum illud*, *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annorum*, creditorem ciuiliter & naturaliter possidere, vt & *in l.* 1. *D. de pign. act.* in verbo, *traditum est*,

cuius rationes satis leues refutatione non egent, quando I. C. apertè dicat creditorem possidere corporaliter, *l. 40. debitor, §. vlt. de pign. act. & l. 3. in f. D. ad exhib.* Cuius quidem naturalis possessio quamuis iusta sit, vt pote coniuncta cum domini voluntate, tamen non est ciuilis, quia non tenetur animo & opinione domini, *l. si seruus depositus, §. 1. S. de nox. act. l. quæcumque §. interdum, S. de publicia.* Creditor enim non possidet pro suo, quod requiritur in ciuili possessione, sed pro alieno; Ideoque non vsucapit, *l. pignori, I. de vsurp.* Verè tamen & naturaliter possidet, etiamsi pignus locauerit, aut precariò concesserit ipsi debitori; nam & tunc possidet per debitorem, *d. l. cum & sortis, §. vlt. & d. l. si pignus, de pigner. act. l. legata, §. vlt. S. de supell. leg.* Quare & furti actio creditori datur, *l. hereditariæ, cum duabus seqq.* I. *de furt.* quæ tamen non datur nisi possessori, *l. 1. §. Scæuola, I. si is qui test. lib. esse iuss.* Etenim quod dicitur *in l. sciendum, §. creditor, S. qui satisdare cog.* creditorem etsi possessionem habeat, possessorem tamen non esse, pro ratione subiectæ materiæ intelligendum est, vt quamuis reuerâ sit possessor, tamen non habeatur pro possessore, cùm agitur de satisdatione iudicio sisti. At debitor ad vnam tantùm causam possidet, nempe vt cœptam vsucapionem impleat, vt *in nostro §. & in d. l. serui nomine, I. de vsurp.* In qua extra eam causam creditor ad omnem aliam intelligitur possidere, adeo vt adiici per accessionem illi possit debitoris possessio, *l. de accessionibus, I. de diuer. & temp. except.* sic enim accipienda sunt vltima verba *d. l. serui nomine*, vbi vulgò est, *addici*, pro, *adiici*, vel, *adici*, vt *in Pand. Flor.* Quare, quod est *in l. qui pignoris*, I. generaliter dictum, debitorem intelligi possidere, id referendum est ad solam vsucapionis causam, vt statim ibi subiicitur, Et *in d. l. cùm notissimi, §. sed cùm illud*, debitor dicitur possidere, quia ibi agitur de vsucapione: Ex quo sequitur debitori non acquiri possessionem per seruum quem pignori tradidit, cùm illum non possideat, *§. sed & per eum S.* nisi ad solam causam vsucapiendi. Sed neque creditori possessio acquiritur. Ratio duplex, quia vt ex re aliena nobis quidquam quæratur, concessum est tantùm bonæ fidei possessori, nempe qui opinione domini possideat, *l. per seruum 57. S. tit. prox.* Alia ratio est, quia pignus hac tantùm de causâ constituitur, propter contractus fidem ad restituendæ rei vinculum, ita vt creditor quamuis pignus acceptum possideat, pignore tamen vti non possit, nisi permittente debitore, *l. legata, in f. S. de supell. leg.* Ergo operis serui pignoratitij non vtetur creditor, & consequenter non acquiret possessionem per eum, quia eo facto vteretur operâ eius, *l. per seruum, S. de vsu & habit.* Hinc etiam sequitur, vt dominium creditor per eum sibi non acquirat, sed acquireretur debitori, vt probatur *in l. 1. C. de pigner. act.*

Ad §. Veteres.

Proponitur hoc §. regula iuris antiqui, quâ dicitur per hereditarium seruum heredi nihil quod sit eiusdem hereditatis acquiri posse, non ipsam hereditatem, partémue illius, non proprietatem, aut possessionem rerum singularum hereditatis, *l. per hereditarium, S. tit. prox. l. heres per seruum, S. de acquir. hered. l. qui absenti, §. vlt. l. h. tit.* Et hanc regulam Glossa intelligit tantùm, quando iacet hereditas, quia tunc seruus propriè hereditarius est: aditâ verò hereditate, non iam hereditarius, sed heredis: quod apertiùs explicat *in d. l. heres.* Verùm hæc ratio satis infirma; nam hereditarius rectè dicitur, qui antea hereditarius fuit, *l. insula in f. S. tit. prox.* Et regulam etiam locum habere post aditam hereditatem optimè probatur *in d. l. qui absenti*, l. illis verbis, *iure hereditario*, ex quibus intelligimus regulam locum habere in seruo qui ad nos peruenit iure hereditario. Quod etiam probatur ex specie *illius §.* in quo hereditas procul dubio adita fuerat, & serui possessio apprehensa: quod cùm Glossa ibi animaduertat omnino pugnare cum sua sententia, commiscitur seruum illic traditum fuisse indebitè, non adhuc aditâ hereditate. Sed contextus omnino Glossæ repugnat, cùm in eo dicitur, actionem ex empto ad heredem peruenisse, quod esse non potuit nisi aditâ hereditate. Quinimo, & *ex illo §.* probatur regulam locum habere etiam cùm aditâ hereditate heres adeptus est serui possessionem; nam ibi ratio dubitandi ex eo sumitur, non vtrùm adita sit hereditas, sed an seruus iure hereditario, an alio peruenerit ad heredem. Id etiam probatur *ex l. prædia*, I. *eod.* Nam certum est, regulam locum non habere in seruo donato, & tamen *in illa l.* à contrario intelligitur per seruum donatum, cuius quis possessionem adeptus nondum sit, non posse acquiri possessionem. Ergo quod de hereditario in regulâ dicitur, intelligi debet & aditâ hereditate, & apprehensâ ipsius serui possessione. Neque regulæ obstat *d. lex qui absenti, §. vlt.* I. nam quamuis seruus proficiscatur ex contractu inito à defuncto, hereditarius tamen non censetur, quia heredi traditus est, & consequenter vi traditionis illi quæsitus, *l. traditionibus, C. de pactis.* Et quod Glo. *in eo §.* animaduertit in verbo, *ex testamento*, nempe seruum legatum defuncto, quamuis illi non traditum, hereditarium tamen esse, *l. à Titio*, I. *de furt.* hoc referri potest, vel ad seruum alienum legatum, vt vult Glo. vel etiam ad species illas legatorum antiquas, quibus non transferebatur statim in legatarium dominium, quod & innuunt hæc verba *§. testatori debitus*; nam si translatum fuisset dominium, iam non esset testatori debitus, sed testatoris. Regula autem locum non habet in seruis donatis; nam si plures donati sunt, per vnum ex ipsis, cuius possessionem sit adeptus donatarius, potest sibi aliorum possessionem acquirere, *d. l. prædia*, I. *h. tit. & in*

hoc §. Sed dicet aliquis frustra hoc quæri de seruis donatis ; Etenim hoc iure, & ante *l. si quis argentum, C. de donat.* non constitit donatio, nisi traditione secutâ, *l. absenti, S. de donat. l. quædam, S. de rei vind.* Quare frustra quæri videtur de adipiscenda possessione seruorum donatorum, cùm donati non possint intelligi, nisi & traditi. Sed hoc animaduertendum est, & summè notandum *ex d. l. prædia*, traditionem quidem necessariam esse in donatione, verùm illam absenti fieri posse, si quis per epistolam, aut nuntium mittat se tradidisse possessionem rei donatæ : quæ verba Glo. pessimè accipit *in d. l. prædia.* Satis est enim si donator possessione cedat, vt *in* §. *si vir vxori, S. hac l.* vt deinde liberum sit donatario possessionem apprehendere ex donatione.

Non etiam locum habet regula in seruis emptis aut verò legatis ; nam tunc per vnum cæteri possideri possunt, vt dicitur *in nostro* §. Neque obest quod Glo. obiicit in seruis legatis *ex d. l. à Titio,* I. *de furt.* Nam hîc agitur non de proprietate, sed de possessione, quæ Glo. obiectio referenda est *ad d.* §. *vlt. l. qui absenti,* I. *h. tit.*

Sed videtur obstare regulæ, quod illa concepta sit de iis tantùm rebus quæ sunt hæreditatis. At possessio non est hereditatis, *l.* 1. §. *Scæuola,* I. *si is qui test. lib. esse iuss. erit.* Dicendum est possessionem quidem hereditatis propriè non esse, verumtamen qualiter qualiter esse, vt loquitur *lex veri, S. de acquir. hered.* id est, aliquatenus esse, ideoque & in possessione regulam locum habere.

Præterea regula locum non habet in seruo prælegato heredi ex parte instituto. Nam quamuis seruus hic partim hereditarius sit, & partim legatus, *l. eum qui,* §, *vlt. S. de iis quæ vt indig. auser.* tamen per eum res hereditaria acquiri potest propter illam partem, quæ non hereditario, sed legati iure percipitur. Quod etiam dicitur de seruo mihi communi cum defuncto, qui seruus ab eo sit institutus heres.

Cæterùm ratio regulæ, quamdiu iacet hereditas, hæc esse potest, quia interim heres extraneus est, *l. si ex re domini,* §. *illud,* I. *de stip. seruor.* Neque obstat, si dicas per seruum alienum possessionem extraneo acquiri posse, si seruus à nemine possideatur, *l. si me in vacuam, in fine,* I. *h. tit.* quod dici potest de hereditario seruo, cùm hereditas iacens non possideat, *d. l.* 1. §. *Scæuola,* nam quod est *in fine d. l. si me in vacuam,* ita est intelligendum, quando seruus in libertate moratur ; alioquî enim non potest intelligi à nemine possideri. Et hoc probatur *in l. nunquam,* 31. §. *seruus,* I. *tit. prox.* quod de hereditario seruo dici non potest, cùm & eius qualis qualis possessio in hereditate sit, *d. l. veri, S. de acquir. vel omitt. hered.*

Non etiam obstat, si dicas, heredem non videri extraneum etiam iacente hereditate, quia tempus aditionis coniungitur cum tempore mortis, *d. l. si ex re domini,* §. *illud,* nam hoc locum habet in iis quæ extra hereditatem quæruntur, cùm in rebus hereditariis frustra ea

fictio adhiberetur. Si enim fingamus illas fuisse heredis à tempore mortis, retroactâ aditione, non est quod iam disputetur, an illi quæri possint per seruum hereditarium; quod enim nostrum est, amplius nostrum esse non potest, §. *sic itaque discretis, de action. apud Iustin.*

Sed rursus instabis hoc quidem locum habere in proprietate, verùm eam fictionem vtilem esse posse in possessione, quando ne aditâ quidem hereditate heres intelligatur habere possessionem, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cùm heredes*, I. At dicendum, vt aliquid heredi quæratur per eam fictionem, necesse esse hereditati quæri, & deinde per eam heredi, vt *in princ. de stipul. ser. Instit. l.* 1. §. *quoties*, I. *de furt.* At possessio hereditati quæri non potest, §. *Scæuola*, *l.* 1. *S. si is qui test. lib. esse iuss.* Deinde vt per seruum iustè quæratur, necesse est possessionem illi tradi ab aliquo, aut quasi tradi. Nam si seruus dum iacet hereditas, vltrò & propriâ auctoritate rei hereditariæ possessionem apprehendat, quasi furtum committit & expilat hereditatem; quod idem dicendum est quamuis heredis iussus intercedat, cùm interim extraneus sit, vt diximus.

Secundo verò casu, nempe cùm adita quidem hereditas est, nullius autem rei possessio apprehensa; ratio regulæ hæc esse potest, quod absurdum videatur heredem per eum seruum possessionem acquirere quem nullo modo possideat, neque possederit vnquam.

Neque obstat quod dicitur *in fine* §. *per eum*, *S.* Nam ibi ostendimus nos aliquatenus possidere seruum fructuarium & filiumfam. & omnino necesse est, vt eum aliquatenus possideamus, per quem possidere volumus, excepto procuratore, in quo ius est singulare, quod probatur *d. l. cum heredes*, *in fin. & l. prædia*, I. *h. tit.* & dicetur *sequenti* §.

At in tertio casu, quando hereditas adita est, & possessio huius serui hereditarii apprehensa, dificillimum est regulæ assignare rationem, quare per eum seruum qui heredis proprius sit, & quem possideat, acquirere non possit res hereditarias. Nam vix satisfaciet ratio Glo. quam dilucidiùs explicat *in d. l. heres per seruum*, *S. de acq. hered.* Non etiam illa quam affert *in l. quod per manus*, *S. de iure codicil.* Et existimarim nullam afferri posse hoc casu rationem, nisi quod ita putauerint veteres, vt hîc loquitur I. C. quibus verbis tacitè innuit, nullam esse illius regulæ rationem. Itaque hîc maximè sibi locum vindicat *l. non omnium*, *S. de legib.* Neque verò vllius rationis vestigium proditur à iurisconsultis illis locis, quibus hanc regulam proponunt. Et præterea quantum fieri potest eam coarctant & restringunt, vt vel ex eo intelligamus receptam esse contra iuris rationem, *l. quod verò*, *S. de legib.*

Ad §. *Hæc quæ.*

Ex hoc hæc primùm regula notanda: Per seruos ita demum

acquiri nobis possessionem, si & ipsi velint eam nobis acquirere, vt *in hoc* §. *& l. seruus alienus, l. de stipul. seru.* Alioqui enim non est necesse, vt seruus nomine domini dicat se acquirere. Nam quod dicitur *in l. si me in vacuam, in fin.* I. referendum est ad seruum alienum; proprius enim domini nomine intelligitur semper acquirere, nisi alieno expressè acquirat.

Secundò notandum, seruum extraneo acquirere non posse. Neque enim hîc dicitur Titio acquiri, sed domino non acquiri, vt & *d. l. seruus alienus.* Et hoc probatur *in d. l. si ex re domini*, §. *vlt.* I. *de stip. ser.* vbi seruus extraneo non acquirit. Item *in d. l. si me in vacuam, in fin.* vbi per extraneum seruum duobus tantùm casibus quæritur, cùm ab extraneo possidetur vel eum à nemine possidetur. Item *in l. cùm heredes, in fin.* I. vbi per eum possidere non possumus quem ciuiliter non habemus in potestate. Item *ex* §. *sed & per eum S.* Nam si dominus ibi possidere non potest per seruum proprium qui ab alio possidetur, multò minus poterit extraneus per eum seruum qui à domino possideatur. Denique probatur *ex superioribus* §. in quibus per seruum ita demum quærimus, si is vel noster sit, vel bonâ fide possideatur à nobis, vel in eo vsumfructum habeamus: Et hoc summè notandum, nam in eo non modò Glo. sed & viri doctissimi hîc hallucinantur.

Neque obest *lex ea quæ S. tit. prox.* Nam quod ibi dicitur, *per quemlibet*, Glo. rectè interpretatur, hoc est, etsi in nostra potestate non sit, vt & per liberam personam possessionem nobis acquiri intelligamus.

Denique non obstat quod Glo. affert *ex l. qui mihi S. de donati. & l. per seruum* 37. §. *vlt. S. tit. prox.* nam illæ loquuntur de proprietate in qua transferenda tradentis mens spectatur potius quam accipientis. At in possessione aliud est, cùm magis pendeat ab apprehensione quàm à traditione. Neque obest, quod in contrariis locis de procuratore fiat etiam mentio, per quem tamen proprietas non quæritur; *l. si ego, S. de neg. gest.* Nam verum est non acquiri directò & per se, sed acquiritur tamen per consequentias possessionis, vt S. dictum est; eòque sensu de procuratore illis locis agitur.

Ad §. *per procuratorem.*

Regula huius §. hæc est: Per liberam etiam personam possessionem nobis acquiri posse, quod Vlp. *in l. solutum*; §. *vlt. S. de pign. act.* tribuit constitutioni Imperatoris sui; quibus verbis ille Antoninum Caracallam intelligit, quamquam & sub Alexandro maximè floruerit. Id verò obseruari potest *ex l.* 1. §. 1. *tit.* 16. *lib.* 38. *D. l.* 3. *& l.* 32. *tit.* 1. *lib.* 24. *& l.* 30. *tit.* 5. *lib.* 40. & ex aliis plerisque locis. At Iustinianus hanc constitutionem Seuero tribuit *in* §. *his itaque, per quas pers. nob. acq.* Et vterque eandem constitutionem intelligit, nempe *leg.* 1. *C. de acquir. &*

ret,

ret. poss. quæ est Seueri simul & Antonini. Atque hoc certissimum argumentum est, vitiosam esse subscriptionem illius legis; nam Consules qui ibi nominantur sub Alexandro consulatum gesserunt.

Sensus verò huius regulæ hic traditur ab Vlp. *d. l. vlt.* vt non quidem obligatio, aut ius quærendæ possessionis nobis acquiratur per liberam personam, sed vt per eam eiusque operâ & ministerio liceat nobis possessionem apprehendere. Ex quo intelligitur Glo. malè accipere, *l. multum, & l. cum per eos, C. si quis alt. vel sibi*; dum generaliter definit procuratorem debere in sua persona & suo nomine contractum concipere, non posse vtiliter nomine mandatoris contrahere. Nam hoc quidem verum est, cùm traditio non fit statim in ipso contractu, quia procurator alteri obligationem quærere non potest *d. §. vlt. leg. solutum, & d. l. multa; cum l. seq.* sed si traditio statim fiat, potest & debet procurator nomine mandatoris contrahere, vt videre est *in l. si procurator, S. tit. prox.* nam procurator rectè potest illi acquirere possessionem & per eam dominium, si id agatur.

Ratio verò huius regulæ nulla alia assignatur quàm vtilitatis causa *in l. 8. C. de acquir. poss.* vtilitas autem in eo versatur, vt cùm rebus nostris sæpe superesse nequeamus, eas per alios administremus *l. 1. S. de procur.* Hoc autem maximè incommodum eueniret, nisi per procuratorem possessio acquireretur, vt illa vacua remaneret, quoties procuratori traderetur, quia procurator non habeat animum possidendi & qui tradit possessionem dimittat & cedat, vt dicitur *in nostro* §. Neque repugnat, vt Glo. existimat, *l. quod meo*, §. *si furioso*, I. vbi vacua possessio remanet. Nam nullo modo hoc absurdum est aut iuri contrarium, vt Glo. scribit, sed est inutile & incommodum expediendis negotiis. Itaque *in eo* §. *si furioso*, nullum remedium huic incommodo affertur, quia casus *illius* §. non adeo frequens. At quia casus *nostri* §. frequentissimus est, idcirco in eo huic incommodo remedium quæsitum est, vtilitate ita exigente. Sed *in d. l. 1. C. eod. tit.* id dicitur receptum & vtilitatis ratione, & iurisprudentiâ; quæ vltima verba Glo. refert ad vulgatam regulam: *quod quis per alium, &c.* Quæ ratio omnino inepta, alioqui & per eam dē regulam sequeretur, alteri licere stipulari, quod omninò absurdum est. Itaque nulla alia succurrit iurisprudentiæ ratio, nisi fortè illa sit quæ affertur *in l. ea quæ, S. tit. prox.* nempe, quia possessio naturaliter quæratur, sicque per quemlibet nostræ potestati non subiectum acquiri possit. Vel etiam vltima illa verba sic accipi possunt, vt dicamus significari, non certam aliquam iuris rationem, quando hoc receptum sit iure singulari, sed Iurisprudentum auctoritate id etiam fuisse admissum vtilitatis causâ ante ipsam Seueri & Antonini constitutionem, quod maximè verisimile est, & verba constitutionis innuunt, non ius nouum introduci, sed potius constitui, hoc est constabiliri & confirmari, quod antea receptum esset iurisprudentiâ, id est, à iuris auctoribus.

Ratio autem quare generaliter per liberam personam nobis non quæratur hæc est, nempe quòd acquisitio per alium effectus est potestatis quam in eum habemus, vt de possessione dicitur *in l. cùm heredes, in fin. I. h. tit.* Possumus tamen vti ministerio, operâ, & officio liberæ personæ; neque tamen idcirco nobis acquiretur per liberam personam, vt videre est *in l. & licet, iunctâ Glo. S. de constit. pec.* Quare quod dicitur *in nostro* §. procuratorem operam nobis suam accommodare, siue præbere ministerium *in l. quod meo*, §. *procurator*, I. ita accipiendum est, vt etiam per eum tunc nobis acquiratur. Hæc est enim regulæ generalis exceptio, vtilitatis causâ recepta, vt & Paulus docet 5. sent. tit. de vsuc. vnde sequitur hoc casu, corpore liberæ personæ nobis acquiri possessionem, quod & de colono dicitur, *l. 3. §. quod si seruus*, I. qui tamen & liber esse potest. Sola autem possessio nobis per liberum hominem quæri potest, sed nihil præterea, vt est apud eundem Paulum ibid. *& l. 1. C. per quas pers. nob. acquir. & §. ex his itaque, eod. tit. apud Iust.* Tamen per consequentias ipsius possessionis dominium quoque transfertur, cùm ab ea separari non potest *l. 8. C. de acquir. poss.* hoc est, cùm id agitur, vt dominium quoque transferatur, vt in emptionibus, donationibus, & similibus. Neque obstat, quod plerisque in locis dominium dicatur acquiri per procuratorem, nullâ mentione factâ possessionis, vt *d. l. si procurator, S. tit. prox. l. si sponsus in prin. S. de donat. int. vir. & vx. l. fin. C. si quis alteri vel sibi.* Nam hoc semper intelligendum est, non vt principaliter & per se dominium per procuratorem acquiratur, sed per consequentias ipsius possessionis; nam & illis locis traditionis fit mentio, quæ nihil aliud quàm cessio possessionis.

Sed videtur nullo modo posse acquiri dominium per procuratorem, nisi & ipse rem nobis tradiderit *l. res, S. tit. prox. & l. 2. C. de iis qui à non dominis man. sunt.* Verùm rectè Glo. ait illas leges tunc demum locum habere, cùm res tradita non est nomine mandatoris.

Cœterùm quod dicitur *in l. 1. C. de acq. poss. & in d. §. ex his itaque*, ignoranti possessionem acquiri per procuratorem, vt & dominium, *d. l. si procurator, S. tit. prox.* ita est intelligendum, vt non sit necesse mandatorem scire apprehensam esse possessionem, necesse tamen est præcessisse illius mandatū, *l. communis, §. vlt. S.* quod & in dominio locum habet *l. si ego, S. de negot. gest.* quamuis in seruis nostris id necesse non sit, vt diximus *in §. sed & per eum, S.* quia illi iuris potestate etiam inuitis nobis acquirunt. At in procuratore si non præcesserit mandatum, necessaria est domini ratihabitio tam in possessione *d. l. communis, §. vlt.* I. quàm in proprietate, *d. l. si ego, S. de neg. gest.* In qua agitur quidem de vero procuratore, sed qui tamen sponte vltra mandatum aliquid gesserit, vt *in d. §. vlt. leg. communis*, I. Et hoc est quod Paulus vult loco iam citato, absente domino, idest mandatore, possessionem comparatam illi quæri, si ei grata sit, absente, inquam, id est omnino ignorante, ita vt ne mandatum quidem dederit.

Denique vt intelligatur, an procuratoris voluntas sit necessaria, an tradentis, aut vtriusque, breuiter distinguendum. Nam in dominio acquirendo desideratur potissimùm mens tradentis, neque contraria voluntas procuratoris nocet, *l. qui mihi, S. de donat. & d. l. vlt. C. si quis alteri vel sibi.* Ex quo intelligitur solam voluntatem procuratoris non sufficere, si contraria sit tradentis voluntas, quamquam Glo. hîc contra sentiat. At in possessione procuratoris mens & voluntas omnino necessaria est, non tradentis, vt etiam de seruis dicitur *in* §. *hæc quæ, S.* Ratio differentiæ est, quia dominii translatio pendet à traditione, possessionis verò acquisitio ab apprehensione. Qua de tota re vide Glo. *in d. l. qui mihi, S. de donation.*

Ad §. *si iusserim.*

Hic §. explicatus est supra in tractatu generali. Sed addendum est quod ait Glo. in verbo, *in præsentia*, multum interesse, vtrùm mandatore præsente res tradatur procuratori, an absente. Nam primo casu mandator ipse per se & iure communi acquirit sibi possessionem, oculis nempe & affectu, vt *in hoc* §. *& l. quarumdam*, I. & tunc procurator nudum ministerium exhibet in re apprehendenda. At secundo casu possessio quidem etiam mandatori quæritur, sed per ipsius procuratoris personam, ideoque iure singulari, vt in §. præcedente.

Ad §. *vlt. l.* 1. *& ad l. secundam.*

Ad huius §. interpretationem ita definiendum est: municipes per se nihil possidere posse. Quod etiam probatur *in l. municipio, S. vt in poss. leg.* Neque obstat *l. sequens*, vbi & possidere & vsucapere municipes possunt. Nam id intelligendum est, non quidem per se, sed per seruum, aut liberam personam, vt statim subiicitur *in eadem l.* Quomodo etiam intelligendum est quod dicitur *in l. Tigni*, §. *item municipes, S. ad exhibendum.* Non etiam obstat quod est *in l.* 3. §. *at municipibus, S. de bon. poss.* municipes bonorum possessionem agnoscere posse. Nam aliud est bonorum possessio quæ iuris est, & hereditati ferè compar, aliud verò possessio, quæ ex sui natura facti est, non iuris.

Ratio regulæ hæc affertur à Paulo: quia vniuersi municipes consentire non possunt. Quæ ratio Glo. videtur absurda; nam etsi maxima sit hominum ad dissentiendum facilitas, *l. item si vnus*, §. *principaliter, S. de recep. arb.* tamen nihil videtur obstare, quominus ciues vniuersi in vnam sententiam consentire possint, præsertim cùm de acquirendo & lucrando agitur. Et præterea quod à maiori parte municipum fit, vel ab iis quibus summa municipii credita est, aut etiam ab vno aliquo nomine & mandato municipii, id ab omnibus factum intelligitur, *l.* 9.

metum 3. §. *animaduertendum*; *S. de eo quod metus causâ*, *l.* 4. *si vi me*, I. *de vi & vi arm. l.* 97. *municipibus*, *S. de condit. & dem. l.* 14. *municipes*, I. *ad municip.* Itaque Glo. existimat hanc rationem ita intelligendam, vt possint quidem municipes vniuersi consentire, sed non facilè. Quæ interpretatio si vera est, ratio iurisconsulti valde debilis erit. Et præterea debuisset etiam adiicere Iurisconsultus: quia vniuersi vnum in locum facilè conuenire non possunt; *l.* 1. §. *deinde*, *S. de orig. iuris*, quando in acquirenda possessione non minùs corpore opus sit quàm consensu. Quare hæc ratio sic videtur explicanda; vniuersos municipes consentire non posse, quia plerique sint municipes qui intellectum non habeant, ideoque consentire non possint, vt infantes, furiosi, mente capti, senes, deliri, & similes. An verò municipes per seruum saltem possidere possint? Et hoc Nerua filius admisit, sed in peculiari tantùm causa, & rectè; Etenim ex peculiari causa ignorantes acquirimus per seruum, & consequenter infantes, furiosi, & similes, §. *item acquirimus S.* Quare non obstat hoc casu quod vniuersi consentire non possunt, cùm consensus necessarius non sit. Neque obstat quod quidam Neruæ obiiciebant, municipes seruum ipsum non possidere; ideòque non posse per eum possidere. Nam quamuis verum sit municipes propriè seruum non possidere, cùm per se nihil possideant, tamen ea ratio non obstabit, quia & per meum seruum quem non possideo, possidere tamen possum; si ille ab alio non possideatur, *l. si cui*, §. *licet*, *S. de liber. ca. l. fugitiuus*, I. *de solution.* vt dictum est *S. in* §. *sed & per eum*: Imò etsi ab alio possideatur, quæretur ex peculiari causa, *l. homo liber*, *in fin. S. tit. prox. & l. quidquid*, I. *h. tit.*

Sed extra causam peculiarem municipes per seruum possidere non possunt, si iuris strictam rationem sequamur; quod optimè probatur *in d. l. municipio*, vbi extraordinario ad id remedio opus est. Verumtamen vtilitas aliud extorsit, nempe vt municipes possideant ex quacumque causa & vsucapiant, non modò per seruum, sed & per liberam personam, nempe ipsius serui, aut liberæ personæ corpore & animo: quod etiam probatur *ex l. non dubito*, *S. de seruitut. & ex l. siue autem*, *in fin. S. de publiciana.* Et hoc innuit Vlp. his verbis, *hoc iure vtimur*, quibus plerumque significatur aliquid receptum contra iuris rationem vsu & vtilitate suadente.

Cæterùm euidenter hîc I. C. differentiam constituit inter vsum & possessionem, quod etiam traditur *in l. stipulatio ista*, 38. §. *si quis fortè*, I. *de verb. obligat. & in l.* 1. §. *vlt.* I. *de furt.* ex quo fit vt quis possessionem habere possit, vt tamen vsum non habeat; nam creditor pignus possidet, illo tamen non vtitur, nisi id nominatim debitor ei permittat, *l. legata in fin. D. de supell. leg.* Quod idem intelligendum de depositario, vt scilicet re vti non possit, quamuis eam possideat, *l. communi diuidundo*, §. *neque colonis*, *D. comm. diuid.* Contrà verò commodatarius non possidet, *l. rei*, *D. commod.* tamen vtitur re *l.* 1. *& l.* 3. *in fin. & l. si vt*

certo, D. eod. vbi etiam idem dicitur de conductore, & de fructuatio similiter *in* §. *fructuarius Instit. per quas pers. no. acq.* Itaque maxima hæc differentia inter vsum & possessionem assignatur *in d. l. si vt certo,* §. *vlt.* quia plures in solidum vti possunt. At plures in solidum possidere non possunt; nam possessio est rei ipsius & corporis copia & potestas siue detentio corporis, *l. potestatis, de verb. signif.* quod pluribus simul & in solidum procedere non potest, *l.* 3. §. *ex contrario*, I. At vsus est perceptio alicuius vtilitatis rei, quod à pluribus simul fieri potest. Verumtamen hæc quandoque confundi videntur; nam quia vix est, vt quis re vti possit, nisi eam teneat; idcirco vsus pro possessione aliquando sumitur, *l. Aquilius, D. de donat. l. vlt. D. de seruit.* Quod etiam in vsucapione videre est, *l. denique, Ex quib. caus. maio. & l. ait Prætor*, §. *vlt. eod. tit.* Atque hoc sensu accipiendum est quod dicitur *in l. quæstio, de verb. signif.* & apud Festum similiter in verbo, *possessio*, possessionem esse vsum rei. Nam à contrario, quia possessio potissimùm quæritur, vt quis re vti possit, & quia vsus est præcipuus effectus possessionis, idcirco abusiuè possessio dicitur esse vsus, vt ex eo intelligatur hanc esse differentiam inter agrum & possessionem, quod in agro proprietas & dominium intelligatur, in possessione verò factum, quod maximè versatur in vsu. Et quod I. C. Iauolenus ait *in d. l. quæstio*, possessionem esse eius rei cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec pertinere potest; non est ita accipiendum quasi neget possessionem cum domino posse concurrere; potest enim, *l.* 1. §. 1. *D. vti possid. & d. l. stipulatio ista,* §. *si quis fortè.* Sed illis verbis vult ostendere differentiam inter agrum & possessionem, quia in illo iuris proprietas spectatur, vt dixi. Itaque necesse est, vt cùm possessio opponitur agro, & ab eo distinguitur, intelligatur separata à rei proprietate. Et præterea quando possessio cum dominio coniungitur, iam non videtur propriè possessio; obscuratur enim summo illo dominii iure: quemadmodum etiam non dicimus eum qui dominus sit habere vsumfructum vel vsum.

Cœterùm locus Festi, quoniam valde pertinet *ad d. l. quæstio*, sic videtur emendandus & interpretandus, qui dicit se possidere, is verò potest interdicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui possident, possessionem suam vocare audet, &c. vt sensus sit possessorem quidem posse interdicere, hoc est vti interdicto; Sic enim plerumque vsurpatur interdicere, vt *l.* 3. §. *Labeo*, I. *vti possid.* At non posse, neque audere suam possessionem dicere in legitimis actionibus, hoc est possessorem iure ciuili nullam habere proditam actionem, quâ possessionem suam tueatur: sed illi necesse est confugere ad interdictum vti possidetis, §. *æquè, de action. apud Iustin.* quæ verba ita emendata & explicata conueniunt omnino cum verbis Iurisconsulti *in l.* 1. §. *interdictum autem, D. vti. possid.* Denique hoc addendum est ex eodem Festo, possessiones appellari agros latè patentes siue publicos siue priuatos: quò pertinet

lex interdum, de verb. signif. quia olim non mancipatione, sed vsu tenebantur, hoc est, quia primis temporibus, dominiis nondum distinctis, agri cæperunt teneri, non iure dominii, sed occupatione & possessione. Quia ergo rerum dominia à possessione naturali cæperunt, vt est *in prin. leg.* 1. *h. tit.* hinc factum est, vt possessionis nomen quandoque vsurpetur ad significandam proprietatem, & potissimùm ad significandos agros latè patentes.

Ad legem 3^am.

In explicanda possessionis definitione principium huius legis expositum est; Nam cùm possessio sit detentio, necessariò consequitur solas res corporales propriè possideri. Ostensum etiam est, possessionem animo solo quæri non posse, quamuis animi quodam genere quæratur quandoque. Sed nec solo corpore quæri potest, nisi animus possidendi adsit, *l.* 1. §. *apiscimur*, §. *cæterum*, §. *hæc quæ*, & §. *per procuratorem*, *S. & l. qui iure*, I. Sufficit tamen quamlibet partem fundi introire, neque necesse est, vt quis omnes glebas circumambulet, dummodo sit eâ cogitatione, vt fundum integrum vsque ad terminum velit possidere; nam cùm partem possidet & corpore contingit, totum fundum possidere intelligitur, quia est vnum corpus; partium enim continuitas & cohærentia efficit, vt qui parte tangit corpus, totum ipsum corpus contingere videatur, *l. vulgaris*, I. *de furt.* At si quis glebam aut cespitem à fundo separatam apprehendat, non idcirco fundum possidere intelligetur, quia hæc pars suo toto auulsa est, & separata: Et quod dicitur de Scotatione *in cap.* 1. *de consuetud. extr.* & de vindicatione in gleba apud Gellium lib. 2. cap. 9. id receptum est contra iuris rationem longâ consuetudine.

Ad §. *Incertam.*

Animo simul & corpore possessio apprehenditur, sed necesse est animum possidentis certum esse, non vanum: ideoque necesse est certam partem agri esse quæ possideatur; incerta enim possideri nullo modo potest, quod etiam dicitur *in fin. leg. locus, h. tit. & in l. si fur.* §. *vlt. de vsurp.* I. Certa autem pars esse intelligitur, quam quis oculis cernere potest, licet mente eam, quanta sit, non intelligat, id est, quæ sit certa ratione loci & situs, quamuis quis nesciat modum illius partis, & quota agri pars illa sit, hoc est quod dicitur *in prin. d. l. locus.* Et contrà pars certa intelligitur, etiamsi non sit certo loco agri sita & determinata, modò sciatur quota illa pars sit. Exemplum primi casus, putà si quis fundum Tusculanum emerit, & sciat Titium habere partem in agro illo, quæ certis limitibus distincta cernatur. Nam tunc temporis, quamuis emptor nesciat modum & quantitatem illius partis, tamen illa

pars ratione loci & positionis ei certa est. Itaque reliquum omne possidebit, cùm sit certus, quid reliquum sit. Exemplum secundi casus, si emptor sciat Titium habere tertiam partem fundi Tusculani; nam quamuis illa pars sit pro indiuiso, neque certo loco sit determinata & circumscripta, certa tamen est ratione quotæ, & emptor certus potest esse de eo quod sibi supereſt, nempe de duabus tertiis, quod explicatur *in d. l. locus, & in l. si quis fundum*, I. *h. tit. & in l. emptor*, *vers. quod ita*, I. *pro emptore*. At si emptor sciat quidem Titium partem habere in fundo Tusculano, sed neque sciat quota illa pars sit, neque locum certum agri quo illa circumscribatur sciat, tunc neque possidere, neque vsucapere poterit; nam omnino incertus est, quid illi supersit reliquum in fundo Tusculano. Itaque, quia ipse partem suam ignorat, possidere non poterit, quod traditur *in initio d. l. empto*. Ex quo etiam sequitur, vt si plures ingrediantur eundē fundum animo possidendi, ignoret autem quisque quotam partem possideat, hoc est non sit inter eos constitutum, quatenus quisque possideat, sequitur, inquam, neminem eorum vllo modo possidere; insolidum enim simul possidere non possunt, §. *ex contrario*, I. Sed neque pro parte cùm vniuscuiusque pars incerta sit, quod explicatur *in d. l. si fur*, §. *vlt. S. de vsurpat.*

Ad §. Neratius.

Hic §. supra explicatus est in generali tractatu, sed ad illa verba, *nisi si loco motus sit*, adde *leg.* 4. §. *Labeo ibi* (*deinde eandem loco suo reponat*) I. *tit. prox.*

Ad §. Ex plurimis.

Dominium non nisi ex vna causa, & vno titulo potest contingere. *l. & an eadem*, §. *actiones, de exceptione rei iud.* I. *l. non vt ex pluribus*, I, *de reg. iur. l. si quis seruum*, I. *de capt. & postl. reu. l. sequitur*, §. *lana*, I. *tit. prox.* Ratio est, quia dominium ius omne rei complectitur, vt colligi potest *ex l. stipulatio ista*, §. *si quis fortè*, I. *de verb. oblig.* Itaque incrementum non recipit dominii ius, cùm sit optimum maximum, & qui dominus est magis dominus effici non potest, §. *sit itaque discretis, de action. apud Iustin.* At possessio ex pluribus causis & titulis potest contingere; nam quamuis possessio eadem sit in summa, nimirum quatenus in facto consistit, iuris tamen incrementum recipit, & vna alterâ potentior & potior est, *l. si id quod*, §. *vlt. S. l. communi diuidundo*, §. *inter prædones, S. comm. diuid.* Quare qui possidet aliquo titulo, potest nouum & vberius ius sibi acquirere ex alio titulo & causa, quod exemplis hîc positis demōstratur. Nam in primo qui possidet pro suo, re vsucaptâ, potentius ius possessionis sibi acquirit, nimirum ius dominii, quàm si pro em-

ptore tantùm posſideat. Item in ſecundo exemplo ſi defunctus rem emiſſet malâ fide, heres nihilominus vſucapiet pro herede, quod non poteſt pro emptore, vt eſt *in prin. glo. 2. leg. 1. I. pro herede.* Itaque regula huius §. ita eſt intelligenda, vt poſſeſsio ex pluribus cauſis contingat, ſi ius aliquod addatur ex ſecunda cauſa, ita vt quodammodo diuerſa conſtituatur poſſeſsio; nam quæ vna eſt iure, illa non magis ex pluribus cauſis teneri poteſt, quàm dominium, neque duplici titulo inniti poteſt; atque ita interpretor *leg. cùm res, 4. C. de contrah. empt.* quamquam tamen Glo. exiſtimet poſſeſsionis verbum ibi accipi pro dominio, vt *in l. interdum, de verb. ſignif.*

Ad §. Ex contrario.

Plures in ſolidum eiuſdem rei domini eſſe non poſſunt, nec etiam poſſeſſores, *l. ſi vt certo, §. vlt. S. commod.* Ratio eſt, quia poſſeſſor ille eſt qui in rei detentione potior & potentior eſt, *l. ſi id quod, §. vlt. I.* quæ regula etiam probatur *in l. duo, I. de precario.*

Neque obſtat quod dicitur *in l. ſi duo, §. 1. I. vti poſſid. & in l. 15. & habet, §. eum qui, I. de precario.* Nam regula noſtri §. ita intelligitur, vt duo in ſolidum re ipsâ & corpore non poſsint poſsidere, ſiue iuſtè, ſiue iniuſtè, quod in ſumma poſſeſsionis, hoc eſt, in natura ipſa poſſeſsionis, & quaſi ſubſtantia ius non attenditur, ſed factum. At fieri poteſt vt vnus quidem corpore & re ipsâ poſsideat, alter verò poſsidere intelligatur iuris interpretatione, ſicque duo in ſolidum poſsidebunt, vnus verè, alter iuris intellectu, vt euidenter dicitur *in d. §. eum qui*: & in hanc ſententiam *glo. 1.* inclinare videtur *in fine* poſt longam diſputationem.

Item regula ſic explicari poteſt, vt duo in ſolidum vnam & eandem poſſeſsionem tenere non poſsint, at poſsint tamen in ſolidum rem poſsidere vario poſſeſsionis genere, & iure; quo ſenſu, & qui precariò rogauit ſibi licere poſsidere & qui precariò conceſsit poſsidere dicuntur *d. §. eum qui*, nimirum, is qui conceſsit, iuris intellectu, & domini nomine, ſi dominus ſit: alter verò corpore & iure precarii; Quod etiam intelligitur ſimiliter in proprietario & fructuario, in debitore & creditore, & reliquis huiuſmodi, qui à Glo. enumerantur. Nihilominus tamen ſi rem preſsiùs conſideremus, vnus poſsidebit tantùm, nimirum is cuius poſsidendi ius potiùs eſt & potentius, quod in precario videre eſt; nam ſi quis precariò poſsidet, videtur poſsidere ei qui conceſsit: illi enim accedit ad vſucapiendum poſſeſsio eius qui precariò rogauit, *l. Pomponius, §. ſi is qui, I. h. tit.*

Addendum ſuperiori §. poſſe quidem aliquem dominium ſibi aſſerere ex pluribus cauſis, & titulis, vt ſi vno non poſsit, altero obtineat: At certum eſt tamen dominium illi non contingere, niſi ex vna cauſa, *l. & an eadem, §. actiones, I. de except. rei iudic.* quod etiam Glo. adnotat.

Ad §.

Ad §. in amittenda & §. si quis.

Quamuis possessio non nisi corpore & animo quæratur, tamen animo solo retinetur, & animo solo amittitur; potentior enim est corpore ea in causa, & animo retenta possessio potior est corporali alterius possessione, *l. si id quod*, §. *vlt.* I. quemadmodum etiam potior est destinatio animi in amittenda possessione, quàm corporis detentio; nam etsi quis in fundo sit, & illum corpore suo contingat, tamen amittit possessionem solo animo, vt *in hoc* §. *& l. peregrè*, §. *vlt.* I. Ergo absque animo possessio amitti non potest, etiamsi fuerit ab alio inuasa, putà à latronibus, vt *in* §. *si quis hic.* Ex quo sequitur furiosum non posse animo desinere possidere, *l. si is qui*, I. *h. tit.* quemadmodum nec potest incipere possidere, *l.* 1. §. *apiscimur*, *S.* Sed videtur possessionem solo animo amitti non posse, nisi & corpore dimittatur, *l. quemadmodum*, I. *h. tit. & l. ferè*, *D. de reg. iur.*

Dicendum cum Glo. id verum esse, si à corpore incipiat, hoc est, corpore solo non amitti possessionem, etiamsi quis eam corpore dimittat, nisi & eâ mente sit, vt velit dimittere, *d.* §. *vlt. leg. peregrè.* Quæ interpretatio optimè confirmatur ex legum ipsarum serie; nam *in l. clam*, §. *vlt. & in l. seq.* quam proximè subsequitur *d. lex quemadmodum*, species ponitur de eo cuius possessio quam solo corpore dimiserat ab alio fuit occupata; nam dicitur nihilominus possidere, quia verum sit illo casu & similibus, possessionem, quemadmodum animo & corpore quæritur, ita non amitti, nisi si vtrumque in contrarium actum sit. Possumus etiam dicere, possessionem solo animo non amitti, hoc est nudâ & merâ cogitatione, cuius ratio in iure non habetur. Sed necesse est, vt quis destinationem illam suam non possidendi verbis enunciet, aut actu aliquo demonstret, sicque eo casu, quamuis adhuc rei incumbat, neque corpore discedat, videtur tamen corpore possessionem dimittere, quia corpore vtitur ad mentem suam explicandam, quod probari potest *ex l. si quis vi*, §. *differentia*, I. *h. tit.* in qua licet dicatur possessionem amitti solâ destinatione, tamen exemplum subiicitur, in quo quis vtitur actu corporali ad mentem suam significandam, vt *& in l. seq.* nihilominus illo casu potest quis dici animo solo possessionem amittere, quia corpore à re non discedit, vt *in nostro* §. vt simili ratione possessio potest dici animo solo, vel animo & corpore acquiri, quæ oculis & affectu quæritur. At in dominio aliud est, *d.* §. *differentia*; nam si quis corpore non discedat à re, dominium non amittit, neque in alium transfert, etiamsi dicat se dominium dimittere, vel in alium transferre velle, putà si quis Titio fundum vendiderit: etenim traditionibus non nudâ voluntate transfertur dominium, *l. traditionibus*, *C. de pact.*, Quinimo etsi

quis rem abiiciat à se, dubitatum est, num dominium amittat, quamdiu alius rem non occupat, *l.* 2. I. *de precario.*

Ad §. quod si seruus.

In amittenda possessione differentia est, si quis per alium possideat, aut per seipsum, *l. peregrè*, §. *vlt.* I. quod hoc §. ostenditur, in quo si is cuius corpore possideo, decesserit & moriatur, nihilominus ego possessionem retineo, quamdiu ab alio non fuerit occupata. Idem etiam locum habet, si ille sponte discesserit à possessione; nam adhuc ego animo possessionem retineo, *d.* §. *vlt. leg. peregrè*, *& l. cum quis, de dolo S.* Contrarium tamen dici videtur *in l. si de eo*, §. 1. I. *h. tit. vers. aliud.* Sed dicendum ibi differentiam constitui, non ea in re, sed in alia, nimirum in amittenda possessione, non in retinenda; nam vtroque quidem casu dominus possessionem retinet animo, siue discesserit seruus, siue decesserit. At non amittit similiter vtroque casu; Primo enim, etiamsi quis vacuam possessionem occupet, eam tamen dominus non amittit ignorans, quod his verbis ostenditur, *sed tum demum cùm dominus possessionem apisci neglexerit.* At secundo casu dominus etiam ignorans possessionem amittit, *d.* §. *vlt. l. peregrè.* Ergo quamdiu possessio non occupatur ab alio, eam dominus animo ratinet, sed si ab alio inuadatur, vel is cuius corpore possidebam eam illi prodiderit, tunc illam amitto, vt *in vers. sed si alij tradiderim, hoc nostro S.* Hodie verò *ex constitutione Iustin. vlt. C. eod. tit.* fraus eius per quem possidemus, nihil nobis obesse potest in amittenda possessione. Sed neque, si is per quem possideo discedat, non tamen animo possessionis deferendæ, possessionem amitto, *l. si colonus*, I. *hoc tit.* neque etiamsi eam alteri locauerim, non tamen eius interuertendæ causâ.

Cæterùm tres §§. qui proximè sequuntur ex superioribus satis intelligi possunt.

Ad §. Item feras bestias.

Superiori proximo §. ex Neruæ sententiâ hanc regulam constituit, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sunt, hactenus possideri: Quam regulam ostendit locum habere, non modò in rebus mobilibus anima carentibus, sed etiam in feris bestiis, vt à nobis tamdiu possideantur, quamdiu si velimus, naturalem earum possessionem nanciscì possumus. Itaque ait nos possidere feras bestias, quas viuariis incluserimus, hoc est, locis septis in quibus animalia pascuntur, vt explicat Gellius lib. 2. cap. 20. Item pisces, quos in piscinas coniecerimus. Ratio duplex est. Prima, quod ea animalia manu apprehendimus, antequam includeremus, aut coniiceremus, quod intelligitur ex illis verbis, *quos in piscinas coniecerimus.* Altera, quia loco ita arcto sunt ea animalia

concluſa, vt facillimum nobis ſit, earum naturalem poſſeſsionem, cum libuerit, apprehendere. Ex quo intelligitur aliud eſſe in piſcibus, qui ſtagno lacuue continentur, & in feris beſtiis, quæ in latis ſiluis quantumuis circumſeptis vagantur; nam ea animalia illis locis ſponte & naturâ naſcuntur & congregantur, ita vt earum naturalem poſſeſsionem nunquam nactus ſit vt plurimùm, cuius eſt ſilua vel ſtagnum. Deinde etſi maximè ea animalia quandoque manu apprehendiſſet, tamen ea dimiſit in ſuam naturalem libertatem; & quamuis aliquatenus ſub cuſtodia teneantur, illa tamen cuſtodia libera eſt, vt non multò facilius ſit ea venatu aut piſcatione capere, quàm quæ fluminibus aut ſiluis apertis vagantur. At longè alia ratio eſt animalium manſuetorum, in quibus idem ferè ius hac in cauſa, quod in ſeruis; nam etſi à nobis dimiſſa ſint in naturalem ſuam laxitatem, tamen ſi conſuetudinem redeundi habeant, nobis ſui poſſeſſionem conſeruant animo quaſi ſuo, *l. naturalem*, §. *ceruos S. tit. prox.* Quâ ratione Papinianus *in fine leg. ſi rem*, I. *tit. prox.* ait regulam Neruæ locum habere in rebus quæ ratione, vel animâ carent, vbi disjunctio pro coniunctione accipienda, vt ſenſus ſit, rerum mobilium quæ ratione & animâ careant poſſeſſionem amitti vna cum cuſtodia, nam alioqui etſi beſtia manſueta ratione careat, quia tamen anima non caret, poſſeſſionem ſui nobis conſeruat. Et Glo. *in d. l. ſi rem* animam de rationali peſſimè interpretatur. Cætera huius §. ex locis à Glo. citatis facilè intelliguntur.

Ad §. Labeo.

Fluminis aut maris in agrum meum inundatione, non ſolùm eius poſſeſsionem amitto, vt probat hic §. & Glo. confirmat, ſed etiam proprietatem *l. ſi ager, S. quib. mod. vſusfr. amitt.* quod Glo. tamen negat. Contrarium verò eſt, ſi res mea mobilis in flumen decidat, nam poſſeſſionem quidem amitto, dominium verò retineo, *l. Pomponius*, I. *h. t.*

Ratio differentiæ, quia non eſt in noſtra poteſtate inundantem aquam fluminis aut maris ab agro noſtro arcere. At poſſumus rem in flumen demerſam extrahere.

§. *Si rem* in ſuperioribus iam ante explicatus eſt.

Ad §. Illud quoque.

Regula iuris antiqui hîc proponitur, nempe, *neminem ſibi ipſum cauſam poſſeſſionis mutare poſſe*, quæ etiam traditur *in l. qui bonâ fide*, §. 1. I. *h. tit. l. non ſolum*, §. 1. I. *de vſurp. l.* 2. §. 1. I. *pro herede, & l. ad probationem, C. de locato.* Cauſa autem poſſeſſionis nihil aliud eſt, quàm titulus ipſe poſſidendi, quod euidenter apparet *ex §. prox. ſeq.* & Theoph. obſeruat *in §. ſequens, de interd. in Inſtit.*

Cæterùm obſeruandum eſt, hæc inter ſe multùm differre, cauſam poſſeſſionis ſibi mutare, vel poſſeſsionem ſibi mutare; etenim poteſt quis ſibi poſſeſsionem mutare, titulum autem ſiue cauſam poſſeſsionis non poteſt; titulum enim ab alio accipiat neceſſe eſt, quia nemo ſibi auctor eſſe poteſt, *d. l. ad probationem.* At poſſeſsionem ipſam, hoc eſt detentionem rei mutare poteſt, quia poſſeſsionis ſumma pendet ab apprehenſione, non à traditione alterius. Quare *in d. l. ad probationem*, nihil mutandum ex veteri lectione, neque pro verbo, *iure*, reponendum eſt, *ipſe*, quod quidam faciunt. Etenim neceſſe fuit illud verbum, *iure*, addere, quia falſum eſſet ſimpliciter enunciare, neminem ſibi poſſeſsionem mutare poſſe, quod tamen verum erit, ſi addas particulam, *iure*, quæ iuſtum titulum ſignificat; nam tunc perinde erit ac ſi diceres, neminem poſſe ſibi titulum poſſeſsionis mutare.

Hæc verò regula ita intelligenda eſt, vt quamdiu quis corpore & animo poſſeſsioni incumbit, non poſsit ipſe ſibi deſtinatione & cogitatione ſuâ poſſeſsionis titulum mutare. At dimiſſâ veteri poſſeſsione poterit nouam acquirere regulâ non obſtante, vt interpretatur iuriſconſultus *in d. l. qui bonâ fide*, §. 1. I. *h. tit.* Dimittere autem veterem poſſeſsionem quis videtur, non modò ſi corpore & animo dimittat, ſed etiam ſi corpore rei incumbens velit poſsidere ex noua cauſa aliunde accedente, animo dimiſſâ veteri poſſeſsione, quod exemplis illuſtrat I. C. *in l. vlt.* I. *de precario.* Hoc enim caſu ipſe ſibi non mutat titulum poſſeſsionis, ſed extrinſecus ab alio accipit; quâ ratione *in l. cum nemo, Cod. de acq. & ret. poſſ.* addit Imperator huic regulæ hanc exceptionem, niſi noua cauſa extrinſecus accedat. Ad cuius interpretationem diligentiſsimè obſeruandum, non ſatis eſſe nouam cauſam extrinſecus accedere, niſi qui ex ea vult poſsidere, ſciat aut exiſtimet illam iuſtam eſſe, nam ſi ſciat iniuſtam, cùm illa cauſa nihil illi iuris afferat, perinde eſt ac ſi nulla extrinſecus acceſsiſſet, & quaſi ipſe ſibi vellet ſolus titulum poſſeſsionis mutare. Itaque & illo caſu regula locum habet, vt docet Iulianus *in l. non ſolùm*, §. 1. I. *de vſurp. & in l.* 2. §. *quod vulgò*, I. *pro herede*. Ex quo obſeruandum etiam regulam locum habere, non in ciuili modo, ſed & in naturali poſſeſsione.

Neque obſtat, ſi quis obiiciat §. *ſi rem prox. ſuperiorem*, vbi depoſitarius vel commodatarius qui rem contrectat animo furandi, non modò eum qui tradidit poſſeſsione ſuâ ſubuertit, *l. rem quæ*, I. *h. tit.* Sed etiam ipſe poſſeſsionem ſibi acquirit, *l. ſi fur*, I. *de vſurp.* Nam hic quidem mutat ſibi poſſeſsionem, at titulum poſſeſsionis non mutat, quia nullum acquirit, ſed veterem amittit. Quod etiam dicendum eſt *in ſpecie leg. quod meo*, I. *h. tit.*

Non etiam obſtat quod obiicitur *in noſtro* §. nempe eum qui poſsideat ex cauſa depoſiti vel commodati, videri ſibi cauſam poſſeſsionis mutare, ſi qui depoſuit, vel commodauit, deinde rem illi vendat, aut donet.

Nam dici potest cum Iurisconsulto hîc non mutare eum sibi causam possessionis, sed acquirere, cùm antea scilicet non possideret; verè enim & propriè, hoc est ciuiliter, depositarius & commodatarius, sed naturaliter tenent, *l. rei, D. commod. l. licet,* §. 1. *D. depositi.* Dici etiam potest hoc casu nouam causam extrinsecus accedere; nam depositarius & commodatarius desinunt animo possidere ex prima causa, quamuis rem apud se retineant; & incipiunt possidere ex causa emptionis, vel donationis, *l. qua ratione,* §. *interdum, S. tit. prox.*

Cæterùm de hac regula vide *l. vlt. S. si pars hered. pet.* in cuius fine, in verbo, *videatur,* Glo. rectè causam possidendi titulum interpretatur. Vide *l. certè,* §. *Iulianus,* I. *de precar. l. si quis ante, hoc tit. & l.* 1. §. *vlt.* I. *pro donato.*

Ad §. *vltimum.*

Proponit duplicem possessionis diuisionem, primam quidem popularem, & impropriam, alteram propriam. Nam primò ait tot esse genera possessionum, quot sunt causæ dominii acquirendi, aut potius vnum quidem genus possessionis esse. Species non dialectico more vsurpat, sed pro modis possidendi & qualitatibus possessionum, quæ quidem variæ sunt pro varietate causarum & titulorum ex quibus proficiscuntur quod exemplis illustrat, in quibus possessio pro suo non generaliter accipitur, vt *in l.* 1. I. *pro suo,* sed specialiter, vt *in l.* 2. *eod. tit.* Sic plerumque Iurisconsulti in suis diuisionibus sese ad vulgi sensum accommodant, vt cùm dicitur, conuentionum tres esse species, *l. conuentionum, S. de pactis,* & tot esse conuentionalium stipulationum species, quot rerum contrahendarum genera, *l.* 5. *stipulationum,* §. *conuentionales,* I. *de verb. obligat.* Quâ etiam formâ Tullius lib. de orat. scribit tot esse genera orationum quot oratorum. Quod autem Iurisconsultus ait in summa vnum genus esse possessionis, vel intelligi potest de summo genere, vel vt possessio omnis vniformis sit, & eadem, quatenus propriè possessio est, hoc est, quatenus facti est, non iuris, variari tamen pro iuris varietate, quod mutuatur ex diuersis titulis & causis. Propria verò diuisio hæc est, vt possideatur aut bonâ fide, aut non bonâ fide, quæ in eam omnino recidit quam ante tradidimus; nam qui bonâ fide possidet, ille aut ciuiliter possidet, aut naturaliter iustè, qui non bonâ fide, naturaliter iniustè.

Neque verò existimandum, eum qui in possessionem missus sit iussu magistratus, possidere: nam aliud est possessionem habere, siue possidere; aliud verò in possessione esse, aut in possessionem mitti, *l.* 12. *cùm legatorum, iunctâ Glo.* I. *quib. ex cau. in poss. eat.* nam qui possidet, ille potior & potentior in rei detentione est, *l.* 25. *si id quod,* §. *vlt.* I. *h. tit.* & nudam custodiam & obseruationem rei habet, *l.* 10. *si quis ante,*

hoc tit. & d. l. 12. *cum legatarium* à quo distinguendus est Carbonianus possessor ; nam possessio Carboniana non est simpliciter possessio, sed bonorum possessio, nempe quasi iure hereditatis, *l.* 3. §. 13. *missum, S. de Carboniano edicto.*

Cœterùm Glo. quærit in fine, vtrùm qui videtur posidere ex secundo decreto, statim fiat dominus, an verò tantùm sit in causa vsucapiendi ? Primum probatur *ex l.* 15. *si finita*, §. 18. *illud, vers. postea quam, S. de damno inf. l. vsufructu legato, S. de vsufr. l.* 1. *de fund. dot. & l.* 2. *S. si ex nox. cau. ag.* Secundum probatur *ex nostro* §. *& l. his qui, S. de damn. inf.* Placet Glo. distinctio *in l.* 5. *Prætoris S. de dam. inf.* vt qui posidere iubetur, dominus fiat statim, si aduersarius dominus sit : at si dominus non sit, vt acquirat tantùm vsucapiendi conditionem, quæ illi procedet, quamuis sciat rem alienam esse ; iustè enim posidet qui auctore Prætore posidet, *l. iustè* I. *h. tit.* Eius autem distinctionem confirmo hac ratione, quod is cuius res posideri iubetur, similis illi sit qui rem pro derelicto ab alio habitam occupet ; dominus fit, si dominus fuerit, qui rem dereliquit : sin minùs, causam vsucapiendi acquirit, *l.* 1. *&* 4. I. *pro derelicto.*



AD L. 77. ACTVS LEGITIMI
D. DE REGVLIS IVRIS.

QVID sit legis actio vel actus legitimus, explicare difficillimum certè est, neque adhuc quod ipse quidem viderim à quoquam satis explicatum. In primis ergo sciendum est legis actionem siue legitimam actionem & actum legitimum idem omnino esse, vt rectè sentit Glos. *l. 4. de adoptio. l. 3. de offic. Proconf. S.* & Cuia. lib. 15. obs. c. 16. quod apparet ex collatione *l. 4. de adoptionib. S. & no. 81. constitutio quæ dignitatibus, collat. 6.* atque sub generali iurisdictionis nomine etiam contineri, sicut & merum imperium, *l. 2. & 3. de offic. Procon. l. 2. de offic. eius qui vicem alicuius iudicis obtinet, l. pen. de emancipat. liberor. C. & §. sed. hoc iure, de Attiliano tutore Inst.* imo & per eminentiam iurisdictionem absolutè dici, *no. 15. de defensorib. ciuit. c. 3. hoc est §. & agi, in f. collat. 3.* vt Cuia. ibi interpretatur. Legis autem actio primùm & propriè ex eo dicta videtur, quod non nisi lege latâ, & consequenter apud Populum fieri possit, populo nempe in eum modum interrogato & iubente, quo solebat in legibus ferendis, §. *lex. est, de iure natur. Instit.* Exemplum luculentissimum est in veteri adrogatione apud Gellium lib. 5. cap. 19. quæ species adoptionis fuit, atque ideo legis actio, *l. 4. de adoptionibus, S.* quam comitiis curiatis celebratam & per populi rogationem (vnde illi nomen) idem Gellius narrat. Sumi etiam exemplum potest ex capitalibus animaduersionibus; neque enim magistratibus licuit in caput ciuis Romani animaduertere iniussu populi, hoc est sine lege, vt est *in l. 2. §. 8. quod ad magistratus, vers. exactis*, & §. 12. *deinde cum ærarium, vers. & quia, S. de origine iur.* Atque ideo talis animaduersio legis actio dicebatur, vt certè est, & lictor olim lege & iure agere iubebatur, hoc est in damnatum capitaliter animaduertere, vt ex vulgatis formulis constat. Testamentum quoque quod primis reipublicæ temporibus fiebat, non dubito legis actionem fuisse, vt potè apud Populum calatis comitiis factum, vt est *in prin. tit. de testamentis Instit.* vnde etiam ius & lex dicitur *no. 22. de nuptiis, cap. 2. hoc est, §. disponat, collat. 3. & l. 120. verbis, de verb. signific.* I. Certè quod deinde per æs & libram, hoc est per

emancipationem fieri cæpit, vt est *in prin. de testament. institutio.* licet à Prudentibus excogitatum, legis actio procul dubio quoque fuit, vt deinde exponemus. Omnis enim mancipatio siue emancipatio est legis actio, *l. 4. de adoptionib. S. & no. 81. constitutio quæ dignitatibus, in prin. collat. 6.* siue quod idem est, actus legitimus, vt *in hac nostra l. 77.* Sed cùm auctus esset populus Romanus in eum modum, vt difficile esset in vnum eum conuocari legis sanciendæ causâ, §. *Senatusconsultum, Instit. de iure naturali,* in priuatorum præsertim negotiis, quales ferè sunt legis actiones, illæ Paulatim desierunt apud populum ipsum celebrari. Atque in primis gladii potestas quibusdam magistratibus specialiter data & delegata est, quod etiam fieri non potuit nisi lege vel simili iuris parte *d. l. 2. de orig. iur. S.* §. 11. *deinde cum ærarium, l. 1. de officio eius cui mandata est iurisd. l. 3. de iurisdict. S.* Adrogatio etiam lege Regiâ cum reliquo populi iure in Principem tandem translata est, & adoptio huic similis magistratibus nonnullis lege quoque specialiter datâ, *l. 2. & 4. de adoptionib. & l. 2. & 3. de offic. Proconsulis S.* Testamenti quoque factio quæ non nisi in populi comitiis ante celebrari poterat, & speciali rogatione & lege indigebat, priuatis omnibus in vniuersum generali lege 12. Tab. permissa his verbis: Vti legassit suæ rei ita ius esto, *d. l. 120. de verb. signif. l. & d. no. 22. de nuptiis.* §. *disponat.* Atque ita Paulatim legis actiones apud Populum fieri desierunt. Vnde etiam alia earum species secuta est. Nam latis legibus 12. Tab. eodem ferè tempore ex iis actiones à Prudentibus compositæ sunt quæ formam agendi continent, & quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt; & appellatur hæc pars iuris legis actio, id est, legitimæ actiones, *l. 2. §. 2. his legibus, vers. deinde ex his legibus,* §. 3. *postea cum ait, &* §. 6. *nouissimè. vers. ita in ciuitate, S. de orig. iur.* Cui rei operam dedisse Sextum Ælium nominatim dicitur *in d. l. 2.* §. 19. *deinde Sextus Ælius* in eo libro qui inscriptus fuit Tripertita, quoniam lege 12. Tabul. præpositâ, iungebatur interpretatio, dein subtexebatur legis actio. Quibus verbis intelligere debemus, non eas solùm quæ precisè dicuntur actiones, de quibus est proprius titulus *Institutionib.* (quæ certè sunt eiusdem originis & generis, nempe ex legibus à iurisperitis compositæ, *l. vlt. C. de præscript. longi tempor.* nam & qui eas intendit lege agere quoque dicitur, *l. 123. nemo alieno nomine, iunctâ Glossa h. tit.* & apud Gellium lib. 20 cap. 9. & aliis vulgatis auctorum locis) sed omnes omnino actus legitimos quos iurisconsulti solemnes composuerunt ex legum sensu & mente ad earum executionem, sicut deinde à posterioribus quoque ex sequentibus legibus factitatum est; non enim omnes actus simul & eodem tempore compositi, sed paulatim aucti, *d. l. 2. S. de origine iur.* §. *postea cùm Appius, vers. augescente.* Neque verò huic interpretationi obstant verba illa: *quibus homines inter se disceptarent, in d. vers. deinde ex his legibus,* vt putauit

Cuia. *ad noſtram l.* 77. in Papiniani quæſtionibus, quaſi ſcilicet in actibus legitimis qui vt plurimum ſunt voluntariæ iuriſdictionis, *l.* 2. *de officio Proconſulis, S.* nulla poſſit eſſe diſceptatio ſiue lis. Nam diſceptatio alia vera eſt, vt in iis quæ ſunt iuriſdictionis contentioſæ, alia imaginaria & dicis causâ, quæ in actibus legitimis ſiue legis actionibus adhibebatur. Exemplo ſit adoptio in qua celebrata vindicatio vſurpabatur, vt eſt apud Gellium lib. 5. cap. 19. in omni autem vindicatione manuum conſertio & iniectio in rem, contentio & vis ciuilis ſeu feſtucaria, vt ex eodem Gellio conſtat lib. 20. cap. 9. *& ex l.* 9. *ſi quis, C. de bonis proſcriptorum.* Item ceſsio in iure quæ fuit legis actio, vt ex Caio iuriſconſulto docet Boetius in Topic. nam ceſsionem ſequebatur vindicatio, vt eſt apud Vlpia. tit. 19. Item emancipatio in qua iniurioſæ etiam alapæ incutiebantur, *l. vlt. de emancipat. liber. C. & no.* 82. *conſtitutio quæ dignitatibus, collat.* 6. Item manumiſsio vindictâ quæ eſt etiam legis actio, *l.* 2. *&* 3. *de officio Proconſulis, S.* nam in ea manumiſſione dominus manum in ſeruum iniiciebat eúmque circumagebat & alapâ etiam pulſabat: contrà verò lictor quaſi hominem vi contrariâ in libertatem vindicans virgulam capiti ſerui manumittendi imponebat, vt ſcribit Boetius lib. 1. in Topica, & probat *l.* 14. *apud eum, S. de manumiſſionibus.* Adde quod *in l.* 23. *conſulta diualia, de teſtamentis, Cod.* inſinuationes etiam appellatione diſceptationũ forenſium cenſentur; ex quo apparet diſceptationis verbum non ſemper litem controuerſam & rem contentioſæ iuriſdictionis ſignificare. Summè autem obſeruandum legis actiones primò & propriè dictas ab ipſis legibus verbis conceptis fuiſſe formatas, vt in adrogatione videre eſt apud Gellium d. c. 19. lib. 5. quâ formâ opinor populum ſingulis calatis comitiis, eorum nomine qui teſtari tunc vellent, hoc ſenſu fuiſſe interrogatum, Velitis iubeatis Quirites, vti quiſque horum legaſsit ſuæ rei, ita ius eſſe. Quæ rogationis formula in generalem & perpetuam legem tandem verſa eſt, vt S. diximus. At legis actiones à iuriſconſultis ex ipſis legibus conceptas & compoſitas, non ita verbis legum fuiſſe expreſſas, imò quandoque longiùs detortas: Vt ecce ſolutio patriæ poteſtatis quæ emancipatio dicitur nullâ lege nominatim introducta eſt, ſed quia lex 12. Tab. iubebat filium f. patriâ poteſtate liberari, ſi pater eum ter venumdediſſet, vt eſt apud Vlp. tit. 10. vendere enim licuit, *toto tit. de patribus qui filios ſuos diſtraxerunt*: inde iuriſconſulti actum legitimum commenti ſunt, quo pater pro arbitrio liberos ſui iuris efficeret, adhibitis nempe & aptatis in eum finem imaginariis venditionibus quæ emancipationes ſiue mancipationes dicebantur, vt eſt *initio tit. de teſtamentis, Inſtit.* quod Theophilus docet §. *præterea, quibus modis ius poteſtat. ſoluitur, Inſtit.* Similiter adoptio, ſiue, vt Gellius vocat d. cap. 19. adoptatio per quam ſcilicet extranei in alienam familiam inque liberorum locum ſumuntur, nullâ certâ lege introducta eſt: ſed Prudentes hunc actum legitimum excogitauerunt per tres mancipatio-

nes, id est venditiones imaginarias, & per duas manumissiones, vt scilicet tertiâ mancipatione filius f. maneret in potestate patris adoptiui *l. vlt. C. de adoption.* qua in re olim maioris cautionis gratiâ adhibebatur post tertiam mancipationem vindicatio & cessio in iure, vt est apud Gellium d. c. 19. Tunc enim is qui adoptabat, eum qui adoptabatur vindicabat apud eum, apud quem legis esset actio, id est, actione in rem petebat ex iure Quiritium, *l. 1. de rei vindicat. S.* pater verò naturalis cedebat collusorio scilicet iudicio. Item testamenti factio, etsi nominatim permissa his verbis l. 12. Tab. Vti legassit suæ rei ita ius esto, nullâ tamen lege formata & solemniter concepta est: Sed Prudentes post eam legem actum legitimum testandi excogitauerunt per æs & libram, id est, per mancipationem imaginario emptore adhibito qui familiæ emptor dicebatur, vt est *in prin. tit. de testamentis, Instit.* Denique actiones quibus in iudicio persequimur quod nobis debetur non vllis legibus apertè & nominatim conceptæ, sed ex legibus tamen à Prudentibus compositæ, *l. vlt. C. de perscriptione longi temporis.*

Ex quibus exemplis licet coniicere, quales essent reliquæ legis actiones, Prudentum quoque subtili ingenio excogitatæ & proditæ. Sed de numero earum maxima inter iuris Doctores controuersia; Nam Cuia. lib. 15. obser. c. 16. *& ad nostram l.* 77. tum proprio tit. tum pleniùs in Papiniani quæstionib. negat vllos alios esse actus legitimos quàm qui ita nominatim in iure appellantur, neque alios se audere adiicere profitetur. Alii multò plures connumerant quorum ille sententiam refellere conatur. Ego verò existimo omnes actus qui ex iure Quiritium, id est, populi Romani peragerentur, solemnibus scilicet verbis & ritu certo, & vt Theoph. ait *in fin. S. singulorum, Instit. de rer. diuis.* scrupulosâ & ciuili ratione actus legitimos fuisse appellatos, siue legis actiones, ad differentiam scilicet actuum qui naturaliter & iure gentium celebrantur absque solemnibus vllis, vt de traditione dicit Theophilus §. *per traditionem d. l.* ad quam differentiam respicit *l.* 8. *in f. S. de acceptilatione.* Quo etiam sensu legitimæ conuentiones dicuntur ad earum differentiam quæ iuris gentium sunt, *l. 6. & 7. S. de pactis.* Quidni enim appellarentur actus legitimi, cùm omnes ex legibus essent compositi à iurisconsultis, *d. l. 2. §. 2. his legibus, vers. deinde ex his legibus S. de orig. iur.* atque ita ex legibus compositi, vt inter iuris partes, *d. l. 2. §. 3. postea cùm Appius, & §. 6. nouissimè, vers. ita in ciuitate,* & ex iis ius sumatur, *l. 6. quæ prædium, si aliena res pignori data sit, l. 10. pignoris, de pigneratitia actio. & l. 29. acceptam, de vsuris C.* Neque enim Cuiacio assentior qui *ad nostram l. 77. in Papiniano,* putat multa esse quæ solemnibus verbis fierent, quæ tamen non essent legis actiones, vt stipulatio. Imò omnes actus formales & solemnes, actus legitimos fuisse arbitror, atque ideo ipsam quoque stipulationem. Cùm enim acceptilatio quæ fit stipulatione, *l. 1. de acceptilat. S. & §. quib. modis obligat. tollitur Instit.*

sit actus legitimus, vt *hac l.* 77. quare non etiam stipulationem ipsam inter actus legitimos connumerabimus? præsertim cùm manifestum sit illam ex eâ 12. Tab. lege fuisse deductam & composítam, quam Festus refert his verbis: Cùm nexum faciet mancipiumque, vti lingua nuncupassit ita ius esto, sicut iam admonui *ad tit. Vsufruct. quemad. caueat.* Inde enim iurisconsulti genus quoddam obligationis sub certa formula excogitauerunt, quæ stipulatio aut verborum obligatio dicitur in quâ quidquid astringendæ obligationis causâ linguâ nuncupatur, id est, palam verbis exprimitur, iure valet, *l.* 5. *stipulationum, vers. conuentionales, & l.* 99. *quidquid astringendæ, S. de verb. obligat.* cùm reliqui contractus certos & proprios habeant terminos & certam naturam, neque pacta quæcumque iure ciuili admittant, *l.* 7. *iurisgentium*, §. 1. *quinimo, S. de pactis.* Certè stipulationem ex Prudentum interpretatione venire Paulus indicat, dum lib. 5. senten. tit. 7. scribit obligationum firmandarum gratiâ stipulationes inductas esse. Inducere enim plerumque significat iuris constituti potestatem producere per interpretationem, *l.* 29. *Gallus in prin. &* §. *videndum, &* §. *vlt. de liber. & postum. l.* 1. §. *ad eos, ad leg. Falcid. l.* 1. *de contraria & vtili tutelæ actione, l.* 3. *de assignandis libertis, l. vlt. de iure fisci, & in prin. tit. de inoff. testam. Instit.* Neque obstat quod stipulatio priuatim fiat, & quod Cuia. in Papinia. *ad nostram l.* 77. existimet omnes actus legitimos in iure fieri, hoc est apud magistratum vel Principem, & eos solos actus esse legitimos qui ita fiunt, atque proprium ordinem eorum actuum hunc esse, vt non fiant nisi in iure. Nam licet verum sit pleraſque actiones legitimas in iure peragi solitas, certum tamen est multas quoque priuatim & absque magistratu celebratas fuisse. Neque enim iure magistratus competunt, vt nec merum imperium, sed apud eos sunt quibus lex aut similis iuris pars dederit, vt S. dictum est Lex autem illas tam priuatis hominibus quàm magistratibus potest concedere. Illud verò in testamento per mancipationem perspicuum est, quod ipse etiam Cuiacius satis fateri videtur actum legitimum fuisse, cùm *ad nostram l.* 77. *h. tit.* & in Papiniano scribit mancipationem familiæ quæ fiebat in testamentis per æs & libram, idque constare *ex Vlpiano tit.* 20. *de testament. & ex Theoph. in prin. eiusdem tit.* Idem etiam manifestum est in acceptilatione, hereditatis aditione, & serui optione, quæ inter actus legitimos nominatim recensentur *in nostra l.* 77. Nam quod ait Cuia. acceptilationē in iure fieri, quia fit per nexi dationē, & definitur nexu solutio, *l.* 1. *de acceptilatione*, facilè refellitur. Ibi enim nexus non de acceptilatione propriè, sed de stipulatione quam soluit, euidenter dicitur. Adde quod nexus solemnis cuius meminit iam citata L. 12. Tab. ex qua stipulationem fuisse inductam diximus in desuetudinē abiit, & nihilominus acceptilatio actus legitimus manet, vt *in nostra l.* 77. Item quod ait hereditatis aditionem in iure fieri, quia repudiatio ibidem fiat, *l.* 3. *suus*, vt *l.* 4. *sicut, C. de repudian. vel. abstinen. heredit.* parùm firmo testimonio ni-

titur ; non enim illis legibus ſancitur repudiationem debere fieri in iure, ſed narratur aliquando fieri, putà cùm lis eſt inter aliquos de hereditate, vt Gloſſa ſentit *in l.* 4. vbi eam etiam extra ius poſſe fieri ſcribit. Et certè ſi aditio deberet fieri apud magiſtratum, quia eſt actus legitimus, aliquod eius rei in libris iuris teſtimonium extaret, cùm eius mentio ſit frequentiſſima : Sicut id nominatim dicitur de aliis legitimis actionibus quæ non niſi in iure fiunt, *l.* 4. *de adoptionib. l.* 3. *&* 4. *de offic. Proconſul. S. & l.* 5. *iubemus, & l.* 6. *cùm inſpeximus, C. de emancipationib.* Quinimo nec cretio quæ fuit olim aditio cum ſcrupuloſa ſolemnitate, *l.* 17. *cretionum, C. de iure deliberandi*, facta fuit in iure, quantum intelligi poteſt ex Vlpia. tit. 22. *& ex C. Th. tit. de cretione, & tit. de maternis bonis & materni generis & cretione ſublata.* Nam & Varro lib. 5. de lingua Latina teſtium tantùm meminit. Poſtquam enim verbum, *cernito*, ita expoſuit : *facito videant te eſſe heredem*, ſubiicit : *ideoque in creditione adhibere teſtes iubent.* Quæ ratio non ſolùm in aditione valet, ſed etiam in acceptilatione, optione, & aliis actibus legitimis, de quibus non eſt nominatim in iure cautum, vt apud magiſtratum fiant. Nam & argumentum quo Cuiac. probare vult optionem in iure fieri, quia Prætor ad optandum præfigat diem, *l. 6. ſi optio, S. de optione legata*, leue eſt ; id enim non ſemper fit, ſed cùm legatarius differt optionem, vt ex contextu apparet, quod & ipſe agnouit *ad hanc noſtram legem, proprio tit.* dum ait plerumque ipſum Prætorem diem decernere. Concludamus ergo actus legitimos pleroſque priuatim fieri ſolitos, licet etiam alii fiant in iure, vt ante dictum eſt, qui ſcilicet iuris teſtem ac interpretem deſiderant, vt dicitur *in l.* 2. *qui religioſa, C. de his qui in eccleſ. manumittuntur*, quæ reſpicit ad manumiſsionem vindictâ quæ lictorem & magiſtratum requirit, *l.* 8. *ego, & l.* 23. *manumiſſio, de manumiſſis vindictâ* ; ac conſequenter falſum eſſe quod Cuia. putat *ad noſtram l. in Papiniano*, proprium ordinem actuum legitimorum eſſe, vt fiant in iure. Itaque tutoris datio teſtamentaria non minùs eſt actus legitimus origine ſuâ quàm quæ fit à magiſtratu, licet Gloſ. contrà ſentiat *ad d. noſtram l.* quam Cuia. ſequitur *ad eandem l. proprio tit. & in Papiniano.* Nam non aliunde proficiſcitur quàm à lege & iure ipſo, vt definitio oſtendit, *l.* 1. *de tutelis S.* & probatur, *l.* 120. *verbis, de verb. ſignif. & tit.* 11. *in regul. Vlpiani.* quo fit, vt homo etiam priuatus teſtamento quemlibet poſſit tutorem dare, verbis ſcilicet imperatiuis, tutor eſto, etiam Prætorem ſiue Conſulem, quia lex 12. Tab. id confirmat, vt iiſdem verbis dicitur, *l.* 20. *tutor, de teſtament. tutela*, hoc eſt, quia non hominis priuati, ſed legis ipſius actio eſt. Nam alioqui nec magiſtratus in ſuperiorem parémue habet imperium, *l.* 2. *de in ius vocando, l.* 4. *de receptis.* Eodem quoque argumento rectè concludi puto manumiſſionem quæ fit teſtamento eſſe actum legitimum ſuâ origine, perinde atque eam quæ fit vindictâ ; nam teſtamentaria manumiſſio ab ipſa l. 12. Tab. deſcendit, *d. l.* 120. *verbis, de verb. ſignif.* ſicut & aliud

quodlibet legatum, vt scribit Vlpian. tit. 1. §. vt testamento: quod sufficit vt legis actio dicatur; nam eo solo argumento Cuia. *ad nostram l.* ait diuortium esse actum legitimum, quia sit ex lege Iulia. Neque obstat, quod *in* §. *eadem lege*, *ibid.* manumissio testamentaria benignius accipiatur quàm ea quæ fit vindicta, quasi hæc ex rigore iuris ciuilis proficiscatur, illa verò ex æquitate naturali. Nam, vt fert iuris regula, in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur, *l.* 12. *in testamentis, h. tit.* Non etiam obstat, quod testamentaria manumissio, sicut tutoris datio, & stipulatio, atque plures alii ciuiles & solemnes actus quos ego legitimos dico fuisse, diem & conditionem palam admittant in causis ciuilibus vel criminalibus contra regulam nostræ legis; illud enim nos deinde expediemus. Testimonii autem dictio quin inter actus legitimos fuerit multò minus dubitari potest; nam venit ex illa l. 12. Tab. *testimonium defugerit*, &c. quæ est apud Festum, ex qua denunciatio testimonii detorta est; sic enim appellatur, *l.* 4. *lege Iulia, de testib.* & apud ipsum magistratum, *l.* 3. *testium fides*, §. 2. *idem Diuus*, *S. de testibus*, & disertè ita appellatur, *l.* 12. *quoniam multi*, *C. de hæreticis*; testimonii enim dictione hæreticis interdictâ, subiicit, quibus omnis legitimus actus interdictus est. Quæ verba cùm aperta sint, non possum assentiri Cuiacio qui obseruat. lib. 15. cap. 16. *& ad d. hanc nostram l. in Papiniano*, illa ideo per abusionem & impropriè dicta arbitratur, quòd paulò post legitimas conuersationes eodem sensu lex dicat, quasi scilicet latâ quadam significatione legitimos actus dixerit pro quocumque actu forensi; nam & illa ratio parùm firma videtur, quia non dicit conuersationes forenses, sed legitimas, actus nempe legitimos significari. Sed etsi de solis forensibus actibus loqueretur, idem esset, quia & illi omnes legis actiones sunt suis formulis concepti & compositi, cùm vigebant ordinaria, id est solemnia iudicia, *l.* 47. *actio negotiorum*, *S. de negotiis gestis*, & ex illo genere quibus homines inter se verè disceptarent, & quasi appendices & sequelæ actionum quibus litigatur, quas inter legis actiones siue legitimos actus connumeratos fuisse iam satis probatum; quod etiam nemo negat. Nam & ipsas insinuationes quæ apud acta iudicialia fiunt inter forenses disputationes connumerari iam docuimus *ex l.* 23. *consulta*, *C. de testament.* quasi dicas forenses conuersationes siue actus quibus homines in foro disceptant, quod est proprium legis actionum, *l.* 2. §. 2. *his legibus ver. deinde ex his legibus*, *S. de orig. iuris.* Omnes ergo omnino actus à iure ciuili profectos siue ordinatos, hoc est solemnes, & certis formulis conceptos actus legitimos siue legis actiones fuisse definio; quod etiam aliquatenus sentit Glossa *in nostra l.* deque iis actibus *titulum de formulis C.* accipio, non de solis actionum quibus litigamus formulis; quod apertè probat *lex* 1. quæ de cunctorum actibus formulariis generaliter loquitur. Et quia illi omnes actus erant legitimi, consequens fuit, vt legis modo, id est, impe-

ratiuè conciperentur, vt de legatis scribit Vlpianus initio tit. 24. nam imperare est legis virtus, *l. legis, S. de legibus*, siue ciuilibus verbis & directis, non precariis, vt apud eundem Vlp. initio tit. 25. quod de institutione & substitutione dicitur, *l. 15. quoniam indignum, de testamentis, l. 5. post aditam, & l. 7. si testamento, de impuber. & aliis substitutio. C. l. 7. verbis ciuilibus, S. de vulgari & pupillari substit. & de libertatis datione, l. 4. cum quidam, S. de necessariis seruis, & l. 14. directas, de testament. manumiss. C.* déque aliis pluribus actibus alibi. Verba imperatiua sunt, putà, heres esto, liber esto: ciuilia & directa tantùm, non imperatiua putà do lego; nemo enim sibi imperat, sed alii, *l. pen. de receptis*: vtraque autem latina esse oportuit, vt de sententiis & decretis dicitur, *l. 48. decretas, S. de re iudicata*, quod & in stipulatione primùm obtinuit, quamuis vtilitate suadente relaxatum deinde fuerit, *l. 1. §. vlt. S. de verb. oblig.* vt & in aliis plerisque, *d. l. 14. de testament. manum. C.* Inter actus verò legitimos fuere nonnulli qui origine & substantiâ sunt iurisgentium, quod obseruatione dignum. Talis fuit mancipatio; nam si eam pro venditione accipias, vt *initio de testament. Instit.* certum est venditionem, vt alios ferè contractus ex iure gentium esse, *l. 5. ex hoc iure, S. de iustitia & iure*, siue pro traditione, vt accipit Caius tit. 6. & Glos. græcolatina in παράδοσις, certum etiam est traditionem eiusdem iuris esse §. *per traditionem, Instit. de rerum diuisio.* Sic donatio origine quidem iurisgentium, *d. §. per traditionem*, sed facta solemnis per imaginariam emptionem, hoc est actus legitimus, *l. vlt. C. de donation.* Sic manumissio ex eodem iure gentium, sed facta etiam ciuilis siue actus legitimus, vt docet Theoph. *ad §. & deditition, Instit. de libertinis.* Itaque vna & eadem actio quæ origine & substantiâ iurisgentium est, si naturaliter & simpliciter fiat, iurisgentium esse dicitur, si vero adhibitis solemnibus celebretur, dicitur esse ex iure Quiritium, & fit actus legitimus, figurâ scilicet inspectâ; nam si substantia attendatur, dicetur iurisgentium. Quo sensu *in l. 8. an inutilis, §. vlt. S. de acceptilatione*, dicitur hoc iure nos vti, vt iurisgentium sit acceptilatio, id est, in acceptilatione non tam figuram attendi, quâ est actus legitimus, vt *in nostra l.* appellatur, sed substantiam & originem, quâ est iuris gentium, vt nempe etiam seruus accepto liberari possit; quamquam iuris ciuilis nullam communionem habeat, *l. 32. quod attinet. h. t. & l. 20. qui testamento, §. seruus, qui testamenta facere possunt*, ac consequenter actuum legitimorum sit incapax. Sic ergo in ciuitate Romana olim pleraque duplici iure poterant peragi, nempe iure gentium naturaliter & sine solemnibus, vel iure ciuili siue solemniter, quæ tamen substantiâ non differrent. Sed multa valde nostræ sententiæ obstant. Nam si verum est quod diximus, omnes actus solemnes, hoc est vel à iure ciuili profectos, vel eius formulis informatos, actus legitimos fuisse, consequens est nullum fuisse magistratum qui non haberet legis actionem. Atqui iam docuimus *tit. de offic.*

Iuridi. S. pleroſque non habere, *l.* 4. *de adoption. S. & l.* 1. *C. eod. tit. l.* 3. *&* 4. *de offic. Proconſ. S.* & apud Paulum lib. 2. ſentent. tit. 25. §. apud magiſtratus, & videmus ſpecialiter deſignari eos qui habeant, *l.* 1. *de offic. Iurid. S. l. vlt. de vindicta libert. l. pen. & ult. de emancipat. liber. C.* Præterea ſi illud verum ſit, conſequens eſt quamplures eſſe actus legitimos & numeroſos. Atqui pauciſſimi in iure ita appellantur. Denique ſequeretur etiam nullos actus à iure ciuili proditos vel ſolemnibus informatos diem vel conditionem palam admittere, vt fert regula noſtræ legis. Atqui plurimi eorum admittunt, putà datio tutoris teſtamentaria, *l.* 8. *tutor*, §. 1. *& l.* 11. *ſi quis, de teſtament. tutelæ S.* Item ſtipulatio, §. *omnis, de verb. obligation. Inſtit.* Item heredis inſtitutio quæ diem quidem non admittit, §. *heres, Inſtit. de heredib. inſtituendis, l.* 34. *hereditas, S. de hered. inſtituend.* ſed conditionem, *toto tit. C. de inſtitut. & ſubſtit. ſeu reſtitut. ſub conditio. factis, & S. de conditionib. inſtitutionum.* Item legatum quod certis & ſolemnibus verbis concipiebatur, §. *ſed olim, Inſtit. de legat.* atque ideo actus erat legitimus, vt ante dictum eſt, *toto tit. C. de condition. inſertis tam legatis quàm fideicomm.* Item donatio *l.* 1. *de donatio. S. & toto tit. C. de donationb. quæ ſub modo, vel conditione, vel ex certo tempore conficiuntur.* Quod & in aliis pleriſque iuris ciuilis actionibus paſſim obſeruare licet. Auctoritas tamen tutoris hoc ex veteri iure retinet, vt purè fiat, non conditionaliter, *l.* 8. *& ſi conditionalis, S. de auctorit tut.* Itaque ſciendum eſt olim quidem verum fuiſſe quemlibet magiſtratum legis actionem habuiſſe, quandoquidem omnes actus forenſes & ipſæ actiones ſimpliciter dictæ quibus perſequimur in iudicio quod nobis debetur eſſent actus ſolemnes & legitimi, vt ante probatum eſt. Quod ita intelligendum eſt, vt nonnulli nullos alios haberent quàm qui in exequenda iuriſdictione ſunt neceſſarii. Alij verò nonnullos alios actus præterea habuerunt. Alij denique omnes omnino apud quos plena legis actio eſſe dicebatur, *l.* 1. *C. de adoption.* prout nempe ſingulis ſpecialiter datum conceſſúmque fuiſſet, *l.* 1. *&* 2. *de offic. Iurid. S.* Sed hæc paulatim immutata ſunt. Nam actus legitimi qui omnibus magiſtratibus eſſent permiſſi in ordinariam iuriſdictionem tandem abierunt, & iure magiſtratus cæperunt competere, pars maxima ad naturalem æquitatem redacta eſt, iuris ſcilicet rigore per benignam interpretationem temperato, ita vt tandem receptum ſit diem & conditionem palam iis adiici poſſe, vt locis prænotatis & aliis quamplurimis, in quibus ratio dubitandi inde petenda, quòd olim iure ſtricto illa non admitterent, quia eſſent actus legitimi. Quâ ratione Cuia. ad hanc noſtram leg. col. vlt. & in Papinia. col. 6. 7. putat olim inter veteres dubitatum fuiſſe, vtrùm ſub conditione ſocietas contrahi poſſit, *l. pen. C. pro ſocio*, quia mancipatio, id eſt, ſolemnis traditio ei ineſſe credatur, *l.* 2. *D. eod. tit.* Atque ita per partes accidit, vt plerique actus legitimi facti fuerint iuris gentium, & illi potiſſimùm qui à iure gentium profecti ſolemni-

bus & legitimis formulis fuerunt concepti & compositi, atque ideo facti legitimi. Quod tunc plenius videtur absolutum, cùm formulæ actuum legitimorum fuerunt ex vsu sublatæ, *l.* 47. *actio, S. de negotiis gestis*, & *l.* 1. *C. de formulis & impetrationib. actionum sublatis*, ita vt actus plerique huiusmodi naturaliter & simpliciter celebrati deinde fuerint & absque solemnibus vllis, atque ideo ad merum ius gentium redacti, sicut res facilè ad suam naturam redit. Cuius nostræ sententiæ firmissimum argumentum duci puto *ex l.* 8. *an inutilis*, § *vlt. S. de acceptilatio.* in qua Vlpianus, hoc iure vtimur, inquit, vt iuris gentium sit acceptilatio, quibus verbis apertè demonstrat acceptilationem, etiam si ea remanserit actus legitimus, vt *in nostra l.* tamen ita per interpretationem & vsum fuisse acceptam & temperatam, vt perinde habeatur ac si esset ex mero iure gentium, ac per hoc cum seruis quoque illam celebrari posse, vt S. docuimus. Pauciſſimi ergo ex actibus legitimis in suo nomine & iure remanserunt, atque illi præsertim qui ab ipso iure ciuili non solùm figuram, sed etiam substantiam sortiti fuerant, quales hodie sunt ii soli qui *in nostra l.* nominatim recensentur, quod indicat verbum, *supra scripti*, in qua lege mancipationis nomine, non solùm patriæ potestatis solutionem, sed etiam liberorum adoptionem, quod etiam Cuia. agnoscit in Papinia. col. 3. ad hanc l. & seruorum manumissionem intelligere debemus qui actus legitimi quoque sunt, *l.* 4. *de adoptionib. l.* 3. & 4. *de offic. Proconſ. S. no.* 82. *constitutio quæ dignitatibus. collat.* 6. nam in adoptione mancipationem fuisse adhibitam certum est, *l. vlt. C. de adoptionib.* & manumissionem seruorum nihil vetat emancipationem dici, per quam scilicet è mancipio exeunt ; nam serui mancipia appellantur, §. *serui autem, de iure personar. Instit.* & hoc sensu in Glossario col. 85. emancipatio dicitur χειραφεσία, id est è manu missio, & rursus col. 659. χειρὸς ἄφεσις & col. 463. ἐξοχείριος emancipatus pro manumisso. Atque ita emancipandi verbum commune liberis & seruis, sicut est manumittendi verbum, *l.* 2. *de offic. Proconſ. S.* & *l. pen de emancipationib. liberor. C.* Itaque si ius hodiernum respicias, vera est Cuiacii sententia, vt non alii sint actus legitimi quàm qui ita nominatim in iure appellantur, in quibus licet verba solemnia hodie non dicantur, sublatis scilicet formulis, tamen vt dicta accipiuntur, *l.* 23. *manumissio*, *S. de manumissis vindicta*, vt idem Cuiac. ad hanc nostram leg. scribit. Verum quoque erit quod ille & Glossa dicunt hanc nostram l. de testamentaria manumissione vel tutoris datione intelligendam non esse, sed de iis quæ à magistratu fiunt. Sed si originem actuum legitimorum & rem totam qualiter variis temporibus processerit perspicuè & ordine certo scire velis, verissimum est omnes actus ipso iure ciuili proditos aut informatos actus legitimos esse, quod etiam Glossam nostræ l. aliquatenus sensisse iam dixi : quæ tamen in eo errat, quòd illud de quacumque iuris parte intelligat, cùm sit tantùm intelligendum de lege & simili iuris parte ex qua hi actus

sunt

sunt à Prudentibus compositi. Absurdum enim est existimare eos actus qui à Prætore sunt introducti legitimos posse dici ; nam Prætorium ius non est solemne, *l.* 27. *nec ex prætorio, h. tit.* Sed iam de regula nostræ legis dicendum, quæ est huiusmodi, actus legitimos quibus dies vel conditio palam adiicitur in totum vitiari per temporis vel conditionis adiectionem. Quæ regula, vt & omnes aliæ ex placitis Prudentum venit, vt facilè intelligitur *ex l.* 6. *muto*, §. 1. *S. de tutelis*, *&* *ex* §. *heres*, *Instit. de heredib. instituendis*, in verbo, *placet*, quo ius à Prudentibus profectum significari solet. Nec mirum, cùm ipsæ quoquæ legis actiones ab ipsis compositæ fuerint, vt S. diximus *ex d. l.* 2. §. 2. *his legibus*, *vers. deinde ex his legib. S. de origi. iuris.* Huius regulæ hanc rationem iamdudum alibi assignaui, nempe quòd non sit priuati hominis modum vel moram legis actioni adferre, quòd, inquam, non sit ea singulorum potestas, vt actum qui à lege proficiscitur possint vllâ adiectione interpellare. Ideo enim legis actiones certas & solemnes esse voluerunt, ne populus prout vellet eas institueret, *d.* §. 2. *his legibus*, *vers. deinde ex his legibus.* Cùm igitur purè & absolutè fuerint conceptæ, ita quoque purè & absolutè sunt peragendæ, neque diem vel conditionem admittunt. Sed si ea sit nostræ regulæ ratio, cur non ipsa, sed alia assignatur *in l.* 34. *quæsitum de adoption. & l.* 5. *in diem, de acceptilatione S.* Nempe quia illis locis non regulæ ipsius ratio generalis inquiritur, sed ratio specialis, quare regulæ vigor, qui in plerisque legitimis actibus fuerit relaxatus, vt iam exposuimus, tamen in adoptione & acceptilatione obseruetur. In adoptione ergo hæc specialis ratio affertur, *d. l.* 34. *quæsitum*, quia moribus nostris non conuenit, inquit, filium temporalem habere, hoc est, quia adoptio ad imaginem naturæ comparata est, *l.* 24. *filios*, *S. de liber. & postum.* At natura filios nobis, non ad certum tempus, sed perpetuos, id est, quamdiu viuunt, procreat. Sic enim perpetuum dicitur in iure, *l.* 1. *pro socio*, *S. & initio tit. de perpetuis & temporalib. action. Instit.* In acceptilatione specialis alia ratio assignatur, quia solutionis exemplo acceptilatio solet liberare, *d. l.* 5. *de acceptilatione S.* hoc est, quia est imaginaria solutio, §. *item per acceptilationem*, *Instit. quibus modis obligat. tollitur*, *Instit.* at solutio fit re ipsâ, *l.* 16. *sub conditione*, *S. de solutionib.* & in facto præsenti consistit. In aliis autem, hoc est, in emancipatione liberorum, manumissione seruorum, hereditatis aditione, optione serui & datione tutoris, nullam specialem rationem in iure assignatam reperio, vt nec omnium quæ à veteribus constituta sunt ratio reddi potest, *l.* 20. *non omnium*, *& l. seq. S. de legib.* An igitur in illis ratio hæc fortè erit, quia isti actus à iure ciuili non solùm figuram, sed etiam originem habent? An quia in facto præsenti consistunt, vt de acceptilatione diximus? An denique, quia sunt actus voluntarii prorsus & qui animi destinatione peraguntur? atque ideo non nisi verâ & certâ scientiâ perfici possunt, *l.* 76. *in totum proximè præcedenti*, *h. tit.* At verâ & certâ scientiâ perfici,

non videntur quæ incerto conditionis euentu committuntur, aut in tempus differuntur, enumerationem verò actuum legitimorum quæ *in nostra l.* habetur à Triboniano additam esse puto, qui omne ius ad sui temporis vsum aptauit, & Papiniani tempore qui legis est auctor multò plures fuisse legis actiones, atque ideo Papinianum regulam generaliter enunciasse, nisi fortè actus nonnullos exempli causâ tantùm enumerare voluerit. Certè, vt ius hodie est, pro certa enumeratione sunt accipiendi, non pro exemplis. Neque enim verba hæc; *qui recipiunt diem vel conditionem*, accipienda sunt, quasi sint aliqui actus legitimi qui recipiant, aliqui verò qui non recipiant, vt malè putat Glo. nostræ legis & Glo. *ad cap. 50. actus, in fin. de reg. iur. lib. 6. Decretal.* nullus enim eorum recipere iure potest, licet facto ipso fortè recipiant, sed frustra; nam per eam adiectionem in totum vitiantur. Regula igitur ita generaliter & simpliciter enuncianda est: Actus legitimi conditionem non recipiunt, neque diem, sicut peritè concepta est, *d. cap. 50. actus legitimi*; nam & in iure Canonico plures sunt actus legitimi; vnde apparet quam vtilis sit iste tractatus. Talis est electio, quæ ideo non admittit vota conditionalia, alternatiua, vel incerta, *cap. 2. de election. eod. lib.* vt rectè Glos. *ad d. cap.* de quo tamen dubitat Glos. *in hac nostra l.* Ego verò prorsus nego, cùm matrimonium semel contractum non possit irritum fieri iure canonico. Certè iure ciuili illud quod simpliciter contrahitur non est actus legitimus; vt enim coniunctio maris & fœminæ est iuris naturalis, ita etiam matrimonium iuris gentium, *l. 1. §. ius naturale, S. de iustitia & iure*, ibi, *quam nos matrimonium appellamus*. At quod olim confarreatione contrahebatur, vel coemptione, siue in manum conuentione, vt apud Vlp. tit. 19. & apud Caium lib. 3. Instit. cuius verba referuntur in collatione legis Mosaicæ tit. 16. procul dubio actus legitimus fuit. Atque ita duæ vxorum species fuerũt, vt docet Tullius in Topicis loco à formâ, vna, inquit, matrumf. hæ sunt quæ in manum conuenerunt: altera earum quæ tantum modo vxores habentur; hoc est vna ex iure gentium altera ex iure Quiritium, id est ciuili. Hodie quoque post Concilium Tridentinum sess. 24. cap. 1. matrimonium actus est legitimus, cùm non iam consensu nudo, sed ritu solemni & certo in facie ecclesiæ peragi debeat, Nonnunquam tamen, inquit lex nostra, actus suprascripti qui scilicet nominatim in ea recensentur, vt pote hodie soli actus legitimi iuris ciuilis, tacitè recipiunt quæ apertè comprehensa vitium afferunt, hoc est, tacitè diem & conditionem recipiunt, quæ palam recipere sine vitio non possunt. Ex quo etiam intelligitur regulam à Prudentibus venire, vt ante dictum est; nam si esset à iure ipso, non minus impediret tacitam quàm apertam diei & conditionis adiectionem, *l. 5. non dubium, C. de legibus*. Intelligitur præterea, quomodo vtilitate suadente in aliis actibus legitimis quos dixi, ad iuris gentium simplicitatem fuisse paulatim reductos, regulæ vigor non sine causa fuerit relaxatus. Atque in iis palam

admissa dies & conditio, postquam in ipsis quoque actibus qui legitimi manserunt idem tacitè permissum est ; nulla enim æquitas, sed stricta iuris ratio, talem adiectionem palam fieri vetat. Cùm autem Papinianus *in nostra l.* illud generaliter dicat de omnibus actibus supra scriptis, malè Glos. id vult restringere ad acceptilationem, de qua nominatim exemplum hîc apponitur, & *in l. 12. quod in diem, S. de acceptilatione*, & ad tutoris dationem de qua idem probatur *in §. sed etsi in testamento, Instit. de Attiliano tutore.* Nam reliqui non minùs possunt tacitè diem vel conditionem recipere, quod apertè dicitur de manumissione vindictâ, *l. 15. mortis causa, S. de manumissionib.* nempe vt si dominus, quia moriturum se breui putat, seruum suum vindictâ liberauerit absolutè & sine vlla conditionis vel temporis adiectione, & diutiùs postea viuat, in extremum tempus vitæ eius conferatur libertas propter mortis causâ tacitam conditionem, vt disertis verbis in ea lege dicitur, cuius argumento Cuiacius rectè putat in Papiniano *ad nostram l. col. pen.* idem in reliquis actibus omnibus legitimis posse vsurpari, nempe vt purè quidem & absolutè celebrentur, & tamen effectus eorum differatur in diem vel conditionem, si id tacitè actum sit, vel si natura ipsius negotii per se ita ferat. Quod perspicuum fiet exemplo ducto *ex l. 8. etsi conditionalis S. de auctoritate tutorum*, in cuius specie contractus qui cum pupillo fiebat erat conditionalis, & nihilominus auctoritas tutoris non conditionaliter, sed purè interponitur, ita scilicet vt ex natura ipsius contractus ipsa quoque auctoritas tacitam conditionem recipiat, vt de acceptilatione dicitur *in nostra l.* Cùm autem in manumissione illud receptum sit, manifestum est & in adoptione & in emancipatione debere locum habere, cùm in iis manumissio adhiberetur, vt S. probatum est. Sic cùm testamentum fieret per æs & libram, dubium non est, quin ipsa imaginaria venditio, vtpote actus legitimus, purè & absolutè fieret : & tamen manifestum est eam habuisse tacitam conditionem soluendi legata & alia quæ seorsim in tabulis vel chartis testator scripsisset, vt intelligitur ex Theophilo *ad §. sed illa, Instit. de testament.* Sic generaliter olim mancipatio, siue liberorum, siue rei cuiuscumque, etiamsi esset actus legitimus, contractâ tamen remancipandi fiduciâ, contrahi poterat, *§. vlt. de legitima agnator. succeff. Instit. l. 2. §. 11. obiicitur, S. ad Sc. Tertyllian. tit. 5. Instit. Caii*, & apud Boetium qui in Topica Ciceronis loco à similitudine pag. 813. illud pluribus verbis explicat. Quod ita est intelligendum, non vt fiducia, id est, conditio remancipandi mancipationi palam adiiceretur, sed vt seorsim fieret, & mancipatio deinde sequeretur, purè quidem & absolutè celebrata, sed quæ tamen tacitam legem & conditionem à fiduciæ contractu acciperet. Sic *in l. 132. quidam, S. de verb. obligationib.* adoptio quidem legitima intelligenda est purè & absolutè fieri, sed tamen tacitam conditionem accipere ex conuentione seorsim facta : neque enim diem vel

conditionem palam recipit, *l.* 34. *quæsitum S. de adoption.* quod etiam intelligitur ex facto Augusti qui non ante Tiberium adoptauit quàm is prius Germanicum adoptasset, §. *illud proprium, Instit. de adoption.* neque enim potuisset Augustus Tiberium conditione adoptandi appositâ obligare. In emancipatione exemplum erit, si quis filiumf. heredem instituerit si à patre emancipetur, *l.* 3. *C. de instit. & substit. sub conditio. factis, l.* 18. *cum seruus, de condition. instit. l.* 92. *si cui legatum, & l.* 93. *mater, de condit. & demonstrat. S.* Nam etsi pater eum purè emancipet & absolutè, ineſt tamen tacitè conditio, si heres sit. Quod si institutio euanuerit, euanescet quoque emancipatio propter tacitam conditionem. Item in hereditatis aditione exemplum erit, putà si ante aditam hereditatem bona decreuerint, & necesse legatariis fuerit cum herede in portione paciſci, vt ille hereditatem adeat, §. *ex diuerso, Instit. de lege Falcidia.* Nam pacti conditio tacitè ineſt aditioni, ita vt si legatarii fidem fallant, & solida legata vindicent, aditio nullius effectus, si heres velit, futura sit, quasi deficiente conditione. Denique & in optione idem potest accidere, verbi gratia si in exhibenda familia heres fraudulenter versatus sit. Nam omnes seruos exhibere tenetur quò legatarius optare possit, *l.* 3. §. 4. *item si optare, ad exhibendum, & l.* 88. *si vendidero*, §. 1. *si ad exhibendum, de furtis S.* Itaque si aliquos heres celauerit, optio non consumitur, vt loquitur *l.* 2. *de optione legata S.* Sed pro infecta manet propter tacitam conditionem exhibitionis familiæ totius. Verum itaque est in omnibus actibus legitimis, quod *in nostra l.* dicitur, eos quibusdam casibus diem & conditionem tacitè recipere, quales casus inter legendum obseruare licebit præter supradictos.

AD TIT.
DE IVDICIIS; C.
AD RVBRICAM.

QVI dicantur iudices, & quid iudicium sit, ante omnia dicendum est. Iudicum autem quædam enumeratio fit, *l.* 11. *properandum, & l.* 12. *rem non nouam, hoc tit. & l. vlt. Cod. vbi & apud quem cog. in integr. rest. agit. sit*: accuratior tamen *in l. penult. de iudiciis*, cuius idcirco in explicanda iudicum serie ductum sequemur. Ex ea ergo lege à contrario colligitur, eos primùm esse iudices qui iurisdictioni præsunt; quanquam enim omnes iudices exceptis pedaneis iurisdictionem habeant, non tamen continuò dici possunt iurisdictioni præesse, vt *ex ea l. penult.* colligitur, & *ex l.* 1. *eodem tit.* illis verbis: *qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet*; præesse enim iurisdictioni illi propriè dicuntur qui iurisdicendi causâ instituti sunt, quales esse probauimus magistratus populi Romani *tract. de iurisdic. & ex l.* 2. *de orig. iur.* Ergo soli Romani magistratus iurisdictioni præesse dicuntur, & primis illis verbis *d. legis penult.* significantur; nàm qui à principe potestate aliquâ præditi sunt, secundo ordine iudicum ponuntur *in eadem l. penult.* & separantur ab his qui præsunt iurisdictioni, & consequenter à magistratibus propriè dictis. Neque enim sunt magistratus legitimi, tum quòd non sint introducti iurisdicendi causâ, quanquam deinde eorum administrationi cohæret iurisdictio, *d. l. vlt. C. vbi & apud quem*, tum quòd non sint creati secundum leges, hoc est, suffragio & fauore populi, sed auctoritate Principis, *l. vnica, ad l. Iul. de ambit.* quod apertè probatur exemplo Præfecti prætorio *in l.* 2. §. *exactis deinde, de orig. iur.* vbi Iurisconsultus Præfectos prætorio cum Magistris equitum confert, vt etiam *in l.* 1. *de off. Præf. prætorio*, non legitimos esse magistratus: quanquam tamen impropriâ & latiori significatione magistratus appellentur *in fine legis primæ de off. Præfec. prætorio.* Idemque

probatur exemplo Præsidum, hi enim separantur à magistratibus, *l. aliud est fraus, de verbor. significat.* hoc est, à magistratibus populi Romani, *l. continet, quod metus causa, l. 4. de interrog. in iur. faciend.* quanquam tamen & impropriè magistratus dicantur, *l. nec mandante, de tut. & curat. datis.* quia scilicet, quamuis magistratus non sint, tamen vice & officio Romanorum magistratuum funguntur, *l. sed licet, de off. Præsid.* Atque hoc sensu accipiendum est quod dicitur *in l. penult.* nempe eos & similes præditos esse aliquâ potestate à Principe, aliquâ inquam potestate, vt quamuis magistratus nomen non gerant, vim tamen & potestatem magistratus alicuius obtineant, *sic in l. 1. de off. Præfect. Augustal.* Præfectus Ægypti dicitur accepisse imperium ad similitudinem Proconsulis lege sub Augusto latâ, non quod Proconsul factus sit, sed quod eâ potestate præditus sit. Sic etiam olim mittebantur in prouincias nonnulli, & consulari & proconsulari potestate, vt neque tamen essent Consules, neque Proconsules. Sic imperatores, vt eorum persona sacrosancta esset, tribunitiam potestatem sibi vendicarunt, non ideo tamen tribuni effecti sunt. Ergo qui à Principibus creati sunt reipub. administrandæ causâ, vel etiam rerum ipsius Principis, non magistratus propriè, sed potestates sunt appellati, *l. iudicib. de curs. pub. C. lib.* 12. quo etiam verbo Itali nunc suos magistratus plerumque nuncupant; atque hæ potestates meritò separantur à magistratibus, & ab his diuersam speciem constituunt, vt *in l. 3. ad L. Iul. maiest. l. 3. §. vlt. de recept. l. eum qui, de iurisdic.* & aliis plerisque locis. Illi ergo qui potestate aliquâ à Principe præditi sunt, iurisdictionem habuerunt, alii aliis veriorem, ideoque iudices appellantur, *d. l. penult. & d. l. iudicib. de curs. pub.* Nam & militares potestates quæ maximè à iure dicendo alienæ esse videntur, iurisdictionis tamen participes factæ sunt, *l. certi mores, hoc tit.* Hinc nata est summa illa iudicum diuisio, vt alii sint ciuiles, alii militares, quibus nominibus continentur vtriusque ordinis illustres, spectabiles, & clarissimi, vt videre est *tit. de off. ciuil. iudic. tit. de off. militar. iudic. tit. de off. diuersorum iudicum, l. 1. de ann. & capit. l. de modo militari, l. 4. & 6. de iurisdictio. om. iudicum & tit. de ratiociniis oper. publici C. & nouella Theodos. & Valent.* 22.

Tertiò autem ordine inter iudices numerantur illi qui ab eo dati sint, qui dandorum iudicum ius habent, *d. l. penult.* Iudices autem dare possunt imprimis Magistratus populi Romani propter vim imperii; hoc enim ad eorum dignitatem pertinere videtur, *l. cùm Prætor, de iudiciis*; idem dicendum videtur de his qui quamuis non sint magistratus, tamen potestate magistratus præditi sunt; & ij sunt quibus iudices dandi licentia lege concessa dicitur, *d. l. cùm Prætor*; nam cùm suam potestatem, & imperium accipiant ad similitudinē magistratus lege aliquâ vel constitutione, vel Senatusconsulto, vt de Præfecto Augustali dictum est supra, consequens etiam est, vt similiter iudicis dandi licentiam quasi partem

illius poteſtatis accipiant, *d. l. cùm Prætor*, non quidem quaſi ſpecialiter attributam, cùm & eam mandare poſſint, ſed quaſi propriam, cùm ſit inſtar magiſtratuũ, vt tractatu de iuriſdictione fuſiùs docuimus. Videtur tamen Procurator Cæſaris quamuis aliquâ poteſtate præditus, non habere iudicis dandi licentiam, *l. 1. C. de Pedaneis iudicibus*, ſed lex illa loquitur, cùm lis eſt inter priuatos tantùm; nam cùm in eos iuriſdictionem Procurator Cæſaris non habeat, niſi inter conſentientes, *l. 1. de iuriſdic. C.* Sequitur neceſſariò non poſſe eum iudices dare in cauſis priuatorum: At contrà quia iuriſdictionem habet inter fiſcum & priuatos, *l. 5. vbi cauſæ fiſcales C.* dicendum quoque erit eum poſſe iudices dare in cauſis quæ ſunt inter fiſcum & priuatos, neque hoc negat *d. lex 1. de Ped. iud. C.* ergo poteſtate præditi à Principe iudices dandi licentiam habent, quod de Præſidibus dicitur *in l. Placet 1. C. de Ped.* in qua tamen hoc ius valde immutatũ eſt; nam cùm antea Præſides non poſſent de illis cauſis cognoſcere quibus eſſent proditæ actiones, ſed ex officio ſuo iudices Pedaneos darent, vt ſuo loco explicatum eſt: Diocletianus tamen ſtatuit, vt illis hodie non ſit licentia dandorum iudicum, ſed vt debeant ipſi adhibere ſuæ notionis examen. Cuius rei ratio peti poteſt *ex nouell. 60. vt defuncti ſeu corpora defunct. §. 1.* quia veriſimilius eſt Magiſtratus pro luce & claritate ſuæ dignitatis ſanctiùs iudicaturos argumento etiam *legis primæ in fine, de off. Præfec. prætorio.* Addit tamen hanc exceptionem Dioclet. niſi Præſides ſint occupati multitudine negotiorum publicorum vel cauſarum; illis enim duobus caſibus adhuc illis permittit iudices dandi licentiam: quod tamen ita eſt intelligendum, vt non poſſint, quantumuis occupati, iudices dare in iis cauſis de quibus ipſi antea ex officio cognoſcere tenebantur, cùm Dioclet. eam dicat eſſe mentem ſuam, vt Præſidum iudicia non diminuat: ſed potius amplificet, hoc eſt iudicia ipſa vult transferre à Pedaneis iudicibus in ipſos magiſtratus. Declarat nihilominus ſeſe conſeruare Præſidibus cognitionem de cauſis ſtatus, vt ipſi de his cognoſcant, quamuis olim ea pertinerent ad Conſules, non ad Præſides, apparet ex Epiſtola Plinij 2. lib. 1. ad Traian. & hic eſt ſenſus *d. l. placet C. de Pedaneis iudic.* Inde factum eſt, vt quia Magiſtratus & alij qui iuriſdictionem habent, iudicare ipſi & cgnoſcere debuerunt, iudices quoque ſint appellati, quod nomen antea ad Pedaneos iudices vt plurimum referebatur; quo ſenſu etiam libris digeſt. frequentiùs accipitur: quanquam & ad Magiſtratus vel aliquâ iuriſdictione præditos quandoque referatur, vt *d. l. penul. & l. 1. de iud.* & alibi ſæpe: at in libris Codicis, iudicum appellatione veniunt vt plurimum ipſi magiſtratus aliique poteſtate præditi à Principe, vt *titulo de iuriſdic. omnium iudicum*, alijſque locis ſupra citatis. Conſtitutio autem *d. legis placet*, aliquatenus laxari videtur, *l. vlt. C. eodem titulo de Pedan. iud.* In ea enim Iulianus indiſtinctè permiſit vt Præſides humiliora negotia diſceptent operâ Pedaneorum iudicum: hoc tamen ambiguum

manet, vtrùm in singulis causis huius generis Præsides deberent addicere, & dare iudicem Pedaneum, an verò vtrùm certum numerum eorum constituerent, quibus in vniuersum darent potestatem earum causarum iudicandarum: Quod magis videtur nàm; & lex ait, ijs in negotiis superfluum esse Præsidem expectare, ita vt innuere videatur iudices Pedaneos de illis causis absque speciali datione cognoscere. Idem etiam innuit vltimis verbis lex, cùm ait licere Præsidibus iudices Pedaneos constituere; Innuit enim non addicere in singulis causis, sed in vniuersum, & semel instituere, & generaliter illis iudicandi potestatem permittere; atque ita videtur intelligenda potestas pedaneorum iudicum quasi quædam eorum iurisdictio *in l. vlt. de excusat. artif. C. Theodos.* quæ non multis annis scripta est post *d. l. vlt. de Pedan. iudicib.* intersunt enim tantùm 12. vel 13. anni, vt ex comparatione scriptionum liquebit. Prætereà ius dandorum iudicum habet is cui iurisdictio mandata est, *d. l. cùm Prætor, de iudic.* Meritò tamen dubitari potest, vtrùm generalia illius legis verba restringi debeant ad legatũ Proconsulis, cuius solius exemplũ ponit: nàm multùm ille differt à reliquis quibus iurisdictio mandatur, & multa singularia sibique propria habet, vt docet Glossa *in l. solent, de off. Proconsul. & in l. à iudice, hoc tit.* quod fusiùs illustrat vir clarissimus Petrus Faber *ad l. nemo potest, de regu. iur.* hoc autem inter cætera maximè singulare est & diligenter obseruandum, quod iurisdictionem propriam habet legatus, quamuis eam habeat mandato Proconsulis, quod repugnat mandatæ iurisdictioni, *l. 1. in fine de off. eius.* Propriam autem iurisdictionem habere probat à contrario sensu *l. legati, de off. Proconsulis*, vbi Glossa id advertit, vt & *in l. more, de iurisdictione*; Probat item *l. cognitio*, §. 1. *de off. eius*, neque repugnat quod est *in fin. d. l. 1. de offic. eius*, ex cuius contextu meritò quis concludat, legatum Proconsulis nihil habere proprium. Sed hoc ita est intelligendum, vt scilicet ex sese iurisdictionem non habeat, nisi illi fuerit mandata, eóque sensu negari potest quid habere proprium: sed postquam semel illi mandata est iam sibi quasi propriam vindicet, quod præter superiora testimonia certissimis conficitur argumentis; nàm à legato Proconsulis appellatur ipse Proconsul. quasi scilicet eorum sit distincta iurisdictio, *l. 2 quis à quo appellatur.* quamuis tamen in reliquis qui iurisdictionem mandatam habent, aliud obtineat, *l. 1. §. 1. eod. tit.* deinde Proconsul semel mandatam iurisdictionem non potest legato auferre inconsulto Principe, *l. solent*, §. *sicut autem, de off. Proconsul.* Præterea Proconsul legatis suis iurisdictionem mandare necessariò debet, quod probatur *in l. obseruare*, §. *post hæc, de off. Proconsulis*; nàm & eos olim accipiebant auctoritate Senatus, vel iudicio Principis, vt idem vir doctissimus docet *ad d. l. nemo potest*, & Cuiac. *ad tit. de off. Proconsul. in Paratitulo C.* quanquam tamen è diametro pugnare videatur cum nostra sententia, *d. l. solent in* §. *sicut*, vbi videtur esse in arbitrio Proconsulis

suam

ſuam iuriſdictionem mandare, vel non mandare, quod occaſionem dedit Gloſſ. vt *in d.* §. *poſt hæc* interpretetur verbum, *debet*, id eſt, *poteſt*. Sed verum quidem eſt debere neceſſariò Proconſulem iuriſdictionem ſuam mandare legatis: ſed hoc tamen in arbitrio eius eſt, an huic vel illi mandare velit, an non mandare; electio enim perſonæ videtur Proconſulibus indulta, quam tamen ab initio non habebant. Quamquam autem hæc ſingularia ſunt in iuriſdictione legatis mandata, tamen quod attinet ad iudicis dationē, nihil in illis eſt ſingulare, ſed hoc etiam permiſſum reliquis omnibus quibus iuriſdictio mādata eſt, cùm iudicis dandi licentia ſit mixti imperii, & conſequenter iure magiſtratus cōpetat. At quæ ſunt huiuſmodi mandatâ iuriſdictione trāsferuntur, *d.l.*1. *de off. eius*. Quarto ordine inter iudices numeratur, *d.l. penul.* qui ex cōpromiſſo ſumptus eſt, hoc eſt, arbiter compromiſſarius; hæc eſt enim ſumma arbitrorum diuiſio, vt ad alios eatur ex compromiſſo, ad alios verò ſine compromiſſo, hoc eſt, non promiſſa hinc inde pœna per ſtipulationem, *l. ſocietatem*, §. *arbitrorum*, *pro ſoc.* Arbiter autem compromiſſarius eſt qui in ſe iudicis partes ſuſcipit, finemque ſe ſuâ ſententiâ controuerſiis impoſiturum pollicetur, *l. Pomponius*, §. *recepiſſe*, *de receptis*, cuius ſententiæ parendum eſt omninò, ſiue iuſtæ, ſiue iniuſtæ, *l. diem proferre*, §. *ſtari*, *eod.* quia ſcilicet ab ea non licet appellare, cum nec ex ea naſcatur actio iudicati, *l.* 1. *C. de receptis*, nec etiam exceptio, ſcilicet iudicati; ſic enim intelligenda eſt *l.* 2. *ff. eod.* vt rectè ibi Gloſſa, alioqui enim ex arbitrio quandoque naſcitur exceptio pacti, *l. penult. & vlt. C. de receptis*. Statur autem ſententiæ huius compromiſſarij metu ſolius pœnæ compromiſſæ, *d. l* 1. *C. de receptis*, *& l.* 3. §. 1. *ff. eod.* quare non cogitur quis per ſe illi obtemperare, modò pœnam ſtipulatione comprehenſam abſoluat, *authe. decernit*, *C. de receptis*; Atque hic iudex compromiſſarius habet iudicis inſtar & ſimilitudinem, *l.* 1. *de receptis*, *& l. rem non nouam*, *hoc titulo*. Sed cùm ſint præterea aliæ arbitrorum ſpecies, videndum eſt quare à Iuriſconſulto *in d. l. penult.* non enumerentur. Nam ſumitur aliquando arbiter abſque vllius pœnæ compromiſſione, & in contractibus adijcitur, vt rem aliquam æſtimet & definiat, putà partes ſocietatis ad modum operarum, *d. l. ſocietatem*, *cum quatuor ſequentib. pro ſocio*, *& L. vlt. C. de contrahend. empt.* Sed hic merito non recenſetur *in d.l. penult.* quia non ſuſcipit partes iudicis, ſed potius æſtimatoris. Et obſeruandum hunc arbitrum aliquando adhiberi tanquam certam perſonam, vt eius arbitrio omnino ſit obtemperandum, quaſi hoc ſit pars contractus, *d. l. vlt. C. de contrahenda empt.* aliquando verò adhiberi, vt eius arbitrium redigatur ad arbitrium viri boni, quamuis eius perſona ſit nominatim comprehenſa, *d.l. ſocietatem*, *cum qnatuor ſequentib.* Prætereà *in l.* 4. *Cod. de receptis*, arbiter aliquando ſumitur adhibito ſacramento, cuius ſententiæ ſtandum eſt metu periurij; ideoque hic inter iudices eſt recenſendus: Ideo tamen *in d. l. penult.* illius nulla fit mentio, & quòd fuerit introductus

post iurisconsultum â Iustiniano, & quod etiam fuerit ab ipso tandem sublatus. Item *in l. rem non nouam, hoc tit. & l. penult. C. de receptis, & l. vlt. C. vbi & apud quem*, vbi duo alia arbitrorum genera numerantur; vnum eorum qui ex consensu partium eliguntur, absque compromisso scilicet & iureiurando, vel contractu aliquo, & ex nudo denique pacto; aliud eorum qui sententiâ iudicum constituuntur arbitri. Illi autem qui ex consensu nudo assumuntur, ex constitutione Iustiniani redacti sunt ad similitudinem iudicum, vt ex eorum sententia non modò detur pacti exceptio, sed etiam actio, *l. penult. C. de receptis.* Cuiac. in paratit. C. existimat licere appellare ab his arbitris cum consensu electis, quamuis à compromissarijs non liceat; quod probari putat, *l. ex consensu, de appell.* Sed ratio iuris repugnare videtur; nam si à compromissariis non licet appellare, quia eorum sententia iudicatum non facit, *d. l. 1. C. de receptis*, multò magis eadem ratione idem dicendum erit in alijs. Neque contrarium probat *d. l. ex consensu*; nam in ea appellatur tanquam à iudice dato, non tanquam à compromissario. Quamquam enim ex consensu litigantium iudex sit ibi datus à Præside circa compromissum, ita vt dici possit arbiter, imò & compromissarius, prævalet tamen auctoritas iudicis, ita vt ille habeatur, non pro arbitro, sed pro iudice dato; nàm & sic appellatur *in eadem l.* Denique arbiter etiam ille est qui ex auctoritate sententiæ constituitur, vt loquitur *lex rem non nouam, hoc nostro tit. C.* siue quod idem est, à iudice sententiâ præcedente, vt loquitur *lex penult. C. de receptis*, atque talis arbiter separandus est à iudice dato, quamuis primâ fronte idem cum eo videri possit; nam & iudex datus arbiter appellatur, & eius sententia arbitrium, § 1. *de act. instit. l. Sancimus, C. de aduocat. diuersor. iudiciorũ l. præcipimus*, §. *huic, C. de appella. l. 2. de tempor. appella. C. l. vlt. de iud.* in qua tamen non immeritò possit dubitari, vtrùm arbiter, non pro iudice dato, sed pro arbitro æstimatore accipiatur. Hoc enim videtur tollerabilius in viatore; etenim arbiter æstimator, quamuis sententiâ datus, datur ex formula: at talis arbiter datur ex auctoritate sententiæ. Item iudex eò datur vt etiam dirimat, arbiter verò talis, vt aliquid æstimet, rationes excutiat, vel fideiussores probet, aut quid simile; atque hæc species arbitri numeratur cum duabus alijs *in l. penult. C. de recep.* in qua tres præcipuè arbitrorum species recensentur, compromissarij, electi, & constituti sententiâ iudicis, cui enumerationi congruet omnino enumeratio *in d. l. rem non nouam*, si modo sublatâ disiunctione, *vel*, sic legas cum Cuiac. in parat. C. vel qui arbitrium peragunt ex auctoritate sententiarum & partium consensu electi, & generaliter omnes effectus. Putat autem ille præterea *tit. de recep. & tit. vbi & apud quem*, & obseruat. 9. cap. 23. tales arbitros æstimatores dari etiam posse iudicum Pedaneorum sententiâ, quamuis alioqui iudex Pedaneus non possit alium iudicem dare, *l. à iudice, hoc nostro tit.* quæ sententia videtur admittenda, quanquam non videatur

probari vt ille putat, *l. vlt. C. vbi & apud quem*, his verbis, *vel apud eos qui dantur à iudicibus, &c.* nam quamuis primâ ſpecie videatur eadem fieri enumeratio arbitrorũ *in ea l.* quæ *in d. l. rem non nouam, & d. l. pen. C. de receptis*, tamen verum eſt duos tantùm enumerari, nempe compromiſſores & electos; nam cùm *in ea l.* agatur de veris iudicib. vel his qui habent inſtar iudicum, meritò omiſſi ſunt arbitri ſententiâ conſtituti, qui magis ſunt æſtimatores quàm iudices. Neque verò verba hæc, *qui dantur à iudicibus, &c.* poſſunt intelligi de his arbitris qui dantur à iudicibus Pedaneis; nam non dicit dari ſententiâ, vt duabus prædictis legibus, ſed ſimpliciter dari à iudicibus; propterea certum eſt iudices Pedaneos non modò non habere propriam iuriſdictionem, ſed nec aliquam omnino, vt conſtat *ex principio d. l. vbi & apud quem*, nec etiam habere iudicandi facultatem, ſed potius neceſſitatem, vt in definitione iurisdictionis expoſitum eſt. Adde tertiam rationem; ſic enim remotis ſolis arbitris qui darentur à iudicibus Pedaneis ſequeretur reliquos arbitros æſtimatores poſſe cognoſcere de cauſa reſtitutionis, quod abſurdum eſt, cùm iudicis partes non gerant; ſequeretur etiam iudices datos ab his qui mandatam habent iuriſdictionem poſſe de eadem cauſa cognoſcere; quod etiam abſurdum eſt, vt deinde dicetur. Quare rectè in tractatu de iuriſdic. verbum, *à iudicibus*, diximus non eſſe referendum ad Pedaneos iudices. Non tamen placet propter ſuperiores rationes quod ibi iudices interpretabamur pro defenſoribus vel ſimilibus. Magis placet quod Gloſſa, quamuis fluctuans, hoc refert in 2. opinione ad iudices qui iuriſdictionem mandatam habent: Nam de his verè dici poteſt quod ſequitur: *qui propriam iuriſdictionem non habent, l. 1. in fine & l. 3. de off. eius, l. more & ſequent. de iuriſdic.* Et quod ſubijcit: *Sed tantummodo iudicandi facultatem*, intellige per ſe vel per iudices datos. Ratio autem, quare tales Pedanei iudices non poſſunt cognoſcere de reſtitutione, ſatis aperta eſt; nam Pedanej qui dantur à magiſtratibus ideo poſſunt cognoſcere, quiâ magiſtratus ipſe qui iudicem dedit fingitur pro Tribunali cognoſcere vt eſt *in ipsâ l. vlt. C. vbi & apud quem.* At hæc fictio non poteſt adhiberi in iudice dato ab eo cui iuriſdictio mandata eſt, cùm certum ſit eum qui talem iuriſdictionem habet non habere tribunal. Vltimo loco inter iudicum ſpecies refertur is qui ex aliqua lege confirmatus eſt, *d. l. penult. de iud.* cuius exemplum Gloſſa proponit de eo cui ſit mandata iuriſdictio; nam & hic proculdubio iudex eſt, *d. l. vlt. C. vbi & apud quem*, & Paul. *in l. & quia, de iuriſdictione* diſertis verbis affirmare videtur, eundem habere iuriſdictionem ſuam ex lege confirmatam: Verumtamen repugnat, quòd iuriſdictio mandetur more maiorum, *d. l. more*, vt & omnis magiſtratus iuriſdictio moribus eſt mandata, *l. cum Prætor, de iudic.* Quare Cuiac. *in d. l. more*, interpretatur lege confirmatam, id eſt, iuſſu populi, vel lege, id eſt, more qui legis vim habet. Sed certum eſt legem & morem diuerſas

constituere ſpecies, §. *conſtat, de iure naturali, inſtit.* & hæc tanquam diuerſa opponi, lege dari, vel more dari, *d. l. cum Prætor, & l.* 1. *in principio, de off. eius.* Quapropter dicendum cum qui habeat iuriſdictionem mandatam, ſi generaliter loquamur non habere iuriſdictionem lege confirmatam, ſed more: & Paulum *in d. l. & quia*, quamuis eius verba ita ſint truncata à Triboniano, & cum ſuperiori lege contexta, vt generalia videantur, egiſſe tamen illo loco de iuriſdictione mandata legato Proconſulis, quod apertiſſimè probatur *ex l. legatus, de off. Proconſulis*, quæ eſt eiuſdem Pauli, & ex eodem, lib. 2. ad edictum; nam de legato Proconſulis ita diſputabat, vt fateretur quidem eum poſſe iudicem dare mandatâ ſibi iuriſdictione, *d. l. legatus*, non tamen poſſe eam alteri mandare, quia lex ei non deferat principaliter, ſed mandatam confirmet; vt enim Proconſul, ſic & eius legatus, non more, ſed lege iuriſdictionem habet, *d. l. cum Prætor*, & ea eſt breuiſſima illius loci & veriſſima interpretatio. Quare aliud exemplum quærendum eſt iudicis qui ex aliqua lege confirmatus ſit: rectè autem poni poteſt in iudice quæſtionis, publicæ ſcilicet quæſtionis; nam iudicii publici exercitio lege datur, vel eo iure quod legis vim obtinet, *l.* 1. *de off. eius*, & plerumque datur priuato qui iudex quæſtionis dicitur, & à magiſtratu diſtinguitur, *l.* 1. *de ſicariis:* Poni quoque poteſt in magiſtratibus Municipalibus vel Defenſoribus ciuitatum qui iudices ſunt, & omnem ſuam poteſtatem à lege Municipali habent. Neque obſtat, quod *d. l. penult. de iudiciis* dicat, *confirmatus*; nam confirmare accipi poteſt pro ſimplici firmare, vt confiteri pro fateri & aſſerere, vt in confeſſoria actione, *l.* 2. *ſi ſeruit. vind.* Item exemplum poni poteſt in iudice dato à magiſtratu municipali, cui in aliquo caſu ſpecialiter lex conceſſerit iudicis dandi facultatem, vt apud auctores varios de limitibus agrorum, in lege Manilia, his verbis, *deque ea re curatoris cui hac lege erat iuriſdictio recuperatorùmque datio addictio eſto*; nam talis iudex datus meritò ſeparatur ab his qui dantur ab eò qui ius dandorum iudicum habet, iure ſuo ſcilicet, & propter vim imperii. Nam magiſtratus Municipalis talem licentiam non habet niſi quatenus illi lex ſpecialiter tribuit. Sed in his exemplis hæc poteſt eſſe dubitatio, quod iudex quæſtionis pertineat ad publica iudicia de quibus eſt infra proprius locus, vt etiam iudex Municipalis ſuum habet titulum, *l. ad Municipales*, & propriè *in hoc tit.* agitur de judicibus Romani iuris diſceptatoribus, vt *in l. rem non nouam, hoc noſtro tit.* non iuris Municipalis, quo ſenſu Magiſtratus Municipales ſeparantur à iudicibus, *l. vlt. C. qui admit. ad bonor. poſſ. poſ.* Quare magis placent exempla duo quæ Roaldus afferebat *ex l. Iudæi communi, C. de Iudæis*, & *ex l. apertiſſimi, hoc noſtro tit. C.* vt tamen intelligamus alia quoque exempla in iure poſſe occurrere, eorum ſcilicet iudicum qui vel ſint à lege inſtituti, vel confirmati, neque referri poſſint ad quatuor priores ſpecies. Sed videtur eſſe

vitiosa argumentatio Iurisconsulti *in d. l. penult.* cùm videatur omisisse aliquas formas iudicum, putà eum qui habet mandatam iurisdictionem; nam & hic quoque iudex est, *l. vlt. C. vbi & apud quem.* Sed dicendum eum non constituere speciem iudicis per se, cùm nihil proprium habeat, sed alienam iurisdictionem exerceat, *l. 1. in fine, & l. 3. de off. eius,* ideoque eadem persona esse videatur cum eo qui iurisdictionem mandauit, *l. 1. §. 1. quis & à quo appell.* Item videtur omissus iudex à Principe datus. Sed dicendum hunc contineri illis verbis, *à Principe potestate aliquâ præditus,* cùm iurisdictionem habeat, vt dictum est tractatu de iurisdictione, vel his, *ab eo qui ius dandorum iudicum habet datus est,* vt *in l. à iudice, hoc nostro tit. & d. l. vlt C. vbi & apud quem.* Denique videtur omissus iudex qui alicui collegio præest, electus nempe consensu eorum qui sunt in collegio, vt Glossa & interpretes *ex l. vl. C. de iurisdict.* Sed illius legis longè alius sensus est; non enim nouam formam iudicis proponit, sed agit de iudicibus publicis, ad quorum curam & dispositionem, negotiationes, professiones, collegia vel corpora aliqua pertinent, cuius rei exemplum illustre sumi potest ex Præfecto vrbi ad cuius iurisdictionem spectabant Argentarij, *l. 2. de off. Præfect. vrbi.* Suarij, & Boarij, *l. 1. §. cura, eod.* Et apud Cassiod. lib. 6. cap. 18. Pistores, *l. 1. de pistoribus, C. Theodos.* Mensores portuenses, *l. 9. de Suar. C. eod.* Sicarii portus *tit de Sica. Portus eodem C.* olei distractores, *l. 1. de mensis olear. eod. C.* Nauicularii *tit. 47. lib. 2. eiusdem C.* & generaliter omnia Corporatorum genera, *l. omnia C. de off. Præfect. vrbi*; atque ita eam legem esse intelligendam necessariò colligitur ex eo quod lex dicat, talem iudicem cognoscere etiam de publicis causis; nam qui à priuatis eligitur de his cognoscere non potest *d. l. Iudæi.* Expositis autem iudicum formis iudex ita definiri posse videtur, vt sit iuris disceptator inter litigatores, siue inter actorem & reum, *l. rem non nouam, hoc tit. l. 3. §. tametsi, de recept.* Sic Prætor qui veteri appellatione, iudex dicebatur, vt scribit Liuius lib. 3. decad. juris disceptator dicitur à Tullio in legibus. Item sic definiri potest, cuius officium est suâ sententiâ finem litibus seu controuersijs imponere, *l. Pompon. §. recepisse, de recept. l. de qua re, de iud.* vel denique cui sententiæ licentia tributa est inter litigatores, siue inter actorem & reum, *l. singulari, C. ne quis in sua causa,* & obseruandum iudicem etiam Pedaneum dici iuris disceptatorem, *d. l. rem non nouam,* ex quo refellitur eorum sententia qui putant iudices Pedaneos de facto, non de iure cognouisse; iudicium verò quod attinet ad hunc tit. variis modis sumitur. Primò pro pronuntiatione iudicis, siue sententia; ex quo iudicatum & res iudicata, *l. 1. de re iud.* sic Ascon. intelligendus qui in argumento diuinationis scribit, iudicium esse rem quæ causam litemque determinat. Secundò iudicium accipitur pro conceptione formulæ quâ iuris disceptandi ratio iudici Pedaneo præscribitur. Hinc iudicium suscipere, *l. 3. de iudic.* & iudicem dare, passim in Edictis Prætoris. Tertiò

accipitur pro actione quæ illâ formulâ continetur, *l. 1. C. de contr. iud. tutor.* Quartò videtur accipi pro ea poteſtate quam is habet qui tribunali præeſt, *l. 2. in fine de Iudic. & l. aliud eſt fraus*, 131. *de verbor. ſignif.* quo ſenſu in iudicio, vel apud Pedaneos iudices tanquam diuerſa ponuntur, *l. 2. C. de libert. & eorum liber. C.* Vltimò iudicium eſt iuris diſceptatio inter litigatores ſiue inter actorē & reum, quo præcipuè ſenſu iudicium accipitur *hoc tit. & conſimili ff.* in quibus traduntur pleræque regulæ quæ pertinent non ſolùm ad iudicia Pedaneorum iudicum, ſed etiam eorum omnium qui ſupra enumerati ſunt *ex d. l. penult. de iud.*

Ad L. 1. 2. & 4.

CVM Iudicij initium ſit litis conteſtatio, & finis ſententia, meritò in principio huius tituli agitur de vi ac poteſtate vtriuſque; ad horum autem legum interpretationem explicandum eſt, quomodo per litis conteſtationem iudicium inchoatur, & an lite conteſtatâ nouatio fiat. Itaque in ius ſiue ad iudicium vocatio, & inchoatio ſeu exordium litis differunt *l. Singulari, C. de plus petit. Et nouell.* 112. *de litigioſ.* §. *ſi verò apud iudicem collat.* 8. Nam in ius vocatio eſt quidem initium actionum inſtituendarum, §. *vlt. de pœnis tem. litig.* & fit iudicii accipiendi cauſâ; non tamen iudicium cœptum vel lis inchoata dici poſſit, non etiam ſi adhibita ſit cautio iudicio ſiſti, *l.* 15. *amplius non peti, rem rat. hab.* nec etiam ſi actio edita ſit, *l.* 3. *edita, C. de edendis.* At iudicium accipitur, ſiue lis inchoatur, cùm lis conteſtatur, *l. apertiſſimi, hoc tit. l. aliam, de nouat. l.* 25. *etiam Ædiles*, §. *item* 4. *ſecundum, de ædilit. edict.* Itaque conuentio, id eſt, in ius vocatio diſtinguitur â litis conteſtatione, *l. ſi homo* 45. *de rei vind. & d.* §. *ſi verò.* Litis autem conteſtatio olim fiebat apud magiſtratum qui iudicium dabat, id eſt formulam iudicij, putà Prætorem, *l.* 1. *in fine, de ferijs*, ducto nomine, quòd cùm poſtquam auditis hinc inde litigantibus Prætor concepiſſet iudicii formulam, litigantes conteſtabantur, hoc eſt teſtibus appellatis litem ſibi inuicem denuntiabant, his verbis, *teſtes eſtote*, vt auctor Feſtus eſt. Itaque litem conteſtari, acceptum iudicium, & inceptum iudicium, pro eodem ſumuntur, quia eod. tempore fierent; nàm cùm litigatores iudicium, id eſt formulam à Prætore accipiebant, litem conteſtabantur, tuncque iudicium incipiebat. Hodie verò ſublatis formulis impetrationum & poteſtate iudicibus Pædaneis factâ de quibuſdam cauſis iudicandi non expectato Præſide, *l. vlt. C. de Pedaneis iudicibus*, conſequens eſt, vt & apud eos fiat litis conteſtatio: ea eſt autem cùm iudex per narrationem negotij cauſam audire cæpit, *l. vn. C. de litis conteſtat.* narrationem intellige factam ab vtraque parte; alioquin eſſet ſimplex poſtulatio, vt *in eadem l.* ſiue eſt, cùm actor petit à reo apud iudicem, *d. l. amplius non peti*, ſiue cùm cauſa in iudicio primùm agitatur, *l. nulla & l. præcedenti C. de pro-*

curatoribus, siue cùm narratio proponitur & contradictio obiicitur, *l. rem non nouam, hoc tit.* Itaque litis primordium dicitur narratio & responsio, *l. 2. in princip. C. de iureiur. prop. calum.* Ergo *in 1. l.* nostra Glossa rectè interpretatur *iudicio cæpto*, id est, *lite contestâ*, vt etiam sentit *in l. & quia, de iurisdic.* Sic cautionis iudicio sisti, quæ fit vt iudicium accipiatur, *l. 1. & 2. C. si ex nox. causa*, effectus est litis contestatio, *l. sicum in fine, si quis caut.* Lis ergo propriè est quando est contestata ante verò est controversia, *l. sed etsi*, §. *si ante, de pet. hered.* quanquam tamen quæ controuersia dicitur *in l. Pomponius*, §. *recepisse, de receptis* eadem lis appellatur *in l. 1. eod.* & vt Glossa vult *in l. 1. de testibus, & in l. causas, C. de transactionibus*, plerumque hæc confunduntur, lis, causa, & controuersia.

Sed videndum est nunc, an litis contestatione obligatio in iudicium deducta nouetur, quod putat Glossa *in nostra l.* in verbo, *vsurarum.* D. autem Cuiac. *in l. cum stipulanti 90. de verbor. obligationib.* ait videri novationem fieri, *& tit. de nouat. C. in paratit.* ait per litis contestationem fieri nouationem, si etiam condemnatio sequatur. Et sanè verum est aliquando litis contestatione nouari obligationem, putà si delegatio facta sit *in l. delegare, de nouationib.* & sequatur deinde litis contestatio ab eo cui delegatio facta est, *l. 3. C. de nouat.* Item fit nouatio, cùm procurator litem contestatur; nam & eo modo fit procurator litis dominus, *l. procuratoribus, & l. nulla, C. de procuratorib. l. ab executore*, §. *vlt. de appell* & res, hoc est, lis fit procuratoris, *l. si procurator agit*, §. 1. *de doli exceptione*, ideoque in persona procuratoris concipi debet sententia, quia scilicet illius persona in iudicio versatur, non eius qui eum constituit, *l. 11. C. de sent. & interlocut.* hinc dubitatur, an qui procuratorem constituit habeat iudicati actionem, & ea dicitur illi indulgeri, *l. si procurator, C. de procuratoribus*, quia directò procuratori competebat. Atque hoc modò intelligere oportet nouationem fieri litis contestatione *in l. 2. C. de oblig. & acti.* vt scilicet maritus fuerit constitutus in rem suam procurator. Atque hæc nouatio quæ fit iudicio accepto, seu litis contestatione, non est voluntaria, sed necessaria, *l. aliam, de nouat.* vbi differentia traditur inter vtramque, quia necesse mihi est litem persequi, *l. vlt. de remiss.* Præterea fit nouatio sententiâ iudicis, vt disertè ait *l. sancimus, C. de vsur. rei iud.* hincque peti debet ratio dubitandi *in nostra l. 2.* non tamen propriè nouatio est, quia non perimitur ipso iure actio, sed per exceptionem rei iudicatæ *d. l. 2.* quod tamen requirit *l. 1. de nouationib.* hincque exoritur ratio decidendi *in d. l. 2.* quia si aliqua species administrationis non sit deducta in iudicium tutelæ, nihilominus de ea potest iterum proponi actio tutelæ, & si obijciatur exceptio rei iudicatæ replicabitur de dolo, *d. l. 2.* & si non aliqua species, neque aliquod principale caput litis, sed eius accessorium sit omissum, tum obstabit exceptio rei iudicatæ, vt *in l. 4. hoc tit.* quam Glossa rectè hoc loco conciliat cum *d. l. 2.* sed nimium vi-

deri possit, quare *in ea l.* 4 interfit pupilli omissam esse à tutore euictionis cautionem in prædiis emendis, quando euictio etiam omissa debeatur ex natura euictionis, *l. sed etsi* 19. *de euict.* Sed dici potest tutorem si diligentior fuisset, potuisse obtinere cautionem duplæ, aut etiam fideiussorem, *l. emptori & l. illud aliud, eod. tit.* At in tutore etiam diligentia desideratur, *l. contractus, de regul. iuris*, sed videtur etiam litis contestatione generaliter fieri nouatio, quando Iurisconsultus *in l.* 3. §. *idem scribit, de peculio*, dicat in iudicio quasi contrahi, & oriri quasi obligationem iudicati: sed hoc est intelligendum secutâ demum condemnatione, *l. quotiens, & l. seq. de nox. action.* Videtur tamen esse quasi quædam similitudo nouationis in litis contestatione; nàm & obligatio iudicati ab ea videtur initium sumere; ideoque transfertur in patrem filio mortuo, lite contestatâ, *l.* 57. *tam ex contractibus, de iudiciis*, & res per litis contestationem deducitur in iudicium, *d. l. vnicâ, de lite contestata, & l. licet verum, de procurat.* Et subiici potestati iudicis, *d. l. Ædiles*, §. *item sciendum*, quia iudex tunc demum incipit ius dicere, *l. Senatusconsulto, de off. Præsid.* non est tamen vera nouatio, quia non perimitur obligatio, vt *in nostra l.* 1. in qua ponendum est, non modò sortem esse petitam, quod tamen vult Cuiac. *d. l. cum stipulanti*, sed etiam vsurarum partem aliquam; nam lex significat alicuius temporis vsuras esse in iudicium deductas, & si nullæ essent petitæ, frustrà dubitaretur, an esset perempta earum stipulatio non deducta in iudicium, cùm sit diuersa à stipulatione sortis, *l. centum, de eo quod certo loco, l. vbi autem*, §. *penult. de verbor. obligat.* sicque certum esset diuersam esse speciem, ideoque nec exceptionem rei iudicatæ obstare posse, vt *in d. l.* 2.

Ad legem 3. *quotiens.*

HVIVS l. species poni potest in Præside Prouinciæ, & desumi *ex l.* 11. *de ordin. iud.* quod tamen negat fieri posse is qui causam nostræ legis effinxit propter *l. primam placet, C. de Pedan. iudicib.* in qua Præses non modò potest, sed etiam necessariò debet cognoscere de causa status. Quæ lex facit vt rectè Glossa *in d. l.* 1. *de ord. iudicior.* in qua absolutè negatur Præsidem posse cognoscere de causa status principaliter, multùm laboret in vtriusque leg. conciliatione, sed frustra; nàm cum *in d. l.* 1. moueatur quæstio bonor. nomine pupilli, dubium non est, quin & de conditione illius cognosci debeat, *l.* 3. §. *missum, de Carboni. edict.* quod euertit Glossæ solutionem. Quare dicendum verum esse Præsides olim non potuisse cognoscere de causis status, quod apertè probatur, *d. l.* 1. quæ est Seueri & Antonini, idque propter Senatusconsultum quo ea cognitio Proconsulibus tantùm tribuebatur. Cuius Senatusconsulti meminisse videtur *l. si is, & l. si pater.* I. *ne de stat.* & Plin. lib. 10. Epistolar. eius sententiam exprimit his verbis, non audeo de causa liberali cognoscere propter Senatusconsultũ, quo tantùm Proconsulibus licet de iis

ius

ius dicere. Item aliâ Epist. 77. postulantibus quibusdam, vt de agnoscendis liberis, restituendisque natalibus cognoscerem, &c. respexi ad Senatusconsultum pertinens ad eadem genera causarum, quod de iis tantùm Prouincijs loquitur quibus Proconsules præsunt. Verumtamen Senatusconsultum deinde emendatum est, vt scilicet Præsides quoque de iis causis cognoscerent, quod videtur esse factum constitut. Diocletiani, & Max. id enim innuit *l. iamdudum, C. vbi causa status*, quæ est eorumdem Imperatorum, vt etiam *d. l. placet, & d. l. si pater.* Ergo *d. lex* 1. *de ord. iud.* accipienda est secundum ius antiquum Senatusconsulti sicque variæ dubitationes tolluntur quas in eam mouet Glossa, & interpretes. Item exemplum poni potest in Procuratore Cæsaris, *l.* 2. *C. de ord. iud.* nàm ille suo iure inter priuatos non potest cognoscere de causa status principaliter *d. l.* 2. potest tamen inter priuatos & fiscum, de libertinitate scilicet, non de ingenuitate, vt est *in l.* 5. *eod.* quam tandem Glossa ita rectè interpretatur *in d. l.* 2. sed dubitatur, vtrùm is qui incidenter de statu cognoscit, pronunciet, non modò de quæstione bonor. sed etiam de controuersia status, & dicendum est non pronunciare, *d. l.* 1. *de ord. iud. & d. l.* 2. *de ord. cognit.* Sententia tamen pro eo lata de hereditate cui mouebatur quæstio status, illi quoque proficiet in quæstione status, quia scilicet non potuit ei adiudicari hereditas, quin etiam cognitum sit de statu eius, & cognitum secundum eius intentionem : nam ea quæstio prior est & præiudicialis, *d. l.* 2. *&* §. *præiudicialis, de acti.* contrà verò si quæstio bonorum contra eum sit iudicata, non tamen fit præiudicium illius conditioni & statui propter rationem *l. per minorem, de iudic.* & quia etiam fieri potest, vt quis sit eius status cuius se esse contendebat, hæreditas tamen ad eum pertinere non debeat. Neque obstat nostræ legi quod dicitur *in d. l. per minorem*, nempe maiorem causam trahere ad se minorem ; nam hoc intelligi potest fieri, non modò cùm causa minor ad eum remittitur qui maioris est iudex competens, sed etiam cùm idem iudex antea ordinat & examinat maiorem, deque ea cognoscit, atque ab ea præiudicium sumit, quàm de minori pronunciet ; sic enim rectè dici potest, eo etiam genere minorem quæstionem trahi ad maiorem.

Ad L. 5. *à Iudice.*

HÆC lex explicata est tractatu de iurisdic. Sed videndum, an illa sit emendata per *auth. ad hæc*, quæ illi subiungitur, & vtrùm datio iudicis omnino sublata sit, *nouell. vt defuncti seu fun. eorum* 60. §. *illud etiam, coll.* 5. quâ de re nihil ad eam tractat Cuiac. Glossa autem *in l. legatus, de off. Proconsulis* existimat nullo modo esse sublatam. Hoc probabiliter dici videtur; nam illa novella sese refert ad constitutionem Zenonis Græcam, quæ ex Basilicis relata est *in tit. de assessor. C.* hoc sensu, ne assessores vnquam, sine iudicibus, hoc est, magistratibus eorum nomina

ponentes ius dicant ; ex quo videri possit non prohiberi iudicum dationem, sed nè assessores cognoscant, & deinde magistratus nomen apponant, quasi ipse iudicauerit, & cognouerit. Hæc longè diuersa sunt ; nam si iudex datus cognouerit, appellari potest ad eum qui dedit, si assessores cognouerint prætento magistratus nomine appellari iam ipse non potest. Perpendenda sunt etiam verba hæc (*ius dicant,*) quia assessores nomine Præsidis cognoscentis ius dicunt & ea quæ sunt iurisdictionis vsurpant. At secus est in iudice dato. Libenter ita sentirem, nisi me retineret comparatio assessorum & iudicum Pedaneorum in eadem nouell. videtur enim per eam æque excludere Pedaneos, adde rationem allatam *in versiculo multo enim*, generalem esse etiam ad Pedaneos. Videtur ergo iudicis dandi facultas sublata. Quid mirum? cùm & antea valde fuerit arctata, *l. 2. C. de Pedan. iudic.* nàm & *nouell. 82.* videtur iudicis dandi licentiam penitus sustulisse in vrbe Constantinopolitana, cùm non possent iudices, id est, Magistratus aliis causis delegare quàm Pedaneis à Principe institutis certo numero, & *in eadem nouell. de iudic. §. hoc igitur*, interdicitur magistratibus ne alijs suas causas delegare possint, nisi partem aliquam suis Assessoribus, quod refertur *ad d. nouell. 60.* atque ex eo apparet *d. nouell. de iud.* esse posteriorem. Ergo si nullis nisi suis Assessoribus, sequitur, *d. nouell. 60.* iudicum dationem esse sublatam, vt tamen Assessoribus aliquam partem liceat committere, magistratibus scilicet occupatis; nam Assessoribus aliquid magis indultum voluit Iusti. quàm Pedaneis, quia Assessores magis cum magistratu coniuncti, ideoque & participes appellantur, vt docet Cuia. in parat. *C. tit. de Assessor.* & sanè ex Pedaneorum comparatione intelligitur ius dandi iudices fuisse sublatum, & sensus sit, cùm Pedanei iudices cognoscere iam non possint. Ergo nec ipsi ad Assessores per se & soli qui à Pedaneis non differunt. At Assessores nihilominus fraudem faciebant & sine magistratu cognoscebant, quia cùm essent participes conciliorum, existimabant hoc sibi licere quasi magistratus ipse cognosceret, cuius deinde nomen obtendebant, & præferebant in sententia concipienda, quod fieri vetat dicta Zenonis constitutio. Verius tamen puto remanere, *l. vlt. C. de Pedan. iudicib.* neque sublatos esse iudices Pedaneos in humilioribus causis, sed in grauioribus tantùm ; nàm & ipse Zeno vnicuique iudicio certos iudices adscripsit, vt est *in principio d. nouell. de iud.* qui scilicet humiliores causas disceptarent. Cuius etiâm exemplum sequutus est Iustin. aliquatenus *eadem nouell.* Sed in grauioribus causis non licere magistratibus quantumuis occupatis dare iudices. Ergo certissimò apparet *d. nouell. 60. §. illud etiam*, vbi magistratibus occupatis licet partem tantùm aliquam Assessoribus delegare, ex quo tritum illud in foro principales causas non committi, sicque sublata est *d. l. 2. C. de Pedaneis iudicib.* vbi etiam sublata est nostra *l. à iudice*, quia *in d. §. illud etiam*, iudex à Principe delegatus per se cognoscere debet.

Ad L. ſeruus & L. cùm debitoris.

LEX, *Seruus*, facilis eſt, rectéque explicatur à Gloſſa, cui adiungenda eſt *lex certis, de iudic.* vnà etiam cum Gloſſa. Sed *in l. cum debitoris*, ex recepta ſententia & lectione vulgata ponendũ eſt, ſeruum à debitore pignori datum fuiſſe creditori; mortuo autem debitore, cùm ſeruus eius bona teneret, voluiſſe creditorẽ aduerſus ſeruum intendere hipothecariam quæ datur creditori aduerſus eum qui pignus vel hipothecam tenet, §. *item Seruiana, Inſtit. de act.* Reſcriptum tamen non licere creditori eâ actione vti aduerſus ſeruum, ſed magis debere officio & auctoritate magiſtratus venire ad poſſeſſ. pignorum, non quidem ſibi à debitore obligatorum, cùm ſolus ſeruus obligatus proponatur, ſed vt miſſione in poſſeſſionem bonorum debitoris, crediti ſui ſeruandi causâ, nanciſcatur in his bonis ius pignoris Prætorij, *l. 2. C. de Præt. pign. l. 2. C. qui pot. in pign. hab.* Sed hoc in ea ſpecie non malè habet, quòd valde videatur ſtupida & ridicula fuiſſe illius cogitatio, qui hipothecariam intenderet aduerſus ſeruum pignori obligatum; ſimile enim eſt atque ſi creditor eadem actione vti velit adverſus ædes putà, aut fundum ſibi hipothecæ iure obligatum. Et ratio quæ exprimitur *in l.* innuit creditorem aduerſus ſeruum agere, non quaſi aduerſus pignus, ſed quaſi adverſus iuſtum defenſorem. Adde in fine legis videri plures res eſſe obligatas; quare putarem leue mendum eſſe *in l.* magni tamen momenti, & pro *obligatum* legendum *obligata*, bona ſcilicet, ita enim non inelegans neque inepta fuerit ratio dubitandi; nam hipothecaria naſcitur ex detentione hipothecæ, *d.* §. *item Seruiana.* At ea detentio eſt naturalis, *l.* 1. §. 1. *de acq. poſſ.* cuius ſeruus eſt capax, *l. quod ſeruus, eod.* vbi dicitur tenere, vt *in noſtra l.* hoc eſt, naturaliter poſſidere, *l. Pompon. famil. erciſcund.* & præterea qui hipothecariam intendit naturalem poſſeſſionem auocat, magis quàm ciuilem quæ penes debitorẽ manet, *d. l.* 1. §. *per ſeruum, & l. qui pignoris, de acqui. poſſ.* ita vt videretur iudicium cum ſeruo conſiſtere quaſi ex naturali cauſa. At lex definit nullum cum eo iudicium conſiſtere, quia iudicia ſcilicet ſunt iuris Ciuilis, ſed poterit creditor officio iudicis dici iacente hereditate aut etiam vacante mitti in poſſ. bonor. defuncti, *l. ſi diu, de rebus auc. iud. poſſid. & l. bona, C. de bonis auc. iud. poſſid.* & præſertim mittitur in poſſ. pignorum ſibi à defuncto obligatorum, *l. debitores, & l. creditores C. de pignorib.* quæ ſcilicet ſeruus tenebat, non ipſe tamen pignori obligatus.

Ad L. placuit.

ILLVD imprimis aduertendum eſt verbum *ſtricti* tollendum à contextu; nam & abeſſe à pleriſque Codd. antiquis teſtatur Duaren. tract.

de iust. & iur. cap. 2. & lib. 2. annot. cap. 18. & *V. C.* Petrus Faber *in l. in omnib. 90. de orig. iur.* nam cùm æquitas nihil aliud sit quàm benigna interpretatio iuris scripti & temperamentum, sequitur æquitatem distingui à iure scripto, diuersamque ab eo constituere speciem, vt doctissimi illi Viri pluribus ostendunt: sed ius scriptum temperatur triplici ratione, interpretatione, iurisdictione, & constitutione, *l.* 12. *& ideò, l.* 11. *nam vt ait, l.* 13. *non possunt, de legibus,* interpretatione scilicet Iurisconsultorum, iurisdictione magistratuum, qui iurisdictioni præsunt, quorũ in interpretando maior est auctoritas quàm prudentum: Ex quo proficiscitur differentia actionum vtilium, ciuilium, prætoriarum; Nàm magistratus iurisdictione suâ potest emendare, & corrigere ius Ciuile, non quidem directò, neque apertò, cùm sit illius viua vox, *l. nam & ipsum, de iust. & iur.* sed colore aliquo quæsito, vt in bonor. poss. *in princip. de bonor. poss. institut.* quo etiam colore Iurisconsulti in suis interpretationibus quæ duriusculæ videri possent, vtuntur, vt in querela inofficiosi, quæ ex eorum interpretatione proculdubio est, *l. hoc colore, de inoff. testam.* Constitutione autem scilicet Principum quando neque Prudentum auctoritas, neque magistratuum iurisdictio id efficere potest, *l.* 1. *& vlt. C. de legibus.* Neque est omittendum ad secundam Speciem interpretationis referri quod dicitur *in d. l.* 90. *in omnib.* nempe in iure maximè spectandam æquitatem; nam si *in iure* accipiamus, in lege condenda, vel interpretanda, absurdum videbitur quod ait *lex in omnibus*, cùm certum sit æquitatem non versari in aliis quàm in iure, si generaliter ius accipiamus; est enim ius ars æqui & boni *in principio legis primæ, de iust.* Ergo *in iure* erit in iurisdictione, nàm ius dicitur etiam de eo qui iudicando præest, *l. penul. de iust. & iure*, quod plurib. probatum est tractatu de iurisdictione. Itaque æquitas in omnibus spectanda, putà testamentis, pactis, contractibus, sed maximè in iure, hoc est in iudiciis constituendis & iurisdictione ipsa & maximè in iudic. quia reliqua omnia effectum accipiunt ab ipsis iudiciis quibus nostrum persequimur, *l.* 2. §. *post originem, de orig. iur.* Nàm &, vt Cicero ait 2. de inuentione, in iure, id est, apud eum qui iurisdictioni præest exceptiones dantur, & omnis ratio priuatorum iudiciorum constituitur, & quodammodo agendi potestas datur. Prima autem interpretandi & temperandi iuris ratio quæ fiebat auctoritate Prudentum hodie sublata est, *constitutione Iusti. vlt. C. de legib.* vt tamen maneat auctoritas veterum iurisconsultorum ex quorum responsis consignatæ sunt Pandectæ. Sed & sublata videtur secunda species quæ ex iurisdictione manat, vt tantummodo tertia supersit, *l.* 1. *C. de legibus.* Verùm ea sublata non est, imò confirmata, *hac nostra l.* vt tamen intelligamus interpretationem quæ olim in iurisdictione, id est, conceptione iudiciorum versabatur, hodie versari in ipsis iudiciis, cùm & impetrationum formulæ fuerint sublatæ, *l.* 1. *C. de form. & impet. act. subl.* & iudicia à iudicibus Pedan. in magistratus ipsos fuisse translata, *l* 2.

C. de Pedan. iud. Neque obest *d. l. 1. de legibus* ; nàm ea est intelligenda de interpretatione quæ fiat adversus ipsa l. verba, quomodo est intelligenda *lex prospexi, qui & à quibus*. At nostra l. loquitur de interpretatione eorum, quæ non disertè & literatè verbis legis continentur, sed quæ ex similitudine producutur ad consequentias ; qua in re potior erit ratio æquitatis & iustitiæ quàm stricti iuris, cùm & illa conseruentur à Iustin. §. *fuerat, de act. instit.* sed tamen si in stricto iudicio oriatur, manifesta iniquitas, vt olim sæpe ; nàm vt ait Cicero pro Rossio Comedo: quid est in iudicio ? directum, asperum, simplex, vt ea iniquitas possit temperari iurisdic. iudicantis, quod olim non fiebat, vt colligitur *ex* §. *in bonæ fidei, de act.* verumtamen in bonæ fidei iudicijs licebit solutiùs æquitatem sequi, vt loquitur Iurisconsultus, *l. si quis* 14. §. *idem Labeo, de relig.* additâ ab eo ratione, quia & hoc natura actionis indulget.

Ad L. Iudices.

QVanquam hæc lex de dilationibus vulgò accipiatur, eò tamen non videtur pertinere, cùm de dilationibus agatur I. proprio tit. sed admonetur tantũ iudex, vt patienter vtriusque partis allegationes audiat, neque ipse illis occurrat suâ sententiâ, & quasi os præcludat. Denique vt altercationes & allegationes satietate ipsorum litigantium finem accipiant, imò vt iudex sæpius litigatores interroget, numquid amplius allegare velint, quod magis intelligitur ex collat. *l. primæ* iunctâ interpretatione Aniani C. Theodos. eod. tit. ex qua lex nostra decerpta est ; hæc enim iudicis diligentia ad alterutram partem proferet, id est in vtrumque euentum, siue ipse suâ sententiâ causam definiturus sit, siue ad maiorem potestatem relaturus, per consultationem scilicet & relationem, quod Glossa exemplis rectè illustrat, & rectè etiam admonet relationes magistratuum esse sublatas, *nouell.* 125. *vt iud. non expect. sacram iuss.* §. 1. *coll.* 9. ita vt hodie magistratus quemadmodum & iudices Pedanei de ea re pronunciare debeant de qua cognouerint *l. qua de re, de iudiciis*, quâ sublatâ videtur esse facultas iudicibus iurãdi sibi non liquere, de qua Gellius lib. 14. c. 2. possunt tamen iurare nondum sibi liquere, si vrgeantur vt sententiam dicant, non vt scilicet absoluantur iudicandi munere, sed vt terminum accipiant ad pronunciandum, *l. Pomponius in fine, de receptis*, Illud tamen genus relationis, quo alicui audiendi tantùm officium committitur (*Commissaire pour ouyr les parties*) non est sublatum, *l. vbi, C. ad l. Corneliam de falsis.* Cæterum, quod Glossa ait in plerisque casibus non adhiberi plenam cognitionem, vt *in nostra l.* sed summariam, verum quidem est, sed ita vt veritati præiudicium non fiat, neque definitiua sententia proferatur, vt *l. si quis*, §. *si vel parens, de lib. agnoscendis. l. à diuo Pio*, §. *si rerum, de re iud. l.* 3. §. *duæ, &* §. *missum, de Carbon. edicto.*

De dilationibus verò propter nouell. huic legi subiectam, quæ est 115.

breuiter accipe in pecuniariis causis, vnam tantùm dilationem dari, idque cum causæ cognitione, scilicet summariâ, *l. vlt. de fer.* vt rectè ibi Glossa & *l. 4. C. de dilat.* quandoque tamen ita vrgente causæ necessitate plures dari, sed cum magna causæ cognitione, atque difficulter, *l. oratione, de fer.* quia dilationum materia amputanda, *l. 2. de temp. appell. C.* & vt hoc non pendeat à libero iudicis arbitrio, sed à iustitia causæ, *l. 1. C. de dilat.* Sed videtur repugnare authentica hìc subiuncta. Cuiac. autem ad d. nouell. 115. ait non pugnare, quia *dicta l. vlt.* loquitur de ordinaria dilatione; nouella verò de extraordinaria. Sed cùm dicta nouella eas dilationes iubeat concedi generaliter & in vniuersum, ita vt & ipsæ ordinariæ esse videantur, magis est vt dicamus ampliationem esse, *d. l. vlt. hac nouell. & d. l. 1. de dilation.* vt iam numerus dilationum non pendeat à iudice, sed à iure. Neque obstat *l. ad peremptorium, cum quinque seqq. de iudic.* nam ibi agitur de edictis quæ proponuntur ad euocandum actorem qui litem contestatam deseruit, qua de re dicemus, *l. properandum* I. At in nouell. agitur de dilationibus ad allegandum & producendum, hoc est ad causam instruendam. Denique non obstat *nouella. 90. de testibus collat. 7.* nam ibi videtur esse indulta quarta dilatio ad testes producendos, quia difficilior videatur testium productio quàm alia causæ institutio, quanquam & Cuiac. in eadem nouella de testibus ita interpretetur, vt ea productio non videatur pertinere ad dilationes.

Ad L. Nulli prorsus.

QVatuor ad huius legis explicationem sunt distinguenda quæ vulgò confunduntur; Exceptiones (quo nomine etiam comprehendo retentiones & compensationes) causæ continentes, mutuæ petitiones ex diuersis negotiis, & mutuæ petitiones ex eod. negotio. Et exceptiones quidem in eodem iudicio, & apud eundem iudicem tractari debent, cùm ipsam actionem dicantur informare, *l. iuris gentium, §. quinimo, & seq de pact. l. penult. C. depos.* Item continentes causæ debent apud eundem iudicem tractari, nempe cùm de eadem re agatur, licet sint plures rei & actores, vt *in l. 1. de quibus causis apud eundem iudicem eatur*; quod etiam productum fuit ad actionem tutelæ. Sed rescripto opus fuit, *l. 2. eod. & l. 5. C. arb. Tut.* quod etiam obtinet in similibus causis, vt videbis apud Cuiac. in parat *ff. illo tit. de quib. reb & nouell. 96. de exactor. collat. 6.* Iustinianus autem in nostra l. nouo iure constituit, vt idem locum habeat in causa possessionis & proprietatis, de quo meritò potuit dubitari, quia neque eadem est res, proprietas cum possessione, *l. naturaliter, §. nihil commune, de acqui. poss.* neque idem agendi modus de vtraque. Non ergo eadem res, *l. & an ead. de excep. rei iud.* Et sanè non est eadem prorsus causa, imò plerumque diuersis iudiciis tractatur & separatim, apud eundem tamen, sed potest etiam vtraque causa cumulari, etiam

cùm agitur de retinenda possessione, vt rectè Glossa *d.* §. *nihil commune*, & Cuiac. *tit. de ord. iud. in parat. C.* moribus tamen nostris beneficiorum possessio disceptatur apud iudicem Ciuilem, petitorium autem, siue quasi proprietas apud Ecclesiasticum, quod legi nostræ non est contrarium, quia apud nos duæ illæ iurisdictiones prorsus distinctæ. Mutuæ autem petitiones ex diuersis negotiis ita fiunt, vt qui vult petere, mutuò & inuicem possit apud eundem iudicẽ, scilicet impetratâ in id actione, *l. qui non cogitur* 22. *de iudicis*, ad quas mutuas petitiones nonnihil addidit Iustinianus, *d. nouell.* 96. in qua idem Cuiac. plura de mutuis petitionibus. Denique mutuæ petitiones possunt fieri ex eodem negotio; atque ad hoc genus referenda est *l.* 14. *cùm Papinianus, de sent. & interloc. C.* nondum satis explicata. Neque enim in ea agitur de exceptionibus, neque de mutuis petitionibus ex diuersa causa, neque etiam dubitatur in ea, an reus possit actorem mutuâ petitione conuenire, impetratâ scilicet actione in eam rem; nam id iam certum, *d. l. qui non cogitur, & similibus*: Sed dubitatur, an reus qui est conuentus actione directâ, ex commodato aut deposito putà, possit intendere contrariam actionem absque impetratione, quod definit Papinianus, & ratio dubitandi, quia videbatur absurdum, vt iudex qui datus erat pro directa tantùm actione, & pro actore, contra reum cognosceret de contraria actione pro reo contra actorem, quod tamen fieri vult Iustinianus *in d. l.* atque verba, *si è contrario*, argumento sunt agi de contraria actione, qua de re vide Cuiac. *tit. commodat. vel contra in parat. ff.* Quare quod in editione Duareni, Contii, Charondæ, Pacij, Gothofredi, & passim legitur in ea l. *rei iudicatæ*, emendandum puto, *rei iudicare*. Hoc autem noui addit Iustinianus *in d. l. cum Papin.* vt scilicet non possit opponi contra actionem contrariam priuilegium fori, quod tamen videtur posse opponi in causis continentibus, ex loco Quintiliani relato à Cuiac. *d. tit. de quibus rebus ad eund. iud. in parat. ff.* illis verbis, quia quamuis in multis personis, causa tamen vna est, nisi conditio personarum quæstiones variauerit. Non est omittendum *in l.* 1. *in fine de extraord. cognit.* dubitari, an Præses qui tractat cognitionem extraordinariam possit cognoscere de mutua petitione, quæ scilicet iure actionis proponatur, quia olim magistratus non cognoscebant de ijs causis de quibus essent proditæ actiones, vt suo loco dictum est. Ex d. tamen *l.* 1. addenda exceptio, nisi actio per mutuam petitionem obiiciatur, cùm de causa extraordinaria cognoscitur.

Ad L. properandum.

IN principio proponit argumentum legis, ne scilicet iudex vltra triennij metas lites pecuniarias pertrahat à die litis contestatæ, quo nomine comprehendit omnes Ciuiles causas, quæ scilicet criminales non sunt, licet in his de re pecuniaria non agatur, sed de statu putà. Et ex-

cipit causas fiscales, quia scilicet intra sex menses finiri debent, *l. vlt.* quæ græca est, *de iure fisci lib.* 10. *C.* & causas pertinentes ad publicas functiones, & publica munera, quia intra tres menses finiri debent, *l. generali, de decurionibus lib.* 10. *C.*

Ad §. & si quidem, & §. sin autem reus.

APpellationis causa tractari potest alterâ parte absente, quod dicitur μονομερῶς, idque iure singulari, *l. vlt.* §. *illud C. de temp. & repar. appell. l. vlt. ad Trebell.* ex qua apparet in primo iudicio primaque instantia sententiam ferri non posse, nisi præsentibus partibus, earumue procuratoribus, *l. de vnoquoque*, 47. *de re iudicata*, exceptâ liberali causa; quod etiam fit iure singulari, *l.* 4. *& l. iuxta, C. de liber. causa.* Exceptio tamen regulæ est, nisi vnus ex litigatoribus sit contumaciter absens, quia talis contumax pro præsente est, *nouell.* 69. *vt omnes obed. iudicib.* §. *si verò, coll.* 5. contumax verò fit, si post litem contestatam tribus edictis vel litteris euocatus, & vno peremptorio edicto, non respondeat, *l. contumacia* 53. *& l. seq. de re iud. l. ad peremp.* 68. *& quinque seqq. de iud. l.* 1. *&* 4. *de requir. reis, vel absentib. damnand. l.* 1. §. *vlt. C. de assertione toll.* In causis tamen fiscalibus videtur singulari iure receptum, vt plures conuentiones, & denuntiationes sufficiant absque solemni edictorum ordine, *d. l. de vnoquoque*, quod deinde videtur tractum ad causas priuatorum, *l. tres, & l. ea quæ, C. quomod. & quand. iud.* vt tamen edictorum solemnitas non fuerit ideo sublata, *l.* 2. *& l. consentaneum, eod.* Itaque Paul. lib. 5. sent. tit. 5. ait contumaciam his tribus contrahi, si quis sit euocatus litteris, vel edictis, vel denunciationibus, quò etiam pertinet *l. absentem, de pœn.* Tunc temporis autem dicebatur esse lis deserta, siue eremodicium contrahi, de quo & quid distet à desertione vadimonii vide Cuiac. *l.* 7. *ait Prætor*, §. *vlt. de minorib.* & cap. 30. lib. 18. obseruat. sed & si quis non ita fuerit factus contumax, sed post litem contestatam sæpius citatus adesse noluerit, videtur sententia rectè in absentem posse ferri, *l. vlt. C. quomod. & quand. iud. l.* 2. *C. de contrar. iud.* sed hoc casu appellari potest, quod nisi fiat intra legitimum tempus, sententia tacito consensu confirmatur, *d. l. vlt. & l. ab eo, eod. & d. l.* 2. Neque repugnat *lex ea quæ, C. quomod. & quand. iud.* Nam est intelligenda, cùm quis quasi contumax est condemnatus, non obseruatis tamen solemnibus edictorum aut denunciationum. At qui damnatur ex contumacia, siue ex eremodicio, siue ex peremptorio, quod idem est, appellare non potest, neque aliter litem instaurare, *l. & post*, §. *vlt. de iud. l.* 1. *C. quor. appell. l. liberto*, §. *litem, de negotiis gestis, nouell.* 82. *de iudicib. cap.* 5. *collat.* 6. & ita accipiendum in *d. l. contumacia*, contumaciam litis damno coerceri, quod tamen est intelligendum de contumacia non deserenda; nam si fiat

contumacia

contumacia in non respondendo, vel non restituendo, idcirco lis non amittitur, *l. de ætate, §. qui tacuit, de interrogat. act. l. vlt. §. iussus, de appell.* Quare verba generalia, *in principio d. l. contumacia*, ita sunt exaudienda, & ex seqq. restringenda: purgari tamen potest contumacia litis desertæ, si iustæ fuerint causæ, *l. si Prætor 75. de iud. d. l. contumacia, & l. seq. d. l. ait Prætor. §. vlt. & l. 1. C. ex quib. cau. maior.* Cæterùm *in §. nostro* introitus significat ingressum in iudicium, & secretarium iudicis ab eo qui petit ordinem edictorum contra absentem, *d. l. ad peremptorium*, & requisitio absentis, quæ dicitur fieri per executores litis & negotii, intelligenda est, propositis edictis, vel litteris missis, aut denunciationibus factis, vt *in l. 1. & 4. de requir. reis.* Quod autem ait de excipiendis expensis à condemnatione rei qui presens condemnatur actore contumaci, similiter habetur, *nouell. 49. de his qui ingred. ad app. §. 1. coll. 5.* & ita explicat Cuiac. lib. 9. obseruat. cap. 25. quo etiam in loco rectè animaduertit *in §. nostro 2.* non agi de absolutione iudicii seu instanciæ, sed de absolutionibus ab expensis, si ita ferat æquitas, putà allegatis iustis absentiæ causis, vt *nouell. 82. de iudicib. cap. 10.* qui est *§. oportet, coll. 6.* vel quia solemnitas edictorum non est ritè obseruata, *d. l. ea quæ, C. quomod. & quand. iud.* Multa verò in his duobus §. §. esse innouata per *nouell. 112. de litigios. §. omnem vero, collat. 8.* Notat idem Cuiac. *ad finem nouell. 69. vt omnes obed. iudicib. coll. 5.* qui etiam pleniùs tractat, quomodo & quando iudices alterâ parte absente pronuncient, *illo tit. quomod. & quand. iud. in parat. C.*

Ad §. Vltimum.

IN hoc §. *nihilominus*, pro, nihilomagis, siue nullomodo, Glossa rectè accipit, quod confirmat Cuiac. *ad l. qui fundum, pro empt.* ex *ea l. & ex l. Alexandrinis, C. de decurion. lib. 10.* & simile esse ait quod *in l. 3. hoc tit. quomagis*, ponitur, pro, quominus, vt ibi Gloss. quod etiam confirmatur, *l. 1. C. qui tut. dare possunt*, atque hoc verbum, *nihilominus*, ita etiam explicat in hoc §. lib. 9. obseruat. cap. 22. cætera huius l. per se patent.

Ad L. rem non nouam.

IN hac l. duo sunt præcipuè explicanda. Primum est, an iudices debeant iurare corporaliter sacrosanctis Euangeliis tactis, an verò non præstent iusiurandum expressè, sed eo ipso iurare videantur, quod habent ante se Sacrosancta Euangelia proposita, vt, quemadmodum ait Glossa, Euangeliorum presentia sit loco iuramenti, quod magis videtur; nam cùm vult tangi Euangelia, id exprimit, vt §. *patroni, hac nostra l. & in l. 2. C. de iureiur. propter calum. in principio, & §. quod si actor*, vbi refert sententiam huius legis, & cùm de iudicibus loquitur, ait, *propositis*

Euangeliis tantùm, sed cùm de patronis aut litigatoribus agit, ait eos iurare, quod est intelligendũ, tactis Euangeliis, sic etiam *in l. de creationibus, C. de Episco. aud. & l. vlt. C. de curat. fur.* curatores iurant tactis Euangeliis: at creatio eorum fit, à magistratibus scilicet vel defensoribus & antistite, propositis Euangeliis, vbi Glossa malè in vtraque l. supplet, *& tactis.* Sic *in authentica sed iudex, de Epis. & Cler. C.* Episcopus testimonium dicit propositis Euangeliis, vt etiam habetur *in ipsa nouell. de sanctiss. Episc.* 123. §. *nulli verò, coll.* 9. & ita vertit vetus interpres, & Haloand. & Iulianus. Quare malè Pilcus supplet, *tactis*, melius Ioannes & Martinus, *propositis*, tantũ, qui etiam ita intelligunt cum Glossa nostram l. vt videre est in Glossa nouell. & Authent. In qua authentica malè additur, *sed non iurent*; nam hoc abest ab authentico, nisi interpreteris, non iurent corporaliter tactis Euangeliis. Malè etiam ibi Martinus refert hæc verba: *secundum quod Sacerdotes decet*, ad iusiurandum; nam debent Referri ad testimonii dictionẽ, vt ex Iuliani interpretatione apparet; & intellige ibi sacerdotes, hoc est Episcopos; nam in reliquis clericis aliud est, cùm ipsi euocentur ad testimonium dicendum, *l. Præsbiteri*, quæ proximè sequitur authent. imò videntur Præsbiteri iurare corporaliter tactis Euangeliis, *Can. Præsbiter*, qui est 11. 2. *q.* 5. qui malè citatur à Gloss. *in l. iurisiurandi, C. de testibus.* Nam ibi iurat in Sacrosancto Euangelio coram posito, sed in nouis adnotationibus animaduersum est, in aliis Codd. sic legi, *in sacro coram posito Euangelio*, quod referunt *ad Can. testimonium, vers. nemo Clericum*, 11. *q.* 1. vt sensus sit iurare Præsbiterum in sacro scilicet loco, non in prophano, qui etiam sensus erit retentâ veteri lectione, si verbum, *sacro sancto*, diuidas in sacro quod ad locum referatur, & in sancto quod ad Euangelium. Et obseruandum *d. nouell.* ita fuisse acceptam, vt dictum est à Pontificibus; nam litteratè scribitur *in cap. vlt. de iura. calum.* vt Epis. iuret propositis ante se Euangeliis, non tamen tactis, vt olim quidem ara in curia Senatus eadem de causa videtur fuisse posita, quâ Euangelia *in nostra l.* quod D. Ambrosius significat epistola prima contra relationem Symmachi his verbis; propterea enim interpretantur aram locatam, vt eius Sacramento (vt ipsi putant) vnusquisque conuentus consuleret in melius. Cæterùm multùm hæc inter se distant iurare verbo tenus sine instrumento, vel iurare corporaliter hoc est Euangeliis tactis, *l.* 1. *C. si aduer. vendit. l.* 3. *C. si min. se mai. dix.* Cuiac. *ad nouell.* 51. Tactis autem Euangeliis iuratur in specie *l.* 1. *C. de iureiur. propter Calumniam*, quomodo etiam testes iurant, *Can. hortamur* 3. *q.* 9. sicque *in l.* 20. quæ græca est, *de Epis. & Cler. C.* intelligendum est fieri testationem ad ipsa Euangelia, ipsis scilicet tactis, quanquam vertunt, propositis Euangeliis. Sic etiam litigator iurat tactis Euangeliis *in Authentica generaliter, C. de Epis. & Cler.* quamuis *in nouell.* ex qua desumitur 112. *de litigios.* §. *ad excludendas*, sit, propositis Euangeliis, vt vertit etiam vetus interpres & Haloand. & Iulianus, sed additur, vt

iuret litigator, ex quo facilè ſuppleri poteſt, *propoſitis & tactis.* Alterum eſt quod pertinet *ad authent. hodie*, in qua malè ponitur, iudices hodie iurare, ſecundum quod eis fuerit viſum iuſtius & melius; nam & hodie iurant in leges, *nouell.* 82. *de iudicib.* §. *omnes autem, & in principio, de off. iud. inſtit. & authent. iubemus S. hoc tit.* vbi iudicat iudex legibus & moribus, ſed dele *moribus*, quia abeſt ab authentico. Senſus autem *d. authent. hodie*, in ipſo authentico iureiurando quod præſtant, vt ſcilicet iudices in leges iurent de his quæ legibus ſunt comprehenſa; de reliquis verò quæ verbis legum non continentur iurent ſe æquitatem & iuſtitiam ſequuturos, quod conuenit cum his quæ diximus, *ad l. placuit*, de qua l. vide etiam Cuiac. in principio tituli primi lib. 2. Feud. & ad huius loci interpretationem optimè transferri poteſt, quod in eandem ſententiam iurari ſolebat apud græcos, vt obſeruauit Vir Clariſſimus Pet. Faber ad finem *l. 2. de orig iur.* vbi adnotat in iureiurando quod Eccleſiaſticum appellat, eſſe clauſula de æquitate ſeruanda in his quæ non eſſent lege aut decretis comprehenſa, & quod noſtra authentica, ait, viſum fuerit, interpretationem accipere debet ex his quæ notantur à Cuiac. lib. 2. obſeruat. cap. 26. vbi oſtendit iudices in pronunciando vti verbo *videri* modeſtiæ causâ. Cæterum quod eſt in principio noſtræ legis, intelligendum eſt de iudicibus qui olim dabantur, qui ſcilicet ſingulis in cauſis iurabant in leges, vt & omnes ferè magiſtratus apud græcos & latinos, quod pluribus exemplis ſuo more illuſtrat idem Vir Clariſſimus eod. in loco. Quod autem hîc de iudicib. & arbitris dicitur, interpretari oportet ex his quæ diximus ad rubricam, quæ etiam confirmantur *in* §. *patroni*, vbi de tribus arbitrorum formis. Cætera huius legis plana ſunt.

Ad L. Sancimus 13.

DOminus Cuiac. *ad nouell.* 53. *de exhibendis reis, coll.* 5. intelligit in hac noſtra lege citatos, ſolemnibus ſcilicet edictis: requiſitos autem reos qui propter periurium manuduci debent in iudicium ſecundum, §. *ſi verò ſemel*, *d. nouell.* ſed *in d.* §. *& in* §. *præcedenti*, ita caſus ponitur, vt lis non fuerit conteſtata; at edictis quidem vocatur abſens, ſed ille qui litem conteſtatam deſerit, vt diximus ſupra, *ad l. properandum.* At lite non conteſtatâ non proponuntur edicta, ſed abſens patitur miſſionem in poſſeſſ. bonorum, *l. ſatiſque, de in ius vocando, & d.* §. *ſi vero.* Item requirendi, abſentes ſcilicet, edictis euocantur, *l.* 1. *de req. & abſent. damn.* At *in d.* §. litigator manuducitur, præſens ergo: quod ſi latitet, miſſio fit in poſſeſſionem bonorum. Prætereà *d. nouell.* non videtur poſſe pertinere ad interpretationem noſtræ legis, quia ſit poſterior hac l. imò & 2. Cod. editione, vt ex ſubſcriptionibus apparet. Adde quod noſtra lex loquitur de requiſito litigatore factâ mentione iudicis Pedanei, vnde videtur ad eum referri. At ductio de qua *in d.* §. *ſi vero ſemel*, fit auctо-

ritate magistratus, non Pedanei iudicis. Quare meritò de ea interpretatione dubitari potest, & videndum, num hic locus ita sit intelligendus, vt lex habeat locum etiam in Pedaneo iudice, quamuis litigator non fuerit citatus, quod fit auctoritate magistratus, sed requisitus, hoc est admonitus & conuentus ab aduersario; nam iudex Pedaneus non habet vocationem ad se, ideoque non punitur qui vocatum ad eum vi eximit *l. 3. ne quis eum qui in ius vocab.* & quod de arbitrio dicitur *in l. sed interpellatus.* §. 1. intelligendum est, vt eiusmodi vocatio valeat, non ex arbitri auctoritate, sed propter pœnam compromissam; vocatio enim est mixti Imperii, quia iussum & coactionem continet, *l. si immaturum, quod vi aut clam, l. 1. de fer.* quod Gell. apertè docet lib. 13. cap. 12. his verbis (vocationem vt consul & cæteri qui habent imperium) quo ex loco intelligitur, neque Questorem, neque tribunos plebis habuisse mixtum imperium, cùm non habuerint vocationem: Pedaneum autem iudicem non habere ex se vocationem apparet *ex l. apertissimi.* I. *hoc tit. & d.* §. *si verò*; vbi vocatio fit ad eum per apparitionem eius qui illum dedit iudicem, quod videtur factum iure nouo. Dices, frustra ergo olim iudices Pedaneos dari, si non haberent vocationem. Sed obseruandum huic incommodo esse adiunctam cautionem iudicatum solui quæ continet clausulam de re defendenda, *l. iud. solui* D. *iud. solui*, ita vt ex ea cautione conueniretur reus qui non stetisset apud iudicem. Itaque in nostra l. requisitio & conuentio partis perinde constituit absentem in culpa, atque citatio iudicis auctoritate facta, cui mirè conuenit *lex. item veniunt.* 20. §. *præter hæc, in fine, &* §. *petitam, de petitione heredita.* facit etiam *l. sed etsi* 25. §. *si ante litem, eod.* quod autem Glossa. 1. ait constitutionem locum habere in actore, verum non est; nam generaliter lex loquitur, & quod ait non inueniri quicquam cautum de reo absente ante litem contestatam, falsum est, *ex d.* §. *si vero, & d. l. satisque.* Cæterum quod dicitur in hac lege de taxatione quæ fit à iudice post iusiurandum non est immutatum, *nouell.* 82. *de iudicib.* §. *oportet, coll.* 6. vnde desumpta est *authent. post iusiurand.* quæ huic legi subiicitur. Sed est ita distinguendum, vt si quis, iurauerit non factâ taxatione à iudice, neque modo præscripto intra quem iuret, vt tunc temporis iudex possit summam iureiurando comprehensam suâ taxatione moderari, vt *in nostra l.* sed si antequam iuretur, iudex modum præscripserit, tunc iureiurando præstito non potest iudex aliam taxationem adhibere: sicque loquitur *d.* §. *oportet, & l. si quando, C. vnde vi*, quod notat Cuiac. ad finem nouell. 18. sed hæc authent. nostra pessimè excerpta est *ex d.* §. quare post verbum *delatum* inserenda sunt *ex d.* §. quæ sequuntur, scilicet cum quantitate quæ visa erit iudici rectè se habere quam taxationem vocant leges; ex quo apparet his authenticis in Codicem relatis non esse magnopere credendum. Sed neque puto *d. nouell.* §. *oportet*, sublatam esse iudicis potestatem, de qua *in d. l. videamus in fine*; ex magna scilicet causa, neque etiam po-

teſtatem permittendi iusiurandum ſine taxatione, ſi ita dolus litigatoris mereatur, *l. qui reſtitutione, de rei vindicatione.* De verbo autem, *taxatione*, vide plura apud Cuiac. lib. 2. obſeruat. cap. 12.

Ad L. Apertiſſimi, & L. vlt.

DE recuſationibus iudicum duæ ſunt præcipuæ controuerſiæ inter veteres iuris interpretes quas Gloſſa exponit *in l. apertiſſimi.* Prima eſt, an magiſtratus, vt & iudex datus, recuſari poſſit: altera eſt, vtrùm abſque vlla cauſa recuſari iudex poſſit pro litigantium libito. Quod ad primam attinet, certum quidem eſt iudicem delegatum, id eſt, datum recuſari poſſe; de eo enim agitur his noſtris duabus legibus: itemque arbitrum compromiſſariũ, *l. non diſtinguemus*, §. *cum quidam, de recept.* At in magiſtratu diſſentiunt Martinus & Bulgarus. Martinus Magiſtratum quoque recuſari poſſe putat. Bulg. negat, & olim quidem vix magiſtratus recuſabatur, quanquam ſui eſſet officii non dicere ius in ſua cauſa, vel ſuorum, vel in ea in qua ante magiſtratum aduocatus fuiſſet, *l. qui iuriſdictioni, & l. Prætor, de iuriſd.* nam nec magiſtratus iure ff. iudicare ſolebat, niſi extra ordinem, quo caſu illum etiam recuſari potuiſſe vult Cuiac. lib. 9. obſeruat, cap. 23. in fine: quod tamen non probatur, *l. ſi pariter, de libera. cauſa*, quanquam enim ibi agatur de magiſtratu, cùm ſit quæſtio ſtatus, tamen non erat ordinarius eius de quo ibi agitur, ſed propter cauſæ continentiam ad eum mittebatur; vnde faciliùs videtur admiſſa recuſatio, quàm in proprio ordinario. At quia iure Cod. magiſtratus ipſi iudices eſſe cœperunt, tranſlatis ad eos iudiciis, idcirco etiam facilè fuit permiſſa eorum recuſatio, *l. vn.* §. *illa, C. ſi quacunque præd. poteſtate, l. vn. C. quand. imper. int. pupill. l. ſi quis prouocatione* 30. *C. de appell.* & apertè *in l.* 12. quæ græca eſt, §. 1. *hoc noſtro tit.* in nouellis etiam Iuſtiniani recuſantur magiſtratus, perinde atque iudices dati, *nouell.* 53. *de exhib. & introducend. reis*, §. *illud quoque, &* §. *ſequ. coll.* 5. *& nouell.* 96. §. *illud quoque, coll.* 7. aliquando tamen non recuſabatur magiſtratus, ſed ei adiungebatur alius qui cum eo iudicaret, *d. nouell.* 53. *& nouell.* 13. *de Prætoribus, cap.* 2. quæ non eſt in veteri tranſlatione, atque hæc alterius iudicis adiunctio peti debet ante litem conteſtatam, vt etiam recuſatio proponi; nam poſteà ne ex reſcripto quidem obtineri poteſt alterius iudicis adiunctio, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.* quare quod dicitur *in nouell.* 113. §. *ſuper hoc autem, coll.* 8. de adiunctione alterius iudicis ex reſcripto intelligi neceſſariò debet ante litem conteſtatam, quanquam rubrica illius nouellæ videatur agere de illis tantùm reſcriptis quæ impetrantur in medio litis. At *in nouella* 86. *vt differ. iud.* §. *ſi verò contigerit, coll.* 9. ex qua deſumpta eſt hæc noſtra *authentica, ſi vero*, videtur velle Iuſtinianus, ne Præſes Prouinciæ recuſetur, ſed vt illi

ſuſpecto adiungatur Epiſcopus vel Archiepiſcopus loci, hac ratione additâ, ne prouinciales recedentes à patria ad longinqua trahantur examina, nam cùm in vnaquaque Prouincia quæ aliquando latiſſimè patebat vnus eſſet tantùm ordinarius magiſtratus, ſine quo illius adſeſſores & conſiliarii ius dicere non poterant, vt ſupra expoſitum eſt; meritò maluit Iuſtinianus, vt præſidi alius adiungatur quàm vt ipſe recuſetur, quæ ratio in vrbanis magiſtratibus locum habere non videtur. Non eſt omittendum duobus olim modis iudices reijci poſſe, per recuſationem nempe, & per appellationem quæ illo caſu potuit & debuit interponi ante litem conteſtatam, *d. l. ſi quis prouocaret*, 30. *C. de appellat.* quia nec propriè appellatio erat, *l. vn. C. ne in vna eademque cauſa.* quæ tamen ratio appellandi fuit tandem ſublata, eòque pertinet *l. vlt. C. de ſent. & interl. omnium iudicum.* Altera controuerſia eſt inter Ioannem & Pileum; hic enim, niſi causâ ſuſpicionis adlatâ, iudicem recuſari poſſe negat: ille, verò id pro libito licere exiſtimat. Et ſanè quod attinet ad Pedaneos iudices, illi poterant olim recuſari, nullâ dictâ ſuſpicionis causâ, vt ex Aſconio probat Cuiac. lib. 9. obſeruat. cap. 23. cui adiunge hunc locum Ciceronis pro Cluent. neminem, inquit, voluerunt maiores noſtri, non modò de exiſtimatione cuiuſquã, ſed ne pecuniaria quidem de re minima eſſe iudicem, niſi quid inter aduerſarios conueniſſet. Ratio autem hæc eſſe potuit, quia & iudices dati erant priuati, & quia eorum magnus numerus in vnoquoque iudicio, *l. cum Prætor, de iudiciis, nouell.* 82. *de iudic. coll.* 6. at in magiſtratu ſi quando admitteretur recuſatio, cauſa dicenda fuit, *d. l. ſi pariter, de liber. cauſa*, quanquam tamen Gloſſa *in noſtra l. apertiſſimi*, dicat cauſam eſſe ibi adferendam, quia non facilè diuiditur litis continentia, ſed iure Cod. in magiſtratu cauſa proculdubio requiritur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit. & d. nouell.* 82. *de iudicib.* §. *ſi quis autem*, quæ tamen loquitur de Pedaneis iudicibus introductis à Iuſtiniano in vrbe Conſtantinopolitana; nam de aliis Pedaneis nihil cautum inuenio, niſi quod *d. l.* 12. generaliter loquatur de omnibus iudicibus. De recuſationibus autem vide plura apud Cuiac. *nouell.* 53. *& d. cap.* 23. *lib.* 9. *obſeruat.* Cæterùm quæ *in noſtra l. apertiſſimi*, dicuntur formæ generales Præfectorum prætorio, ſunt eorum edicta quæ vim legis ferè obtinent, & vocantur ἐπαρχικὰ, de quibus vide Cuiac. obſeruat. 6. cap. 10. At *in l. vlt. noſtra*, incuſatum, accipere debes non pro accuſato criminaliter, ſed pro reo qui ciuiliter conuentus eſt, quo exemplo defendi poteſt Iulianus, qui *nouell.* 43. *cap.* 3. dicit accuſationis libellum pro libello conuentionis, *& nouell.* 89. accuſatum, & acſare, pro conuentum. & conuenire, quanquam enim reprehendat Contius in ſua editione iuris Ciuilis *ad nouell.* 96. *de execut.* §. *illud, coll.* 7. & quod eſt in eadem *l. vlt.* cui mandata eſt huiuſmodi cauſæ examinatio; certè intelligendum eſt de apparitore & exequutore negotii qui remanet, quamuis recuſato iudice: & examinationem accipere debes,

non pro aliqua causæ cognitione, sed pro cura quam adhibet in introducenda & instruenda lite ac iudicis iussionibus exequendis ; quanquam non examinationem, sed exactionem, videtur legisse Cuiac. in d. cap. 23. Denique quod est *in authentica si vero*, de adnotatione & cognitione, expositum est tractatu de iurisdic. cùm ageremus de ὑπομνήσει de qua sanè adnotatione præter ea quæ ibi diximus, vide plura exempla lib. 1. & 2. iuris Orientalis.

Ad L. certi iuris.

HÆC lex non modò est intelligenda de magistris militum, vt facit Glossa, sed de quocunque militari magistratu : nam & duces & comites rei militaris iudices dicuntur & iurisdictionem habent, *nouell.* 23. *de appell. coll.* 4. *l. percipimus, & l. si quum, C. de appellat.* & Præfectus legionis dicitur præcipuus legionis iudex à Vegetio lib. 2. de re militari, cap. 9.



AD TIT. DE IVRE EMPHYTEVTICO, COD.

CONTRACTVS Emphyteuticus est alienatio, quâ dominus prædium suum perpetuò fruendum tradit, hac lege, vt quamdiu pensio siue reditus pro eo sibi vel successori suo præstetur, neque ipsi emphyteutæ, neque heredi eius, cuiue emphyteuta heréſue eius id prædium quocumque modo alienauerit auferre liceat, §. *adeo, de locatione & conduct. Instit. Alienationem*, dico, nam eius est species, *l. vlt. de reb. alienis non alien. S.* quamquam enim alienatio per eminentiam dicatur de dominii translatione, *l.* 1. *de fundo dotali*, I. & eo sensu emphyteusis ab alienatione distinguatur, *l.* 1. *h. tit. & no.* 120. *de alienatione & emphyteusi, collat.* 9. generali tamen appellatione alienationis, perpetuus emphiteuseos contractus continetur, quia perpetua emphyteusis non procul abest à translatione dominii, §. 1. *versiculo alienationis autem, no.* 7. *de non alienandis aut permutandis rebus Ecclesiasticis, collat.* 2. Dico, *alienationem quâ dominus prædium suum tradit*; nam quamquam rei alienæ emptio & venditio esse possit, *l.* 28. *rem alienam, de contrah. empt. D.* non tamen emphyteusis, ideoque qui prædium eo iure tradit, semper dominus appellatur, vt *toto h. tit. & l.* 1. *si ager vectigal. D. & d.* §. *adeo.* Ratio differentiæ, quia commercii frequentia & necessitas extorsit, vt venditio rei alienæ possit consistere, hoc est, vt venditor eo casu euictionis tantùm nomine teneatur, *l.* 11. *ex empto, D. de action. empti.* quæ frequentia & necessitas non est in contractu emphyteuseos. Itaque non est de natura emptionis venditionis, vt ius in rem necessariò transferat, sed vt obligationē in personam venditoris acquirat, *l.* 3 *de obligat. & action. D.* At de natura emphiteuseos est, vt ius in prædio constituat, *l.* 3. §. 4. *si ius, de reb. qui sub tutela vel cura sunt, D.* quam etiam rationem assignat Glos. *ad d. l.* 28. *de contrab. emptione, D.* quare in re aliena pignus non consistat; nulla enim similitudo contractus emphyteuseos hodie est cum venditione, *l.* 1. *h. tit.* Dico, *prædium*, eo enim nomine non solùm proprietas significatur, quæ penes dominum manet, sed etiam possessio quæ in emphyteutam transfertur, *l.* 115. *quæstio, D. de verb. signif.* Quamquam autem emphyteusis in agris & fundis originem

& propriam

& propriam ſedem habeat, hoc eſt, in prædiis ruſticis, tamen & in vrbanis, hoc eſt, in domibus locum habere poteſt, *l. 15. ſi finita*, §. 13. *ſi de vectigalib. ædib. ff. de damno infecto*, *l. 2. de indictionib. Cod. Theo. & d. nou.* 7. §. 1. & §. *ſcire*, licet nomen minus conueniat. Dico, *perpetuò*, nam ea eſt propriè emphyteuſis quæ perpetua eſt, *d.* §. *adeo*, *d. l.* 1. *ff. ſi ager vect. & d. l.* 10. *h. t.* ibi, *perpetua ſtabilitur*, & *nouel. Theod. & Valen. de trig. ann. præſcrip.* non illa quæ temporaria eſt, vt quæ in rebus Eccleſiæ permittitur, *d. nouel.* 7. *in f. princ. &* §. *Emphyteuſim autem.* Dico, *fruendum*; ſicut enim Prouinciales erant tantùm velut fructuarii, vt ait Theodoſius, §. *per traditionem, Inſtit. de rer. diuiſ.* tales ſunt etiam Emphyteutæ qui fructuariis etiam comparantur, *l.* 25. *qui ſit*, §. 1. *ff. de vſuris*, imò longè plus iuris habent, *l.* 5. *cædere*, §. *vlt. ff. arbo. furtim cæſa.* Nam fructuarius intra certum modum fruitur, *ff. de vſuf. & quemad. quis vtatur fruatur*, & morte pluribuſque modis vſusfructus finitur. At ius Emphyteuticum perpetuum eſt, & Emphyteuta habet plenam & abſolutam rei fruitionem & poteſtatem, vt de Prouincialibus dicit Theo. vt parum à domino abeſſe videatur, *d. nou.* 7. §. 1. *verſ. alienationes autem, collat.* 2. Dico, *tradit*, vt *in d.* §. *adeo*, tradere autem eſt cùm dominus de fundo decedit & Emphyteuta vacuam poſſeſſionem eo conſentiente ingreditur, *l.* 78. *fiſtulas*, §. 1. *de contrah. empt. l. pen.* §. *vlt. de acquir. poſſeſſ. ff.* vel etiam à domino ipſo inducitur in vacuam poſſeſſionem, *l.* 8. *ſi pater, de action. empti ſupra*, *l.* 8. *ſi ante*, & *l.* 12. *ſi mater*, I. *de donat. ante nupt.* quæ traditio corporalis appellatur, *l. vnic.* §. & *ſi quid*, §. *de ſufragio*, cuius effectus in propoſito eſt, vt ius Emphyteuticum transferatur; traditio enim à cauſa vnde Proficiſcitur modum accipit, *l.* 31. *numquam nuda, de acquir. rer. domin. ff.* atque ideo pro varietate negotij quandoque plenum proprietatis dominium transfert, *l.* 4. *ſi ſtipulatus, de vſuris*, D. & §. *per traditionem, de rer. diuiſio.* Quandoque dominium vſusfructus, quandoque poſſeſſionem duntaxat ipſius, *l.* 3. D. *ſi vſufr. petat.* quandoque ius pignoris, *l.* 3. *de ſeruo pignori dato*, I. quandoque ius aliquod fundi, id eſt ſeruitutem, *l. vlt. de ſeruit.* D. quandoque poſſeſſionem precariam, *l.* 15. & *habet*, §. 4. *eum qui, de precario*, D. quandoque ius ſuperficiarium, *l.* 32. *qui tabernas, de contrah. empt.* D. quandoque ius perpetuariæ conductionis, *l.* 1. 3. & 5. *de locatione præd. ciuil.* I. *lib.* 10. quandoque emphyteuſim, quod eſt etiam ius prædii, *l.* 3. §. 4. *ſi ius, de reb. eorum qui ſub tutela*, D. ſunt enim varia iura quæ in prædiis conſtitui poſſunt. Hoc autem ſingulare videtur, vt prædii quod datur in emphyteuſim corporalis traditio requiratur, neque ſufficiat, ſecundum conſenſum auctoris, id eſt, domini in poſſeſſionem ingredi, quod tamen in emptione ſuffecit, *l.* 12. *non idcirco, S. de contrah. emptio.* etiamſi emptor in vacuam poſſeſſionem non fuerit inductus, *l.* 2. *de acquir. poſſeſſ.* I. Nam *in l.* 2. §. *neceſſitatem, h. t.* ſi emphyteuta ius ſuum in alium tranſtulerit, neceſſitas imponitur

domino nouum emphyteutam in possessionem suscipere, non per procuratorem, quamquam in aliis casibus hoc liceat, *l.* 33. *fundi, de acquir. vel. amitt. poss. D.* sed per se, vel per litteras suas, id est, per subscriptionem, vel per depositionem apud acta, *declaration iudiciairement faite*, vel per attestationem præsentibus tabulariis, *par acte de Notaire*, cùm tamen in venditione sola patientia venditoris sufficiat absque vllâ scriptura, *d. l.* 12. *S. de contrah. emptio.* nisi fortè dicamus solemnem illam traditionem, de quâ *in d.* §. *necessitatem*, non in primâ emphyteuseos constitutione desiderari, in qua sufficiat vulgaris & ordinaria traditio, sed in alienatione quæ deinde fit ab emphyteuta, in quo §. quod dicitur de depositione apud Magistratum censuum nemo miretur me vertisse, *par declaration iudiciairement faite*; nam magister census habuit iudicium, *l.* 32. *secundum, de donat.* I. quem, si apud nos talis magistratus esset, dicere possemus, *le maistre du denombrement & declaration des personnes & biens, le Maistre du Terrier*, nam apud eum fit professio personarum & agrorum, *l.* 3. *&* 4. *de censib. D. & l. vlt. de libertin. apud Theoph.* nisi fortè idem non fieret in vrbe. Sequitur in definitione, *Pensio*, siue reditus: sic enim præstationem annuam quæ ab emphyteuta domino penditur vocat Iustinia. *d.* §. *adeo, de locatione*, vbi malè Glos. pensionem de pecunia numerata interpretatur, & reditum de speciebus, putà frumento, vino, oleo, & fructibus aliis. Nam *in l.* 2. *h. tit.* Iustinia. vtroque verbo promiscuè vtitur, & pecunias explicat, quâ plurali locutione pecuniam numeratam eum significare puto, vt *in* §. *illud propria, quod cum eo contractum est, Instit.* quod *d. l.* 2. innuit, dum in fine obsignationis meminit, quæ ad pecuniam numeratam referri solet, licet nihil vetet species quoque in sacculis, vasis, & doliis similiter obsignari & deponi, *l.* 1. *in prin. D. de periculo & comm. rei vend.* Non tamen dubium est, quin liceat ab emphyteuta paciscí, vel species, vel pecuniam numeratam, vel vtrumque sub vna pensitatione vel pluribus, *l.* 1. *de administr. rer. public. lib.* 11. I. quod in agris vectigalibus ciuitatum fieri solere illa lex ostendit, & in fundis emphyteuticariis fisci, *l.* 1. *&* 2. *de fundis patrimon. eod. lib.* nam hic contractus pacta quæcumque admittit, *d.* §. *adeo, & toto h. tit.* Hyginus lib. 1. de limitibus agrorum. Agri vectigales, inquit, multas habent constitutiones. In quibusdam prouinciis fructus partem constitutam præstant, alij quintas, alii septimas: nunc multi pecuniam, & hanc per soli æstimationem, certa enim pretia agris constituta sunt &c. his omnibus agris vectigal ad modum vbertatis per singula iugera constitutum. Iustinianus eandem præstationē, quia certa & stata est, emphyteuticum canonem vocat, sicut & Iulianus, *no.* 111. *c.* 4. qui mercedem etiam appellat & pactionem emphyteuticam, *eadem no. cap.* 9. eodem sensu quo *lex* 3. I. *de obsequiis patronis præstandis*, quam Iustinia. *in eadem no.* quæ est apud ipsum 120. §. *vlt.* pactum simpliciter nominat. Vetus autem nouellarum interpres & Haloander ibidem, em-

phyteuticum absolutè dicunt, malè illum locum vertentes, quem sic latinè reddidit Iulianus *no.* 111. *cap. vlt.* pactionem autem emphyteuticam, inquit, præstat emphyteuticarius secundum tenorem instrumentorum. Certè emphyteuma vocatur bis, *in l.* 32. quæ græca est, *de Episcopali audien. S.* quam qui latinam fecit non intellexit, soluere emphyteuma, in fine legis, esse sacculum, in quo emphyteuma, id est, pecunia pensionis erat obsignata & deposita, resoluere, ac pecuniam accipere. Quinimo & *in fine l.* 3. *h. tit.* in editione Anton. Contii, & Ludouici Charondæ, & aliis nonnullis, verbum, emphyteumata, legitur, sed absurdè pro emponemata, vt series ipsa contextus satis indicat, & verbum, census, qui illi loco minimè conuenit. Vectigal quoque dicitur, sed rarius, vt *l.* 32. *si tutoris*, I. *de administr. tut.* nisi cùm agitur de agris emphyteuticis ciuitatum, *l.* 1. & 2. *si ager vectigal.* id est, emphyteuticus *petatur D.* vel etiam emphyteuticis fisci; nam & *d. l.* 23. de his scripta fuerat, vt patet ex *l.* 3. *C. Th. eod. tit.* vnde hæc desumpta est; loquitur enim de possessionibus iuris emphyteutici, hoc est, ex bonis fisci, vt Anianus ibi rectè interpretatur. Sequitur in definitione, *sibi præstetur*, supple, vel successori suo qui quocumque titulo prædii dominus factus sit, *d.* §. *adeo*, *de locatio. Instit.* Sequitur, *deinde alienauerit*; nam potest emphyteuta heresue eius, vel quilibet alius successor, id prædium vendere, aut donare, aut dotis nomine dare, aliòue quoquo modo alienare, *d.* §. *adeo*, quod ita intelligendum est, non vt rem, id est, solum & prædii proprietatem alienet sed ius quod in prædio habet, *l.* 71. *si domus*, §. *vlt. de legat.* 1. *l.* 32. *qui tabernas, de contrah. emptio. & l.* 3. §. 4. *si ius, de reb. eor. qui sub tutela, D.* ideoque *in l. vlt. h. tit.* non dicitur alienare prædium, sed ius emphyteuticum. Alienare autem potest dummodo ad personas non prohibitas, sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem ius suum transponat & transferat, vt est *in l. vlt.* §. *necessitatem, h. tit.* quæ verò illæ sint personæ Glossa rectè explicat. Sequitur denique in definitione, *auferre non liceat*; nam perpetuo iure, vt dictum est, prædium tenetur, *l. vlt. de collatio. fundorum patrimo. lib.* 11. I. atque ideo, si suis quibusque temporibus debita pensio inferatur, inuito possessori auferri non potest, *d.* §. *adeo, & l.* 1. *de administr. rer. publicar.* I. *lib.* 11. Vnde à contrario si per triennium emphyteuta in solutione cessauerit, vel per biennium in rebus ecclesiæ, potest dominus eum à prædio reiicere & repellere, *tota l.* 2. *h. tit. d. no.* 7. *de non alienand. vel permut. reb. ecclesiasticis immobilibus*, §. *scire autem, collat.* 2. *& cap. vlt. de locato & conducto, extra.* Sed quæritur, an dominus possit emphyteutam expellere suâ auctoritate, an verò id per iudicem facere debeat. Cuiacius *ad d. l.* 2. *h. t.* in postumis putat iudicis auctoritate opus esse, *l.* 31. *lex D. de pignorib. & l. pen. S. de locato.* quo iure in Gallia vtimur. At Glossa *in d. l.* 2. in verbo *repellere, h. t. & in d. cap. vlt.* in verbo, *expelli*, existimat hoc domino impunè licere per se & propriâ auctoritate, melius tamen

esse, si per iudicem hoc fecerit, quia emphyteuta sit in possessione, *argum. l. 3. creditores, de pignorib.* I. quæ Glossæ sententia quatenus eam licentiam domino sine iudice permittit iuri magis conuenit. Nam tempore elapso emphyteuticarius iure suo cadit, vt est *in f. d. l. 2.* nempe vi & potestate legis, quod dicitur, ipso iure, vt rectè interpretatur Glos. *in f. d. l. vlt. h. tit.* quod etiam probat *d. no. 7. §. scire autem*, vbi tempus dicitur sufficere ad casum emphyteuseos, hoc est, quasi ad caducitatem illius iuris; vt rectè adnotatum est in versione Haloandri, quod etiam apertè significatur, *l. 2. h. tit.* ibi, *neque prætendente, &c.* quasi scilicet ius omne emphyteutæ solo tempore cessationis euanescat, & prædium ipso iure ad dominum redeat, eiusque pleno iure iterum esse incipiat, & tantumdem præstet dispositio & potestas legis quantum expressa conuentio, *in d. l. 31. lex vectigali, de pignorib. D.* quod apertè demonstrat *lex 3. de administr. & peric. tut. C. Th.* iuncta cum *l. 23. si tutoris*, I. *eod. tit.* nam *in illa l. 3.* vitium commissi contrahi & intercedere dicitur, si emphyteuta in præstatione canonis cessauerit; nam de ea culpa ibi agitur, vt apparet *ex d. l. 23.* atque propter commissi offensam prædium auellitur & amittitur, nempe ipso iure ex natura commissi, quod statim rem vel ius adimit & in alium transfert eique vindicat, *l. 14. commissa, & l. vlt. §. 7. si propter necessitatem, de publicanis D.* qua in re mirum profectò videtur quod Iustinia. *in d. l. 23.* I. *de administr. tut.* commissi mentionem detraxerit, nisi fortè illam legem voluerit intelligi, non de cessatione in emphyteuticario canone, de qua iam dictum esset proprio loco, I. *h. tit.* Sed de cessatione in tributo & vectigali publico, sicut Glo. intellexit, quod ego verissimum puto, atque ideo illam legem non probare canonem emphyteuticarium in fundis priuatorum vectigal dici posse. Superioribus autem consequens est, vt dominus emphyteutam cessantem possit suo iure & propriâ auctoritate expellere, quod apertè probatur, *d. no. 120. de alienat. & emphyteusi, §. si verò quis, collatio. 9.* damus inquit licentiam domino eiicere de emphyteusi. & *d. no, 7. §. scire autem*: Si non exoluerint, inquit, emphyteuticum canonem, fient omnino extranei emphyteumati (vbi emphyteuma dicere videtur pro re emphyteutica) & volentibus dominis licebit prædia aut domos defendere; quod Iulianus melius vertit, licentia libera præstatur prædia abstrahere, quod *in no. 111. cap. 5.* dixit, liceat expellere de emphyteuseos contractu. Sic in locatione vectigalium publicorum, non solutis pensionibus, pellere conductores permittitur, *l. 20. vectigalia, §. vlt. D. de public.* vbi Glo. addit; statim atque cessatum est in solutione. Sic venditor serui manus iniectionem sibi excipit, quam propriâ auctoritate exequitur, si contra legem venditionis factum fit, *l. 8. Titius, de seruis exportand. D.* Nihil mirum ergo si dominus in prædio emphyteutico ex natura contractus idem faciat; nam tunc iure suo vtitur, *l. 31. lex vectigali, D. de pignor.* Neque verendum, ne dominus eo iure abutatur & vim faciat; nam

optima cautio adhibetur, *l. 2. §. vlt. h. tit.* Adde non ideo eum iure suo fraudandum, quod fortè vim facturus sit, sed coercendus si faciat; nam neque in manus iniectione periculum huiusmodi timetur, neque *in toto tit. S. quando liceat vnicuique (sine iudice) vindic. se.* Neque verò obstat *lex pen. de locato & conducto S.* quam Cuia. in contrarium citat, nam emphyteusis à societate seu similitudine conductionis separata est, *l. 1 h. t. & d. §. adeo, de locat. & conduct. Instit.* Non etiam obstat *d. l. 31. lex vectigali, D. de pignorib.* ab eodem citata & à Glos. *in d. l. 2. h. t.* in verbo, *expellere*; nam ibi sententiâ iudicis opus fuit, vt expelleretur vectigalis fundi possessor propter cessationem solutionis, quia emphyteusis nondum erat proprius contractus, sed locationis & conductionis species, *l. 1. si ager vectigalis D.* sicut etiam eadem de causa opus fuit speciali conuentione *in illa l. 31.* vt si post certum tempus vectigal solutum non esset, fundus ad dominum rediret, quæ hodie vi & potestate contractus continetur. Non denique obstat *d. l. 3. creditores* I. *de pignoribus*, quam citat Glossa prædicta; nam multò plus iuris habet dominus in emphyteuticario prædio post cessationem præsertim, quàm creditor ex sua conuentione in prædio pignori obligato, atque ideo cùm creditor vim non facere videatur, qui propriâ auctoritate prædii sibi obligati possessionem ingreditur, multò minus vim facere dominus intelligetur, qui prædii quod post cessationem ipsius est pleno iure, possessionem apprehendit, deiecto emphyteuta, quamquam tamen creditor qui possessionem iure suo ingressus est, opus deinde habeat auctoritate Præsidis ad adipiscendam possessionem, & debitorem consequenter de eâ deturbandum, *in d. l. 3.* Creditor enim ex illa sua conuentione non potuit acquirere possessionem, sed eam tantùm ingredi, quæ non tam possessio est quàm custodia. Neque enim expellendi debitorem ius habet, sed simul cum eo possidet, vt saltem tædio custodiæ solutionem extorqueat debitori, *arg. l. 5. is cui D. vt in possess. legat.* Debitor enim etiamsi ipse pignoris causâ prædium tradiderit, intelligitur possidere, *l. 36. qui pignoris, D. de acquir. possess.* Quod si creditor fieri velit verus possessor, atque ideo debitorem expellere, necesse est, vt deinde possessionem auctore iudice adipiscatur, quò scilicet possit postea vsucapere, *argum. l. 5. Prætoris, de damno infecto D.* sicut cùm Prætor illo titulo in possessionem primùm mittit, & deinde possidere iubet & vsucapiendi in suum dominium causam præstat, *l. 7 Prætor ait, eod. tit.* Et hic videtur sensus *d. l. 3. de pignor.* I. difficillimæ ad Salyceti mentem, qui *in d. l. 3* licentiam ingrediendi possessionem rectè distinguit à possessionis acquisitione. At in proposito dominus fundi emphyteuticarii semper possessor manet: emphyteuta autem ipse quamuis sit in possessione, non est tamen verus possessor, quod diligenter obseruandum. Regula enim certissima est, eos possessores non conuenire appellari, qui ita teneant, vt ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem, *l. 2. malè igitur.* I. *de præscript. 30.*

vel 40. annor. At emphyteuta mercedem pro prædio præstat domino, vt ante probatum est, ac consequenter possessor verè non est, sed inter eos referendus quos precariò possidere dicta lex ait, precarii scilicet nomine generaliter accepto. quibus verbis Glossa emphyteutam quoque comprehendi rectè ibi docet, citatâ *lege 7. cum notissimi*, §. *vlt. eod. tit.* vbi emphyteuta rem detinere dicitur, quod longè aliud est quàm possidere, *l. 49. possessio*, §. 1. *de acquir. possess. l.* 38. *stipulatio ista*, §. 6. *hæc quoque, de verb. oblig. & l.* 1. §. 4. *quod ait Prætor aut dolo, quod legatorum D.* tenere enim siue detinere est naturaliter & corporaliter possidere, *l. vlt. de acquir. possess.* I. *l.* 1. §. 12. *quod seruus, de vi & vi armata D. d. l. 49. in prin. & l.* 1 *commun. de vsucapionib.* I. quod etiam dicitur esse in possessione siue in prædio, non tamen absolutè possidere, *l.* 10 *si quis ante, de acquir. vel amitt. possess. l.* 6. *certè*, §. 1. *de precario D* Sic vsufructuarius, qui non possidet, sed tenet, *l.* 11. *acquiruntur*, §. *vlt. de acquir. rer. domin. l. 49. possessio, in prin. de acquir. vel omitten. possess. D.* dicitur esse in possessione, *l.* 60. *cuiuscumque*, §. 1. *de vsufructu.* Præterea verus possessor non est, nisi qui sibi potiùs quàm alteri possidet, *d. l.* 2. *malè*, I. *de præscrip.* 30. *vel* 40. *ann.* quod Glossa interpretatur de eo qui ita sibi possidet, vt non alii possideat. At emphyteuticarius non soli sibi possidet, *sed potiùs domino* à quo possidet, & cuius agrum eâ conditione colit, vt pensionem ei statis temporibus prestet, seu pecuniariam, seu frumentariam, vt *in l* 2. *de fundis patrimon.* I. *lib.* 11. atque ideo pro alieno possidet, vt rectè Cuia. *ad l.* 13. *pignori, D. de vsurpatio* generaliter enim quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, nos possidere videmur, *l.* 9. *generaliter, de acquir. vel amitt. possess. D.* quâ ratione *in l.* 15. *qui satisdare coguntur D.* is qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligi dicitur; intelligi, inquam, quia propriè non est possessor. Fundus igitur emphyteuticus penes vtrumque esse dici potest, penes emphyteutam, quia possideat corpore, & penes dominum, quia non discesserit animo à possessione, *arg. l* 15. *& habet*, §. 4. *eum qui, D. de precario*; nam & animo solo possessio retinetur, *l.* 13. §. 5. *in amittenda, l. 6. clam*, §. *qui ad nundinas, de acquir. possess. D.* emphyteuticus ergo propriè non possidet, sed habet ius vtendi fruendi, vt de fructuario dicitur, *in f. l.* 10 *acquiruntur, de acquir. rer. domin.* D. Verùm quia in prædio est, & in possessione, hoc est, corpore & naturaliter rem tenet, possessor esse dicitur, *d. l.* 15. *qui satisdare coguntur, l.* 31 *lex vectig. de pignor. D. l.* 1 *de mancipiis & colonis, & l* 1. *de collation. fundor patrimon. lib.* 11. *Cod.* Cùm ergo dominus prædii emphyteutici non solùm proprietatem, sed etiam possessionem penes se retineat, nihil mirum, si emphyteutam in solutione cessantem iure suo possit expellere, quâmuis creditor pigneratitius non possit expellere debitorem, licet iure suo possessionem ingressus, quia nec possessor nisi possessionem auctore Prætore nanciscatur, *d. l.* 3. *de pignorib.* I. Ex quibus apparet vehementer falli

Glos. in dicto verbo, *expellere l. vlt. h. tit.* quæ putat dominum fundi meliùs facturum, si auctoritate iudicis emphyteutam eiiciat, hac ratione, quia emphyteuta possidet; nam eum non possidere aliâ quoque ratione probatur, quod nec vllo tempore præscribere possit, *l. 2. & l. 7. cùm notissimi*, §. *inter, de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Neque verò ista repugnant iis quæ ante diximus, emphyteusim perpetuam à dominio parum abesse, *no. 7. de non alienand. aut permut. reb. ecclesiast.* §. 1. *vers. alienationis autem, collat.* 2. & emphyteuticarium habere plenam & absolutam prædii fruitionem, ac posse illud in alium quocumque titulo alienare, *d.* §. *adeo, de locatio. Instit.* namque hæc omnino vera sunt. Sed quamdiu emphyteuticus non incurrit vitium & offensam commissi; quamdiu, inquam, in conuentorum fide ipse manet, & pactam mercedem suis temporibus domino fundi persoluit; tamdiu enim pro domino ipso habetur, & quasi dominus fundum emphyteuticarium à quocumque vindicat, ab ipso etiam fundi domino, *l. 1. in f. & l. 2. si ager vectigalis, D.* actione scilicet in rem, non quidem directâ sed vtili, vt ad illum tit. docuimus, & probat *l. 16. ei qui, D. de seruit.* quæ actio vectigalis dicitur, *l. 15. si finita,* §. 13. *si de vectigalibus, de damno infecto, D.* possis etiam emphyteuticariam appellare, vt à suis contractibus aliæ quoque ferè dicuntur (quod enim Glos. *in l. 1. hoc tit.* in verbo, *custodiri,* docet agendum esse condictione ex lege, vel præscriptis verbis, intelligendum est, cùm de fide contractus & pactorum obseruatione inter dominum & emphyteutam disceptatur) ius enim omne prædii habet emphyteuticarius præter dominium, *l. 3.* §. *4. si ius, de rebus eor. qui sub tut. l. 71. si domus,* §. *vlt. de legat. 1. D.* in quo §. Glossa hæc verba, *aliquod ius,* vtile dominium interpretatur. Itaque seruitutem fundo potest imponere, *l. 1. quib. mod. vsusfr. amittatur, D.* sicut etiam olim in prædiis prouincialibus licuit, *l. 3. de seruit. & aquâ,* I. non quidem vt ipso iure valeat, cùm dominus non sit, sed tuitione Prætoris, *d. l. 1. in prin.* quò pertinet verbum, *tueri, in d. l. 3.* quamdiu scilicet ius emphyteuticum manet; nam eo amisso seruitus euanescit, vt etiam vult Cuia. *ad l. 3. in prin. h.t.* Item opus nouum nunciare potest, sicut & olim permissum est in prouinciali etiam prædio, *l. 3. de operis noui nunciat. D.* pignori dare, *l. 16. tutor,* §. *vlt. D. de pigner. actio.* Et habet actionem aquæ pluuiæ arcendæ, *l. 23. quod Principis,* §. 1. *de aqua pluuia arcen. D. finium regundorum, l. 4.* §. *finium, D. finium regund.* de arboribus cæsis, *l. 5. cædere,* §. *vlt. D. arb. furtim cæsar.* vindicationem seruitutis, *l. 16. ei qui, de seruit. D.* actionem triticariam, *l. 1. de condict. triticar.* communi diuidundo, *l. 7. D. comm. diuid.* familiæ erciscundæ, *l. 10. prædia, D. familiæ erciscu.* quæ omnia de agris vectigalibus, id est, prouincialibus & ciuitatum scripta quidem fuerant à Prudentibus, sed hodie de emphyteuticis agris quibuscumque sunt accipienda, vt docuimus *ad tit. si ager vectigal. D.* Has & omnes alias actiones quæ emphyteutis dantur vtiles intelligere debe-

mus, non directas, sicut & ipsius prædii petitio vtilis illis datur, *d. l. 16. de seruit. l. 1. §. 1. vt in flumine publico*, & apertius, *l. 16. tutor, §. vlt. de pigner. act. D.* Plenum autem illud ius quod habet emphyteuta instar dominij appellatur à Glossa, *in §. namque si cui, de action. Instit. & l. 1.* in verbo, *alienationis, h. t.* & ab interpretibus passim; atque ideo in foro dominium vtile ad differentiam dominii directi; sic enim vocant quod penes eum residere dicunt qui fundum in emphyteusim tradidit, exemplo actionum, quarum aliæ directæ, aliæ vtiles nominantur. Quod genus loquendi in iure insolens, atque ideo vitandum, vt & omnia similia quæ interpretes iuris, latinæ linguæ nimium securi de suo commenti sunt. Atque assuescendum purissimo veterum iurisconsultorum ore loqui, quod qui non faciunt, eos non solùm ineptè loqui, sed etiam sentire necesse est, & à iuris mente turpissimè aberrare, cùm verba sint rerum notæ & indices, sicut in proposito videre est. Nam inprimis actionum comparatio hac in re absurda; directæ enim dicuntur, cùm ad eos casus quorum causâ primùm suâ conceptione & formulâ comparatæ & proditæ sunt, rectâ viâ diriguntur, destinantur, & feruntur: vtiles verò cùm, vtilitate ita exigente, ad nouos casus deflectuntur, aptantur, & accommodantur, licet eorum causâ non fuissent ab initio compositæ, *sicut in actione in rem proximè* docuimus, *ad tit. si ager vectigal. D.* Neque sequitur, vt quia emphiteutæ vtilis in rem actio datur, ita vtilis dominus appelletur, vt rectè Glossa docet, *ad l. 1. d. tit.* Deinde non possis emphyteutam dominum vtilem ideo appellare, quia omni prædii vtilitate fruatur, illudque teneat, ac pro arbitrio alienare possit, quando ne possessor quidem propterea propriè dici possit, vt ante probatum: & quando emphyteutæ & domini appellatio perpetuò opponatur, sicut dominium & emphyteusis, *l. 8. omnes fundi, de fundis patrimonial. I. lib 11.* & emphyteuta dominus esse negetur, *l. 1. si ager vectigal. D.* & prædia vectigalia, id est, emphyteuticaria esse nostri patrimonii, *l. 10. item prædia, D. famil. ercis.* nam emphyteusis est ius tantùm prædii, vt *S.* docuimus: ius autem prædii & dominium distinguntur, *l. 16. si prædium, I. de prædiis & aliis rebus minorum, l. 19. eorum, de damno infecto, D.* Denique cùm olim esset duplex dominium, in bonis scilicet siue naturale & ciuile, siue ex iure quiritium, *l. vn. de nudo ex iure Quiritium toll. I. Vlpia. tit. 1. §. in bonis, & tit. 19. §. si seruus, & Theoph. tit. de libert. §. vlt. Instit.* hodie vnicum & solum factum est, *d. l. vn.* malè igitur in vtile, & directum diuiditur, quod etiam Glossa optimè sentit, *ad l. 1. si ager vectigalis, D.* aduersus Ioannem qui talem differentiam videtur inuexisse contra verba legis, vt ipse etiam agnoscebat. Quinimo nec cùm naturalis & ciuilis dominii differentia obtinebat, emphyteuticus potuit, vt opinor, dominus in bonis siue dominus naturalis dici, quia nullo modo eorum quibus naturali, id est, gentium iure dominium acquiritur, ipse acquirit, sed in perpetuum conducit

tantùm

tantùm, *l.* 1. *si ager vectigal. D.* quod quidem ius non est auctum, etiamsi emphyteusis in proprium contractum à locatione & conductione distinctum transierit: quanquam tamen latâ bonorum appellatione vectigales quoque agri continentur, id est, hodie emphyteuticarii, *l.* 5. *is cui*, §. 6. *bonorum, vt in possess. legat. D.* In prouincialibus quidem prædiis aliud obtinuisse puto; nam quia prouinciales antequam subacti essent, prædiorum suorum iure gentium erant domini, videtur illud dominium eis relictum fuisse, impositio tamen tributo & vectigali, ciuile autem siue ex iure quiritium in populum Romanum translatum: sicque videtur intelligendum quod scribit Theophilus, §. *per traditionem, de rer. diuisione*, quod quidem dominium non erat nudum, sed coniunctum cum vtilitate stipendii vel tributi, atque ideo sublatum non videtur, *d. l. vnicâ*: sicut nec illud quo pater filiumf. vindicare potest, *l.* 1. §. 1. *de rei vindicat. D.* Quinimo tentari possit dominium illud ex iure Quiritium penes Principem semper remansisse, quantumuis Prouincialibus prædiis cum Italicis in iure quoque dominii exæquatis, *d* §. *per traditionem, & l. vnicâ in f.* I. *de vsucapio. transfor.* & exæquationem illam dominii hoc tantùm effecisse, vt priuati inter se sint rerum suarum plenè domini, sublatâ differentiâ dominii in bonis, non tamen, vt respectu principis tales propriè dici possint. Non enim possis dominum absolutè & pleno iure eum dicere qui pro prædiis suis tributum Principi pendit, *arg. l.* 2. *malè igitur*, I. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Imò generaliter verissimum est quod Aggenus Vrbicus scribit: Publicum siue Principem cum priuato esse consortem, quia dum priuatus laborat in proprio, & tributum publico, & sibi alimoniam arua excolendo procurat: quibus congruit *lex* 8. *qui agros, de omni agro deserto, lib.* 11. I. quod Bartolus sensisse videtur *ad constitutionem primam Henrici* 7. *in prin.* in verbo, *totius orbis*, quæ habetur post libros feudorum. Ait enim omnia esse Principis, non solùm quoad protectionem & iurisdictionem, vt Bulgarus voluit in Glos. *l.* 3. *benè a Zenone*, I. *de quadrien. præscriptione*, sed etiam verè si vniuersaliter considerentur, licet priuati sint domini prædiorum suorum, & citat *leg.* 9. *ἀξιώσις deprecatio, ad L. Rhod. de iactu, & l.* 3. *Barbarius, in f. de officio Prætorum, D.* quod Martinus vetus interpres dixit apertiùs in d. Glossa, nempe omnia esse Principis etiam quoad proprietatē. Quod ego intelligo non de absoluto dominio, sed de eo quod dixi ex iure Quiritium. Prouinciales autem prædiorum suorum dominos in bonis, siue naturaliter fuisse probat apertè *no. Martiani, de prædiis ciuitat. omnium*, vbi possessores, id est, prouinciales, possessionum quas tenent dominium in perpetuum obtinere dicuntur, & eo sensu dominium possessionis intelligebatur, *l.* 9. *si dominium, de pignorib.* I. & dominus possessionis, *l.* 2. *de his qui latrones vel alterius criminis reos occultauerint*, I. quæ hodie de proprietate sunt intelligenda, postquam prouinciales prædiorum suorum pleno iure do-

mini facti sunt, *l. vn. in fin. de vsuc. transf.* I. *& d.* §. *per traditionem*, & eò potissimùm aptandum est quod dicitur *in l.* 78. *interdum, de verb. signif. D.* Neque verò sequitur emphyteuticarium nullo modo posse dici dominum, etiamsi perpetua emphyteusis non procul abesse dicatur à dominii translatione, *in d. no.* 7. §. 1. *in f.* nam vel hoc ipsum apertè probat dominium non transferri sed quasi dominium, vt loquitur *c.* 3. *Abbate, in prin. de sententia & re iudic. in* 6. & Cuia. *ad l.* 1. *h. tit.* vel similitudinē dominii, vt idem dicit, *ad l.* 66. *de euictionib. D. in quæstionib. Papiniani.* Quâ ratione *in l.* 31. *lex vectigali, de pignoribus D.* finitâ vitio commissi emphyteusi, fundus dicitur ad dominum redire & esse domini, quasi scilicet antea fundus aliquatenus emphyteuticarii esse videatur. Valde tamen obstare videtur *l.* 12. *possessori, de fundis patrimon. lib.* 11. I. in qua emphyteuticarii patrimoniales disertè dicuntur esse domini, vbi Cuia. videns illud pugnare cum *l.* 1. *D. si ager vectigal.* quæ emphyteuticarium absolutè negat esse dominum, affirmat emphyteutas non effici dominos, sed tantùm haberi pro dominis. Ipse tamen *in l.* 1. *de locatio. prædior. ciuilium, eod. lib.* apertè fatetur eos esse dominos, quæ varietas satis ostendit eum non percepisse sensum *d. l.* 12. quæ non loquitur de *omnibus* emphyteuticariis generaliter, sed de patrimonialibus, id est, ad Principis patrimonium pertinentibus, in quibus hoc singulare est, *vt emphyteutæ fiant domini perpetui fundorum, quod* dilucidè probat *lex* 4. *eod. tit. de fundis patrimonialib.* in qua apertis verbis dicitur, fundos emphyteuticos patrimoniales non ita tradi, quasi tantùm commodentur, hoc est, eâ lege, vt redhibeantur per cessationem scilicet solutionis, sed tradi iure dominii, ita vt commissi metus in illis esse non possit. Quibus verbis perspicuè à contrario arguitur fundos emphyteuticos priuatorum non tradi iure dominii, quia vitio commissi sint subiecti, atque ideo conditionem redhibitionis in se habeant implicitam, *l.* 31 *lex vectigali, D. de pignorib.* at propterea quasi comodati tantùm videantur. Quibus consequens est non rectè duci argumentum ab emphyteusi patrimoniali siue fisci ad emphyteusim priuatorum, atque ideo errare Accursium, *l.* 3. in verbo, *aliis, h. t.* & Cuia. ad legem eandem qui existimant emphyteutam quemlibet ius suum donare posse inconsulto prædii domino, quia id liceat emphyteuticario fisci *in l.* 1. *de fundis patrimon.* I. *lib.* 11. Consequens etiam est Principi ius prælationis non competere, quod Cuia. malè putauit, *l.* 3. *h. t.* Fundos autem emphyteuticos priuatorum intelligo qui non sint Principis, etiamsi Reip. alicuius, *l.* 2. *ne rei dominicæ vel templo* I. *& l.* 14. *de indulgent. debitorum, C. Th.* hoc est ciuitatum, *toto tit. si ager vectigalis D.* nam & ciuitates priuatorum loco sunt, *l.* 16. *eum qui, D. de verb. signific.* siue sint templorum & Ecclesiæ, vel piorum locorum, *d. l.* 2. *d. no.* 7. *no. Leonis* 13. siue aliorum quorumlibet, qui quamquam omnes sint fundi emphyteuticarii, cùm tamen fundos iuris emphyteutici legimus in libris nostris, eos qui sunt Principis, debemus intelligere, patrimoniales scilicet, siue fisci, *l.* 3. *de administrat.*

& peric. tut. C. Theod. vbi Anianus ita quoque explicat, *l.* 34. *de fundis patrim.* I. *lib.* 11. *& rubricâ, ac l.* 14. *de locatione fundorum iuris emphyteutici, & l.* 2. *de indictionib. C. Th.* quamquam tamen è conuerso non omnes fundi patrimoniales siue fisci sunt iuris emphyteutici, vt rubrica, *de fundis patrimo.* rubrica, *de mancipiis & colonis*, rubrica, *de fugitiuis colonis*, rubrica, *& l. vlt. de collatio. fund. patrimo. lib.* 11. I. *l.* 2. *de omni desert. agro, l.* 13. *etiam, de prædiis & aliis rebus minor.* I. *no. Valentinia. de* 30. *ann. præscript. l.* 2. *de indictionib. C. Th.* Cum ergo emphyteuticarii fiscales vel patrimoniales prædia sua non modò perpetuò fruenda accipiant, vt emphyteuticarii priuatorum, §. *adeo, de locatione, Instit.* quò in loco Theophilus verbum *perpetuò* latinum retinet, græcâ terminatione, quasi hac in re solemne: sed etiam iure dominii perpetuò & absque metu commissi, *l.* 3. *& l.* 4. *de fundis patrim.* I. *lib.* 11. *& l.* 2. *de fundis rei priua. eod. lib.* non est mirum, si *in l.* 2. *de officio Comit. rerum priuat. §.* quæ vulgò est 1. *sub. tit. de officio Comitis sacri Palatii*, quam rubricam spuriam putant, Imperator ipse perpetuarium ius interpretetur emphyteuticarium. Cuiacius tamen *ad l.* 1. *de locatio. prædior. ciuil.* I. *lib.* 11. putat *in d. l.* 2. non rectè legi, *perpetuarii, hoc est, emphyteuticarii iuris*: & asseuerat in emendatioribus codicibus haberi, *perpetuarii vel emphyteuticarii iuris*; atque ideo ius perpetuarium separandum à iure emphyteuticario, vt fit, *no. Valent. de præscript.* 30. *annorum*, quod etiam videre est, *nou. Theod.* 23. *de Trib. fiscal.* & perpetuariorum nomine significari non emphyteutas, sed conductores perpetuarios, vt *l.* 1. 3. 5. *de locatione præaior. ciuilium*, I. *lib.* 11. licet Glos. *in d. l.* 3. & 5. emphyteutas intelligat, & in prima colonos, quos perpetuo iure lex detinet, *l. vlt. de colonis palæstinis*, I. *lib.* 11. Sed non placet Cuiacii sententia; nam in editionibus Russardi, Contii, & Charondæ *in d. l.* 2 constanter legitur, *hoc est, emphyteuticarii iuris.* Et ipse Cuia. *in l. pen.* I. *de ex usat. munerum, lib.* 10. perpetuum ius exponit emphyteuticarium, atque Græcos ita interpretari testatur, quod etiam facit *ad l.* 3. *de fund. rei priuatæ* I. in qua per ius perpetuum significari ait dominium vel emphyteuseos ius. Nihil enim vetat, quin & conductores perpetui & emphyteuticarii Principis, licet inter se diuersi, possint dici perpetuarii, quia vtrique prædia perpetuo iure retinent, *l. vlt. de collat. fund. patrimo.* I. *lib.* 11. inter quos hæc præcipua communio quod vtrique pensionem præstant, & præcipua differentia, quod perpetuarii conductores non sint domini, *l.* 5. *de locatio. præd. ciuil.* I. *lib.* 11. & quia vtrique perpetuarii dicuntur, idcirco *in d. l.* 2. *de offic. Comitis rerum priuat. §.* additum est, *hoc est, emphyteuticarii*, vt vocis ambiguitas tolleretur. Quamquam eo in loco dubitari meritò possit, cur perpetuarii quoque conductores, sicut & emphyteuticarii, non subiiciantur curæ eorumdem officialium, cùm vtrique ad rem priuatam æquè videantur pertinere. Nisi dicamus prædia perpetuarii & emphyteuticarii iuris distributa inter diuersos,

neque iisdem officialibus assignata, licet vtraque sub cura eiusdem Comitis rei priuatæ. Cuius sententiæ argumentum, quod dicit, *reuertatur*, quo verbo significat aliis ante officialibus emphyteuticarios fuisse commissos.

Supereſt, vt nonnulla quæ in contextu huius tit. obscura sunt, expediamus. Atque inprimis, quod dicitur *in l.* 1. & 2. pactiones quascumque in emphyteuticariis contractibus debere custodiri; nam primâ fronte id superfluum videri possit, quia in omnibus contractibus idem generaliter obtinere videtur, quibus pacta naturam dant, vt in proposito dicit Theoph. §. *adeo, de locatio, Instit.* Sed sciendum est pacta quidem in contractibus apposita contractus bonæ fidei formare, *l.* 7. *iurisgentium*, §. *quinimo*, & §. *adeo*, *de pactis*, *D.* non tamen contractus stricti iuris, exceptâ stipulatione, *l.* 40. *tecta, de reb. cred. D.* Cùm ergo Zeno *in l.* 1. *h. t.* contractum emphyteuseos ab omni societate, & similitudine emptionis & locationis separauerit, illum procul dubio stricti iuris fecit, cuius actio ideo non recensetur *in* §. *bonæ fidei, de action. Instit.* ac consequenter effecisset, ne istius contractus forma ipso iure per pactum immutari posset, sed tantùm per pacti exceptionem tuitione Prætoris, *l.* 27. *nec ex prætorio, de regul. iur. D.* nisi nominatim illud expressisset. Eam autem fuisse Zenonis mentem, vt pacta in hoc contractu valeant ipso iure, quasi pars cõtractus, quod dicitur inesse cõtractui. Iustinia. perspicuè declarat *in d.* §. *adeo*, dum ait, pactum quodlibet in eo obtinere, ac si natura talis esset contractus, quod parùm intellexisse videtur Theophilus, cùm hanc rationem affert, quod pacta contractibus naturam dent, quæ ratio generaliter vera non est. Diligenter verò obseruandum *in d. l.* 1. tantùm agi de pactionib. scripturâ interueniente habitis, & *in l.* 2. & 3. semper fieri mentionem instrumenti emphyteuticarii: quod mihi certissimum videtur argumentum, hunc contractum sine scripturâ non valere, quanquam Glos. *in l.* 1. dubitet, & Bartolus contrà sentiat, sicut etiam Cuia. ad eandem legem, hac ratione, quod vbi amissio instrumenti non nocet, vt in proposito, *l.* 3. *in prin. h. tit.* nec omissio nocere debet. Moueor primùm, quia in singulis legibus nostri contextus fit mentio scripturæ, deinde quod hic contractus proprio iure suo nititur ab aliis distincto, *l.* 1. *in prin.* Denique quòd natura contractus illud maximè postulat, cuius forma ex priuatis conuentionibus penè tota constat. Neque me mouet Cuia. ratio, quia in contrahentium potestate est instrumentum conscribere, non autem ne amittatur; adde quod amissum instrumentum restituitur per sequentem amissionis & contentorum probationem. Sententiam nostram confirmat *d. no.* 7. *de non alien. aut permut. reb. ecclesiast. in f. prin.* quæ emphyteusim quidem temporariam sine scriptis fieri permittit, sed in perpetua scripturam requirit, quod confirmat *no.* 120. *de alienat. & emphyt.* §. *emphyteusis*, §. *& hoc quidem*, §. *hoc vero*, §. *de sacris*, & §. *vlt. coll.* 9. Neque obest, quod Iustinia. *in* §. *adeo de locatio. Instit.*

non meminerit scripturæ; nam satis est quòd digitum ad ipsam constitutionem Zenonis intenderit.

Illud etiam explicatione dignum, quod *in l. 3. h. tit.* sæpius repetitur licere emphyteutæ ius emphyteuticum in alium transferre, vel emponemata alienare; hoc est, quæ labore suo in agro meliorata sunt, vt Iulianus exponit, *no. 7. cap. 3.* licet enim manifestum sit, hæc inter se differre, non tamen facilè potest intelligi, quâ ratione possit emphyteuta meliorationes suas separatim sine iure emphyteutico vendere: & tamen id fieri posse prædicta legis verba perspicuè arguunt, vt etiam illa quibus *in f. leg.* nouus emphyteuta ab emptore melioratione separatur: Illud verò sequenti exemplo facilè apparebit: Finge emphyteutam in agro rudi vineam instituisse, aut oliuetum, aut pomarium, aut syluam (ista & similia superficies dicuntur, *l. 13. certo generi, de seruit. præd. rusti. D.*) & deinde superficiem solam alii vendidisse: certum est hoc casu eum retinere ius emphyteuticum, hoc est, quasi dominium in fundo, & vendere tantùm melioratione, id est superficiem: sicut verus dominus retento dominio potest alienare superficiem in solo suo, alii locare, vendere, donare, legare, *l. 1. in prin. & f. de superficieb. D.* quæ superficies est velut quædam seruitus, *l. 76. si tibi*, §. *vltro, de legat. 1. D. & d. l. 1.* §. *vlt. vers. quia autem*: emphyteutam verò seruitutem posse fundo imponere duraturam, quamdiu ius emphyteuticum durabit, iam S. diximus. Denique in eadem *l. 3. h. t.* hæc verba, *partem pretii vel æstimationis*, rectè interpretatur Glos. vt pretium referat ad venditionem: æstimationem verò ad alias alienationes, *d.* §. *adeo, de locatio, Instit.* quod Cuiacius optimè explicat, vt pars quæ datur domino pro introitu ei debeatur, non tantùm si emphyteuta vendiderit, sed etiam si donauerit, vel legauerit, vel institutionis iure in alium transtulerit, licet in vsu fori aliter obtineat. Sed debuit consequenter definire ius prælationis in omnibus aliis casibus domino competere, quod tamen ante negauit in donatione, leui profecto hac ratione motus, quia dominus semper vellet sibi potius prædium donari quàm alteri; non enim dominus in donatione præferri se postulabit, sed in prædio suo, vt tamen eius æstimationem donatario præstet, quâ ratione domino ius suum seruabitur & donatario emolumentum donationis.

TRACTATVS,

DE TRANSMISSIONIBVS, SIVE ad Titulum, de his qui ante apertas Tabulas ad heredes transmittunt.

TRANSMISSIONIS ius nomenque versatur iis in rebus quæ à nobis ad heredes nostros transferuntur, non in omnibus quidem, sed in illis tantùm quas alius nobis hereditatis, legati, aut fideicommissi nomine reliquit. Eas autem in alium transferre, nemo nisi qui ipse habeat potest, *l.* 54. *nemo plus iuris*, *l.* 62. *hereditas*, *de regul. iur. l.* 24. *nihil est aliud*, *de verb. sign. D.* & *l.* 3. §. 2. *sed quia*, *commun. de legat. Cod.* & vt non habendo transferat, priuilegio opus est, quod & quibusdam in causis benignè indulgetur, hincque apparet duas esse transmissionis species, vnam quæ iure communi, alteram quæ iure singulari fiat, & illa quidem, cùm earũ sit tantùm rerum, quæ iam nobis quæsitæ, & cum reliquo patrimonio nostro confusæ sunt, nihil aliud videtur quàm iuris huius pars, quo res omnes nostras in successores nostros, morientes transferimus, quæ hereditas appellatur. Itaque & successio à Papinia. appellatur, *l.* 6 *postumus*, §. *vlt. de inoffic. testa. D.* Quò fit, vt quæ hoc transmittuntur modo, heredi nostro velit nolit acquirantur, *l.* 7. *in f. siquis filiusf. de acquir. hered. D.* neque enim hereditatem scindere, ac pro parte heres esse potest, *l.* 1. *de acquir. hered. l.* 7. *ius nostrum*, *de reg. iur. D.* & §. 10. *his ita definitis*, *de caduc*, *tollen. Cod.* Atque nos in hac quidem causa transmissionis abuti verbo ex superioribus satis constat; ea enim iis in rebus propriè cernitur quas ab aliis delatas nullo pacto retinentes à nobis transferimus, & verè trans nos ad successores nostros iuris potestate mittimus. Quas verò semel acquirimus ac penes nos seruamus priusquàm transferimus, mittere potiùs quàm transmittere videmur; alioqui & omnis hereditas transmissio quoque erit, quod nemo vnquam opinor dixerit. Sed nos vsui concedamus, atque de ea iam quæ impropriè transmissio est priùs differamus, de altera post suo loco dicturi. Hereditas itaque non adita

communi iure transmitti nec hodie potest, nec olim vnquam potuit, §. 5. *in nouissimo,& §. 12. cum autem, in superiore, de caduc. toll. l. 3. §. vlt. de iure deliber, Cod.* siue ex institutione siue ex substitutione deferatur, *l. 9. si ex pluribus, de suis & legit. & l. si toties, de acquir. heredit. D.* Nihil enim interest, cùm substitutio aliud non sit quàm secunda heredis institutio, vel vt definit Caius titulo de substitutionib. secundi heredis appellatio, idemque de bonorum possessione non agnita iudicandum est, vt scilicet non transmittatur, *l. 7. quoniam sororem, de iure deliber. l. 4. emancïpata, qui admitti ad bono. possess. poss. Cod. & l. 3. §. 5. acquirere, de bono. possess. D.* Bonorum namque possessio velut hereditas est, & bonorum possessor heredis loco, *l. 1. de possessor. hered. petit. D. & §. 1. quos autem, de bonor. possess. Instit.* Econtrario ergo adita hereditas, aut bonorum possessio agnita rectè transmittetur. Aditionis autem nomine pro herede geritio etiam continetur, *d. l. 7. quoniam sororem*; est enim generale & ad vtrumque hereditatis acquirendæ modum pertinet, cretionem scilicet, & ipsam pro herede gestionem, *l. 25. si quis mihi bona, §. 4. sed quid si mandauit, de acquir. hered. D.* quamquam tamen de cretione frequentius dicitur, & in ipsius etiam formula vsurpatur, *tit. 22. qui heredes instituí possunt, §. 28. cernere, apud Vlpia.* Itaque hanc totam quæstionem vt concludamus, Diocletiani & Maximiniani elegantissimum rescriptum, quod est sub titulo *de successio. Cod. Hermog.* hic attexemus: Manifesti atque euidentis iuris est, inquiunt, antequam cerneret vel pro herede gereret, vel bonorum possessionem peteret, à defuncto successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. Ex quo etiam illud obiter notandum est, duos tantùm esse ciuiles acquirendæ hereditatis modos, quos supra retulimus, vt apparet etiam ex Vlpia. *d. tit. ex d. §. sed quid si ex l. 69. quamdiu, eod. tit. ex l. 14. & si quis impediat, §. 7. plerique filii, de religios. & sumpt. fun. D. ex l. 19. cum antiquioribus, de iure deliber. Cod. & ex nou. 1. cap. 1. §. 4. exheredatos autem,* atque aditionem generis esse nomen non tertiam speciem. Cùm igitur transmissio hæc ab aditione pendeat in suis & necessariis heredibus, atque in iis qui necessarii simpliciter dicuntur, frustra de ea disputatio instituatur; hi enim citra aditionẽ iure ipso heredes etiam inuiti fiunt, aut potius existunt, §. 1. *necessarius, §. 2. sui autem, de hered. qualit. & differ. Instit. & l. 14. in suis, de suis & legit. hered. D.* Quare reliquum est, vt in extraneis tantùm locum habere queat, qui & adire hereditatem, & non adire possunt, ex quo aut transmissio consequitur, aut verò cessat. Atque iam breuiter exposita sunt quæ ad hereditatem iure communi transmittendam pertinere videbantur. Sed quando adiri hereditas ipsa possit, nunc etiam paucis est differendum; ita enim à nostris fit, non suo quidem loco, neque tamen alieno prorsus. Iure igitur antiquo quod ante legem Papiam fuit, heres statim à testatoris morte hereditatem adire potuit, §. *cum igitur, de caduc. tollen. Cod.* Lex verò Papia ex parte scriptum clusis tabulis adire prohibuit, *d.*

§. *in nouissimo*, in illis verbis, *siue ex parte sint*, *l.* 21. *multum interest*, *de conditio. & demonstrat. D.* quod & de bonorum possessione similiter intelligendum fuit, *l.* 1. *in f. de iuris & facti ignor. D.* argum. à contrario sumpto, idque augendi & locupletandi fisci causâ; ante apertas enim tabulas decedentis portio caduca fiebat, hoc est, ab eo in fiscum videbat, *d.* §. *cum igitur*, & *Vlpia. tit.* 17. *de caducis.* At in heredibus ex asse lex Papia nihil immutauit, quare ij & ante apertas tabulas adire semper potuerunt, *l.* 3. *in prin. de iure deliber. Cod.* itemque bonorum possessionem petere, *d. l.* 1. §. *vlt. de iur. & facti ignor. D.* Atque hæc quidem heredis ex asse, vel ex parte scripti differentia, procul dubio certa est, quam in veteribus etiam Azo & Accurs. agnouerunt in Glos. *d. l.* 1. *de iuris & facti ignorantia*, & *l.* 25. *si quis mihi bona*, §. 3. *sed vtrum*, *de acquir. heredit. D.* Quæ verò eius ratio esse possit id sanè difficillimum longè est; cur enim eum potius quàm hunc clusis tabulis adire permisit? aut cur hunc potius quàm illum adire prohibuit? Præterea, cùm is qui partem suam ignorat pro herede gerere possit, imò etiam adire, *l.* 21. *si quis extraneus*, §. *vlt. de acquir. hered. D.* quid est quod ex parte scriptum clusis tabulis adire prohibeat? Denique, an non inutiliter aditio heredi in solidum permittitur, contràque ex parte scripto frustra prohibetur? quandoquidem per rerum naturam neuter horum clusis tabulis adire posse videatur? Prius enim quàm quis adeat scriptum se heredem nouerit necesse est, sibìque delatam hereditatem fuisse, *l.* 1. §. 1. *vers. scientiam*, *de bono. poss. ff. secund. tab. l.* 32. *heres institutus*, *de acquir. hered. D.* & *l.* 7. *quoniam sororem*, *de iure deliberandi*, *Cod.* & vtrùm ex parte, an ex asse., *l.* 93 *pater*, *de acquir. hered. D.* atque vtrùm purè, an sub conditione, *d. l.* 32. *heres*, atque suorum tantùm priuilegium hoc est, vt heredes fiant nescii, *l.* 8. *apud hostes*, *de suis & legit. Cod.* At clusis tabulis incertum, quis heres scriptus sit, *l.* 25. *si quis mihi*, §. 3. *sed vtrum*, *de acq. hered. D.* cóque testamenti tabulæ lino & cerâ consignantur, ac linteo quoque nonnumquam inuoluuntur, vt heredis nomen lateat, §. *sin autem quis*, *Instit. de pupill. substit. l.* 22. *ad testium*, §. *vlt. qui testam. fac. poss. D.* quâ etiam ratione alius erat familiæ emptor ab ipso herede qui seorsim in tabulis scribebatur, vt Theoph. exponit, *in prin. de testam.* Vnde fortasse quispiam quoque quæret, qûi fieri potest, vt heres ante apertas tabulas occisi testatoris necem vindicet, quemadmodum Senatusconsultis iubetur, *l.* 3. §. 2. *quod ad causam*, & §. *is non tantum*, *l.* 4. *qui postumus*, & *l. seq. de Senatuscons. Syllan. & Claud. D.*

Digni sanè vindice nodi.

Quare tentemus, si quid in iis dissoluendis nostra possit industria; atque vt ab vltimo incipiamus, primùm negari quidem non potest testamentum in scriptis ea de causa excogitatum fuisse, ne sciretur heredis nomen, atque hoc iure veteres vsos esse. Sed dum iuris antiqui

cautelam

cautelam paulatim mutat posteritatis imperita præsumptio ; ita enim Theod. & Valentinia. loquuntur, *nou. de testamentis* : testes exegerunt omnino quæ testamento continerentur agnoscere, vt non aliter firmum crederetur testamentum ; quod emendatum est tandem veteri revocato iure, *d. nou.* cuius pars est *l.* 21. *hac consultissima, de testam. Cod.* ex quo manifestum est facilè sciri etiam clusis tabulis, quis heres scriptus esset, antea potuisse, quo lex Papia & Senatusconsultum de occisi vindicanda nece spectasse videntur. At cur non, inquies, eius Senatusconsulti mentionem è libris D. & Cod. Iustin. sustulit, cùm hodie locum habere non posse videatur ? incertum est enim clusis tabulis heredis nomen, vt olim. At dicendum est testatorem id manifestare quandoque solere ; neque enim prohibetur, si velit, *l.* 29. *iubemus*, §. *sin verbo, de testam. Cod.* Præterea Senatusconsultum & ab intestato in legitimis hæredibus locum habere, *l.* 3. §. 18. *non tantùm, de Senatusconsulto Silan. D.* atque etiam in causa testati in liberis & aliis quos verisimile est propter coniunctionem heredes scriptos esse ; nam & de iis quoque præcipuè agitur, *tit. de his quib. vt indig. Cod.* Sed iam videamus, cur non & heredem ex asse clusis tabulis adire lex Papia prohibuit, & sanè eius rei nulla quidem iuris ratio, vt opinor, assignari potest, neque alia esse videtur quàm quod Augustus qui eam tulit legem, tantam in se inuidiam suscipere veritus est ; nam & ipsis testatoribus & legitimis heredibus magnam eo pacto iniuriam intulisset, illis quidem quòd sine herede plerumque futuri fuissent, his verò quòd eos legitimâ successione fraudasset, quam hereditate non aditâ habere solent. Quare quod est *in l.* 20. *item veniunt*, §. 7. *ait senatus, de petitio. hered. D.* hereditatem ex asse caducam posse fieri, non de herede in solidum accipiendum est, sed de coheredibus, quia si omnes deficiant, hereditas ex asse caduca non incõmodè dici potest ; perpartes enim tota tandem caduca facta est. At cùm heredum ex parte portiones caducæ per legem Papiam fierent, nullus queri iure posse videbatur, non legitimus heres qui nihil quoque habiturus esset, deficientis nempe portione superstitibus heredibus accrescente. Sed nec ipsi heredes qui supererent ; illi enim partem suam habebant, neque damnum aliqua in re patiebantur, sed lucrum tantùm non sentiebant. Nec denique testatores, quandoquidem rarò eueniebat, vt non ex pluribus heredibus aliquis supereset qui adeundo testamentum sustineret. Illis tamen quorum partes caducæ fiebant inferebatur iniuria, qui clusis scilicet tabulis adire prohiberentur, sed nec incoloratè illud tamen. Nec enim adire iure potest qui in testamento portionem suam nescit, *l.* 5. *illud, si pars hered. pet. D.* & si quidem ex minori adeat, nihil agit, vt adire scilicet rursum possit, *l.* 75. *ex semisse, de acq. hered. D.* At si ex maiori, malè adit, vt adire meo iudicio iterum non queat ; semel enim adeundum est, *l.* 80. *si solus, in f. ibid.* Quâ etiam ratione incertæ partis hereditatis petitio iure communi non datur, *l.* 1. §. *vlt. si pars hered. pet. D.* Neque

dixeris ex parte ſcriptũ portionem ſuam à teſtibus ſcire potuiſſe; potuit enim, ſed inutiliter, quando lex Papia nullam aliam in eo ad adeundum ſcientiam admittebat, quàm quæ ex ipſo tabularum authentico veniret. Quare & ſi quis ſciſſet teſtamentum & exemplum eius, quamuis exemplo aperto, nondum tamen apertum videbatur teſtamentum, vt ſcilicet adiri poſſet hereditas, *l. vlt. quemadm. teſta. aper. D.* quæ etiam ad legem Iuliam & Papiam inſcripta eſt, eóque ſenſu quo dixi accipienda. Qua in re legem Papiam ſibi conſtitiſſe parum, negari quidem non poteſt, quæ quamlibet ſcientiam in herede in ſolidum admitteret, at in herede pro parte non item. Et ſanè fruſtra nos torquemus, ſi certam aliquam & veram iuris rationem in ea requirimus; Iniuſta enim lex fuit & tyrannica, vt non obſcurè Iuſtini. innuit, *l. 2. §. ſed & in his nihil de caducis, de veteri iur. enucleando*, & §. 1. *de caduc. toll. Cod.* & iuris tantùm colores & quaſi vmbras captauit, quas Iuſtin. machinationes appellaſſe videtur, §. 1. *de caduc. toll. Cod.* vt & fieri ſolet in iis legibus quæ fiſco augendo inſeruiunt, quibus æquitatis prætextus obtenditur, vt ſub iuris ſpecie mali Principes liberiùs in ſuos ac licentiùs graſſentur. Sed iis quæ nos de incertæ partis aditione diximus valde adverſari videntur *d. l. 5. illud ſciendum, ſi pars hered. pet. & d. l 21. ſi quis extraneus*, §. *vlt. de acq. hered. D.* Verùm dicendum eſt *in l. illud*, eſſe exceptionem regulæ generalis quæ in eadem ipſa lege proponitur, atque ius ſingulare maximâ æquitate ſubnixum, quod & Accurſ. animaduertit. Valde enim iniquè portionis certitudo in illa ſpecie ab herede exigeretur, quam per rerum naturam nemo tunc habere poteſt. Præterea nihil quicquam eſt quod heredi poſſit in ea cauſa imputari, at cùm incertus eſt propter clauſas tabulas, meritò quis ei ſuam negligentiam obiiciat; quare enim teſtamentum aperiendum non curat. At *in d. §. vlt. l. 21. ſi quis extraneus*, agitur de geſtione pro herede, vt ex verbis ipſis apparet, nam cùm in fine aditionis mentio fit, aditio ad pro herede geſtionem referenda eſt, vt & alias fieri ſupra probauimus. Longè verò inter ſe diſtant; nam cretio eſt actus legitimus, *l. 77. actus, de reg. iur. D.* & olim etiam anxiè & ſcrupulosè ſolemnis, *l. 17. cretionum, de iure delib. Cod.* quare cerni hereditas ab eo qui portionem ſuam neſciret non potuit, ſed geritio pro herede, facti & animi eſt, non iuris, *l. 20. pro herede, de acquir. D.* ideoque & ſi quis partem ex qua inſtitutus eſt ignoret, nihil ei nocet quominus proherede gerat. Ex quo non malè quis concludat, geri olim cluſis tabulis pro herede potuiſſe etiam ab eo qui ex parte ſcriptus eſſet, legis nempe ceſſante ratione; in dubiis enim facilè contra fiſcum reſpondetur, *l. 10. non puto, de iure fiſci D.* quod circa legem Papiam à Iuriſconſultis quibus ea diſplicebat fuiſſe factitatum Iuſtinian. *in prin. de caduc toll.* teſtatur, atque eos ideo multas inueniſſe vias per quas caducũ non fieret. Aliam quoque maximi momenti differentiam inter cretionem & geſtionem fuiſſe Vlp. refert in ſentent. *tit. qui heredes inſtitui poſſ. in f.*

vt sub imperfecta cretione heres institutus cernēdo quidem substitutum excluderet, sed pro herede gerendo cum in partem admitteret, ex quo intelligi illud potest quod *in l. si quis mihi bona*, §. *sed quid si*, *de acquir. hered. D.* scriptum est, filium qui iussus fuerit à patre suo pro herede gerere posse etiam adire, hoc est cernere, quia cretio longè vtilior. At contrà si iussus fuisset cernere, putarem eum pro herede gerere non potuisse, quoniam faceret deteriorem conditionem patris, quod ei non licet, *d. l. si quis*, §. *sed si mandauit*. Neque sanè Tribo. in iis differentiis tollendis iuxta *d. l. cretionum*, tam accuratus fuit, quin pleraque earum in libris nostris reliquerit, quæ maximas tenebras sæpe offundunt iis qui ius antiquum ignorant. Et ne longè à tractatu nostro abierim, *in l. 1. de acquir. hered. D.* qui pro parte agit nihil agit. At *in l. si ex asse*, *eod. tit.* si ex asse heres destinauerit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse, quas facilè conciliabis, si superiorem illam de cretione intellexeris. Item certum est mutum cernere non potuisse; erant enim solemnia verba ab herede pronuntianda, vt est apud Vlp. *d. t. qui heredes instituí poss.* quorum etiam vestigia agnosci possunt, *in l. eum*, §. *vlt. de acquir. hered. D.* quare qui fari non potest adire non poterit, *l. pupillus*, *de acquir. hered. D.* Item de infante, *l. 65. seruo*, §. 3. *si pupillo*, *ad Trebell. D.* Rectè tamen pro herede gerere etiam olim potuit, *l. mutum*, *l. pater*, §. *vlt. ibid. l. pupillus*, in illis verbis, *neque enim scire neque decernere*, *& in l. is qui heres*, §. *si quis dubitet*, *eod. & in l. 72. si quis heres*, *ibid.* cretionis imperfectæ formulam videre adhuc licet, vt ex collatione Vlp. d. tit. quiuis facilè intelliget. Atque hactenus de hereditate iure communi transmittenda, déque eius aditione.

Nunc de legatis & fideicommissis differamus. Ea autem ad heredes transmitti non ante possunt, quàm eorum dies cesserit, quod & olim semper obtinuit, vt est apud Vlp. *tit. de legat.* at post diem eorum cedentem transmittuntur, *l. Sempronius Attalus*, *de vsu & vsuf. leg. l. si post diem*, *l. heredis*, *quando dies leg. ced. D.* Quamquam Iulianus tamen non id negare solùm, imò & legatum non transmitti ex eo quia dies eius cesserit inferre videtur, *l. 19. cum sine*, *d. t.* Sed illius loci alius sensus est quàm vulgò creditur, nempe, Vxorem centum quæ sibi legata sunt heredi suo relinquere non eâ ratione dici posse, quia dies legati cesserit, quandoquidem verum sit eo casu non cessisse, defunctâ scilicet interim muliere, dum legati conditio pendebat, ex quo apparet non esse apponendam ea in lege negationem, vt è quibusdam malè fit contra florentinæ scripturæ fidem. Et hac quidem breui regulâ tota de transmittendis legatis & fideicommissis doctrina continetur. Sed quando dies eorum cedat, nunc etiam nobis dicendum est, eadem scilicet ratione, quâ de adeunda hereditate supra disputauimus. Atque olim quidem iure antiquo statim à morte testatoris legatorum & fideicommissorum, si pura essent, aut in diem certum relicta, quæ pro puris etiam habentur, cedebat dies

§. *cum igitur, de caduc. toll. Cod.* id autem est incipere deberi, *l.* 223. *cedere diem, de verb. sign. D.* si verò sub conditione, aut in diem incertum qui pro conditione est, *l. dies, de condit. & demonstr. D.* postquam demum extitisset conditio, aut dies venisset, §. *sin autem, de caduc. toll.* At postea cautum est, vt non nisi apertis tabulis eorum dies cederet, vt quæ interim scilicet deficerent caduca essent & fisco vindicarentur, *d* §. *cum igitur*, quod & in mortis causa donationibus consequenter obtinuit *l. vlt. de donat. causa mortis, D.* quia legatis æquiparantur, *l. illud generaliter, eod.* Atque hoc per Senatusconsulta quæ circa legem Papiam habita sunt introductum fuisse Iustin. scribit, *d.*§. *cùm igitur*: Vlp. autem per ipsam legem Papiam, *tit. de legat.* eodem scilicet sensu quo tutela patronorum legitima apellatur, & à *l.* 12. *tab.* esse dicitur, quia perinde accepta sit per interpretationem, ac si verbis legis introducta fuisset, *tit. de legiti. patro. tut. Instit.* Etsi enim ea de re nihil lex Papia cauisset, Senatus tamen eius mentem & sententiam secutus, ei consequenter censuit, ne legata vel fideicommissa antea deberi inciperent, quàm quis hereditatem adire & heres esse posset, *d.* § *cum igitur*, quandoquidem ne scribi quidem vtiliter legatum ante hetedis institutionem tunc posse credebatur, §. *ante heredis, de legat. Instit.* Enim verò vt varia fuerunt genera legatorum, ita quoque non vnum ius in iis esse potuit. Nam si per vindicationem legatum relictum fuisset, etsi nondum legatarius ad se pertinere constituisset, neque adita fuisset hereditas, tamen post apertas tabulas decedens ad heredem suum transmittebat, vt Paulus auctor est, 3. *sent. tit. de legat.* & apparet *ex l. huiusmodi*, §. *vlt. de legat.* 1. satis apertè innuens in reliquis legatorum formis illud iuris fuisse, vt in iis nempe non sola diei cessio sufficeret, sed hereditatis etiam aditio, atque legati agnitio ad transmittendum necessariò requirerentur, quorum vtrumque nobis exponendum est. Atque id quidem veteris iuris ipsa ratio, vel eo tacente per se loquitur & dictat; Nam cùm legata per damnationem vel finendi modo relicta, non dominium in legatarium transferrent, sed ei obligationem tantùm aduersus heredem parerent, eorúmque nomine, non in rem actio, sed personalis ex testamento nasceretur, vt est apud Theoph. & Caium in instit. *tit. de legat. & Vlp. in sentent. eod. tit.* consequens fuit vt antequam eorum dies cederet, id est, antequã deberi possent, is existeret à quo deberentur, heres scilicet, quod non nisi aditâ hereditate esse potuit. Præceptionis quoque legatum transmitti non potuit nisi aditâ hereditate, & ab eo quidem ipso cui relinquebatur; cùm enim legari eo modo præterquam illi qui ex parte heres esset nonposset, vt Theoph. loco iam citato probat & Caius, eum prius adire & heredem esse oportuit, quàm legatum consistere acquiriue ei vnquam posset. At vindicationis legatum, quoniam rectà in legatarium à testatore transibat transmitti etiam hereditate nondum aditâ potuit, vt ex Paulo retulimus, cui tamen aduersatur quod Theoph. §. 1. *de legat.*

ſcribit vindicatione legatarium dominum fieri, aditâ demum hereditate, quaſi eum antea dominum fieri non poſſe ſignificet, quod etiam dicitur *in l. ſi tibi homo*, §. *cum ſeruus, de legat.* 1. *l. quædam, de rebus dubiis, D.* quas omnes ad id legati genus referendas eſſe vel ex ſuperioribus liquidò conſtare poteſt. Et dicendum hereditatem quamdiu iacet legati dominam reuera eſſe, *l.* 80. *legatum, de legat.* 2. eíque fructus rei legatæ acquiri, *l. quod ſeruus, de legat.* 2. At eâ aditâ, retrotrahitur ad tempus mortis aditio, & hoc eſt quod dicitur *in l. aditio, de furtis, D.* ea quæ legantur rectâ viâ à teſtatore in legatarium tranſire. Re ergo ipsâ legatarius fiet dominus poſt aditam hereditatem tantùm, iuris verò intellectu à die mortis, vt ſcilicet legatum interim moriens tranſmittat, non quod illud ſibi vindicare, niſi prius aditione conſtiterit, poſſet. Quare quod ait Caius d. tit. legatarium poſt mortem teſtatoris non ſpectato herede tale legatum ſibi preſumere potuiſſe, intelligendum eſt aditâ ſcilicet hereditate, vt tamen heredem non ſpectaret, hoc eſt, vt ſuo ipſe iure legato manum iniiceret, ſibique auferret, quo ſenſu eadem verba vſurpat Anianus ad Pauli lib. 3. tit. 6. de legat. quamquam id iure iis prætorio vetitum poſtea fuerit propter L. Falcidiam, *toto tit. quorum legat. D. & Cod.* Sed hoc alterius eſt loci. In aliis autem legatis heres expectandus fuit, & in legato præceptionis quidem, vt cum eo familiæ erciſcundæ inſtitui poſſet actio, vt eſt apud Theophilum *in d.* §. *in reliquis verò*, vt vel ipſe rem quam dare damnatus fuerat præſtaret, quò pertinuit illa legati definitio quam Iuſtin. refert, §. 1. *de legat.* vel vt legatarium ipſum ſibi ſumere permitteret, ſi legatum ſinendi modo relictum fuiſſet. Ex quo illud etiam conſequitur, quod antea diximus, hæc legata niſi fuiſſent agnita tranſmitti non potuiſſe. Cùm enim eorum dominium vi & poteſtate legis non tranſiret, tacitam petitionis conditionem habebant, vt ſcilicet ſi petita non fuiſſent non transferrentur ad heredem, quemadmodum de optionis legato Iuſtinia. refert, §. *optionis, de legat.* Atque ita eſt intelligendus Paulus 3. ſent. *tit. de legat.* Scribens legati actionem quæ inchoata non eſt ad heredes non tranſmitti, ne poſt diem quidem legati cedentem. At in legato vindicationis, (de eo enim accipiendum eſt, vt oſtendit Theoph. §. 1. *de legat.* quod Vlp. ait *tit.* 19. *de dominiis*, dominium iure ipſo, id eſt lege 12. tab. acquirebatur) quare cùm heredis factum non deſideraret, purum ſuâ naturâ erat, non conditionale, vt reliqua; ideoque tranſmittebat ſine acceptione, & quamvis voluntatem ſuam legatarius profeſſus non fuiſſet, vt ex Paulo ſupra retulimus, & apparet *ex l.* 65. *ſi ita legatum*, §. *illi ſi volet, verſ. quamuis alias, de legat.* 1. Atque hinc explicari poterit difficillimus alioqui Vlp. locus *in l. ſi poſt, quando dies legat. ced. D.* vbi legati puri diem à tempore mortis cedere ait, quod ſanè valde abſurdum primâ fronte meritò videri poſſit, cùm & ipſe *in f. tit. de legat.* ſcribat per legem Papiam ex apertis tabulis cedere tantùm poſſe. Neque dici

potest eum locum fuisse interpolatum aptatúmque ad nouam Iustin. constitutionem *de caduc. toll.* Digesta enim 17. Kalend. Ianuar. Iustin. 3. consule edita fuerunt; lex verò de caducis tollendis, multò post tempore Kalend. Iunij Iustinia. 4 & Paulino coss. Verùm dicendum est Vlp. de hoc legato vindicationis loqui; illud enim solum sui naturâ purum fuisse ostendimus, vt scilicet non ante aditam quidem hereditatem eius dies verè cederet, sed vt aditione ad mortis tempus retroactâ ex eo cessisse intelligeretur, quod etiam nunc obtinet, quando vindicationis naturam hodie magna ex parte retineant, atque hoc modo hic Vlp. locus mirum in modum cum superiore illo Pauli congruet.

Et hæc quidem olim. At Iustinia. tandem vt in hereditatibus ita in legatis & fieicommissis ius antiquum revocauit, *l. vlt.* §. 1. *Cod. de iure d lib.* sublatis tantùm legatorum differentiis, & iis inter se ac cum fideicommissis simul exæquatis, §. 1. *de legat. Instit. l.* 1. *commun. de legatis*, *Cod l.* 1. *de legat.* 1. *D.* vt hodie scilicet statim à testatoris morte hereditas adiri possit, & dies legatorum fideiuecommissorum cedat, exceptis tamen quibusdam quorum alia nunquam, vt transmittantur cedere possunt, alia non nisi hereditate aditâ. Et primi quidem generis est legatum libertatis; cùm enim personale sit beneficium, fieri non potest, vt in alium transmittatur, *l. Priuilegia*, *de reg. iuris D.* Idemque dicendum in legato vsusfructus, vsus, vel habitationis, §. *libertatibus*, *de caduc. toll. l. ambiguitatem*, *de vsufr. Cod. l* 2. & 3. *quando dies leg. ced. D.* simili nempe de causa Glos. *in prin.* & §. 1. *l.* 1. *quando dies vsusf. leg. ced. D.* quia scilicet personæ cohæret, *l. si habitatio*, *d. tit. l. pecoris*, *de seruit. rust. præd. D.* & *d. l. ambiguitatem*, quamquam reliquarum seruitutum legata, vt cæterarum rerum, ad heredes transmittantur, *l. pen. de ser. leg.* & *d. l. pecoris*, à contrario sensu. Neque obstat quod patri dominóue quæratur; id enim fit potestatis non transmissionis iure, *d. l. si habitatio*, *l. quæ legata*, *de reg. iur.* & *l. vlt. de vsufr. D.* Vtrumque tamen cedit, vt debeatur, sed ab adita hereditate tantùm, *d.* §. *libertatis*, *l. libertas*, *de testam. manumiss. Cod. l. testamento*, §. *testamento*, *de manumiss. test. l. cùm legata*, *quando dies leg. ced.* §. 1. *quando dies vsusfr. leg. ced.* & *l.* 2. & 3. *quando dies leg. ced.* Et legatæ quidem libertatis dies antea cedere non potest propter sui naturam, vt ait Iustin. *d.* §. *libertatibus.* Nam cùm transmitti non possit, frustra quis eius diem ante aditam hereditatem cedere dicat. Vt enim ante docuimus legatum à die mortis eò tantùm cedere intelligitur, vt scilicet transmitti possit. Atque eadem etiam ratio est in legato vsus, vsusfructus, & habitationis, *d.* §. *libertatibus*: sed & alia Præterea. Nam quamdiu iacet hereditas, neque vsus, neque vsusfructus, neque habitatio est, cùm hæc per se non subsistant, sed respectu personæ quæ vtitur fruitur, vel habita esse intelliguntur; quare ab adita hereditate tantùm esse incipiunt, & consequenter nec antea deberi possunt, §. 1. *quando dies vsusf. leg. ced. D.* Denique in

legato proprietatis sufficit iuris potestas, vt statim & rectâ viâ transferatur dominium à defuncto in legatarium, *l.* 64. *à Titio, de furtis, D.* At in vsufructu & similibus facto quoque opus est; non enim constituitur vsusfructus, nisi cùm quis iam frui potest; ille enim ex fruendo, id est, facto aliquo eius qui fruitur consistit, *l. vn. quando dies vsusf. leg. ced. D.* Alterius generis legata sunt quæ transmittuntur quidem, sed non nisi post aditam hereditatem, qualia sunt legata quæ seruo cui testamento data est libertas relinquntur, *d.* §. *libertatibus*; nam si ab ipso quidem domino qui libertatem dedit relicta fuerint, vt *in l.* 1. §. *ad eos, ad L. falcid. D.* inutilia fierent, si antea cederent, *l.* 8. *nam cum, quando dies leg. ced. D.* quia acquirerentur hereditati & per eam heredi cui à se ipso legatum videretur: si verò ab extraneo relicta sint, non quidem inutilia fierent, quia heredi acquirerentur, sed ad seruum cui relicta sunt peruenire non possent. Sed valde repugnat *lex si post mortem, de legat.* 1. in qua eius legati quod seruo testamento manumisso relictum est dies ante aditam hereditatem cedit, quo fit vt hereditati acquisitum legatum postea herede aliquo existente ad eam pertineat, non ad seruum. Verùm distinguendum; nam si legatum serui contemplatione fuerit relictum, tunc eius dies non cedet, nisi aditâ hereditate, vt scilicet libero facto acquiri possit, vt est *in l. heredis*, §. *vlt. quando dies leg. ced. D.* At si seruo quasi hereditario legatum fuerit, tunc obtinebit *d. lex si post mortem.* Similiter etiam dicendum est in iis legatis quæ seruo qui & ipse legatus est legantur, *d.* §. *libertatibus, & d. l. heredes*, §. *vlt.* nam si ab extraneo relicta sint, & eorum dies non aditâ hereditate cederet, hereditatis fierent, *l. cum ita*, §. *vlt. quando dies leg. ced. D.* non eius cuius intuitu relicta essent. Idémque accideret, si ab ipso testatore legatum relictum esset; nam & si servus legatus à die mortis deberi incipiat, tamen quæ ei legata sunt acquirerentur hereditati, si eâ iacente eorum dies cederet, vt supra exposuimus, non ipsi cuius causâ relicta sunt, sícque inutile fieret legatum. Iis igitur exceptis casibus hodie generaliter statim à tempore mortis legatorum dies cedit, & hereditas adiri potest. Sed quare non æquali iure censentur, dicet aliquis, vt quemadmodum legata & fideicommissa absque vllo legatarii vel fideicommissarii facto à morte acquiruntur, vt transmitti possint, ita etiam hereditas intelligatur acquisita quamuis agnita non sit, vt similiter transmittatur. Ea ratio est, quia hereditas onerosa plerumque est & damnosa, & qui semel heres existit nunquam desinit esse heres, *l.* 88. *ei qui soluendo, de hered. instit. D.* quare facultas deliberandi heredi concessa est, vt non ipsius heres esse intelligeretur qui voluntatem suam de hereditate agnoscenda apertè professus fuerit. At legatum non potest esse nisi lucrosum, præterea etiam quamuis legis potestate quæsitum à legatario, liberè repelli & repudiari potest. Et hactenus de prima transmissionis specie.

Iam enim de altera quam iure singulari fieri diximus nobis est disputandum, quæ non incommodè ita definiri potest. Hereditatis non aditæ, vel legati, aut fideicommissi cuius dies non cesserit, ad heredes heredis, legatarii, aut fideicommissarii, delatio. Priuilegium namque in eo cernitur, cùm hereditas non quæsita, aut legatum, fideiuecommissum quod nondum debetur, in heredem nostrum transfertur, atque in hoc præcipuè differt ab ea quæ iure communi fit; illa enim est rerum iam nobis quæsitarum : hæc verò earum quæ tantùm delatæ sunt. Ex quo alia sequitur differentia, vt quæ illo transferuntur modo heres repudiare non possit, nisi & vniuersam defuncti successionē quoque repudiet, *l. 7. si quis filiusf.* §. *vlt. de acquir. hered. D.* quæ verò hoc modo transmittuntur omittere heres possit, vt non ideo minus tamen defuncto succedat, eóque pertinet delationis in definitione verbum, vt intelligamus scilicet per hanc transmissionem heredi nihil acquiri, sed tantùm rem offerri, vt eam si velit acquirere sibi possit, *l* 19. *cum antiquioribus, de iure delib. Cod.* Neque obstat, quòd *in l. singulari, de his qui ante aper. tab. Cod.* is in quem transmissio fit hereditatem quasi debitam sibi vindicare potest, si eam non recuset, nam ex eo quod vindicat, agnoscere & per hoc acquirere censetur, non quod ei antea fuerit acquisita, alioqui recusare semel acquisitam nullomodo posset, *d. l. ei qui soluendo.* Huius autem transmissionis duæ sunt species; nam duas tantùm cum Iustin. §. 5. *in nouissimo, de caduc. toll.* constituere tutiùs puto, quàm cum nostris innumeras. Et prima quidem atque antiquior à Theodosio inuecta est, *d. l. singulari*, quâ liberis vsque ad tertium gradum aduersus L Papiam tulit auxilium in hereditatibus legatis & fideicommissis, quæ sibi à parentibus suis ad tertium vsque gradum relinquuntur, ad posteros suos cuiuscumque gradus vel sexus transmittendis. Quòd autem constitutio liberorum & parentum cognationes ad eum vsque gradum nominatim enumerauit, argumento est ad vlteriores eam non pertinere *l.* 110. *liberorum, de verb. signif. D.* & quod in eo gradu constitit exemplo legis Papiæ feciſſe videtur, quæ liberis & parentibus ad tertium gradum ius antiquum in caducis seruauit, §. 1. *de Caduc. toll. Cod.* & apud Vlp. *tit.* 18. *qui habeant ius antiquum in caducis*, quod etiam secutus videtur Theod. idem, *in l.* 18. *si infanti, de iure deliberandi, Cod. & in l. 6. quemadmodum, de maternis bonis, Cod. Theod. lib.* 8. *tit.* 18. Liberos autem hîc accipere debemus emancipatos & alios qui non sunt in potestate, non suos, in his enim beneficium hoc vanum & superfluum fuisset; neque enim in eorum persona lex Papia locum habuit, cùm sine aditione ignorantes imo etiam inuiti heredes statim quamuis clusis tabulis fierent, *l.* 8. *apud hostes, de suis & legit. Cod. l.* 14. *in suis, eod. tit. D.* quæ ad L. Papiam inscripta est, *& l.* 3. *de iure deliber. Cod.* At in iis qui non sunt in potestate necessarium fuit, quia scilicet extraneorum loco sunt, §. 2. *sui, de hered. qual. & differ. Instit.* extranei verò nisi sciant se heredes, &

nisi

nisi adierint, non transmittunt, *l. 7. quoniam sororem, de iure deliber. Cod.* quod etiam nominatim de emancipatis dicitur, *l. 3. §. vlt. eod. & l. 4. emancipata, qui admitti ad bonor. possess. possint, Cod.* Ergo in iis tantùm constitutio locum habet: neque tamen semper; nam si is qui in potestate non erat ex asse heres institutus fuisset, etiam clusis tabulis hereditatem adire potuit, L. Papiâ non obstante: quare non fuit ei subueniendum extra ordinem qui communi auxilio & mero iure munitus esset. Solis igitur ex parte scriptis beneficium constitutionis indultum est, quod & verba ipsa manifestè declarant, dum hereditariæ portionis mentio tantùm fit. Ex quo etiam intelligi potest constitutionem post apertas tabulas locum non habere, & ab intestato multò minus, quando iis casibus eius ratio cesset, idque ostendunt & verba rubricæ & ipsius constitutionis quæ ad eum solùm referuntur casum quo tabulæ clausæ sunt, quod etiam Iustinia. testatur, *d. §. in nouissimo*, in illis verbis, *super huiusmodi casibus*, & ratio constitutionis apertè demonstrat, ne scilicet fortuitas ob causas vel casus humanos descendentes parentum successione fraudẽtur; quis enim fortuitum casum in eo causetur qui cùm posset adire neglexerit; nam alioqui propter ignorantiam non adeuntibus heredibus satis iam prospectum fuerat, *l. 86. Pannonius Auitus, de acquir. hered. D.* Cur non igitur eam constitutionem Iustinianus è suo Cod. sustulit, vt minimè necessariam, quando hodie statim à morte hereditas adiri possit? Et dicendum est eum liberos beneficio constitutionis priuare noluisse, & non esse nouum legẽ seruari & retineri, quamuis ratio eius introducendæ cesset, *l. 85. in ambiguis, §. 1. non est nouum, de reg. iur. D.* cò autem vtilis est etiam constitutio, vt qui non sunt in potestate sine aditione & ignorantes transmittant, qua in re Iustinianus, vt in aliis multis, eos suis exequauit, sed quamdiu tabulæ non aperiuntur scilicet; iis enim apertis & hodie constitutionem cessare puto, *d. l. 3. §. vlt. de iure delib. d. l. emancipata, qui admitti, & l. 1. ad Tertyll. Cod.* Neque contra faciunt illa verba (*& ante apertas tabulas*) implicant enim quidem & casum apertarum tabularum, sed diuerso modo, vt scilicet clusis tabulis beneficio constitutionis transmissio fiat; apertis verò iure communi & hereditate aditâ. Transmittunt ergo, vt dixi, idque siue soli instituti sint, hoc est, nullo admixto extraneo, siue cum extraneis; quamquam enim extranei clusis tabulis transmittere non possint, tamen liberi poterunt, sicque diuerso censebuntur iure, licet coheredes, de quo dubitari poterat, nisi expressum literatè fuisset: *transmittunt etiam, licet non sint inuicem substituti*, inquit Theodosius, quibus verbis nihil aliud significari potest, quàm & ante constitutionem olim eo casu quo inuicem substituti essent, transmissioni fuisse locum, quod perabsurdum est; nam fiscus impediebat transmissionem: substitutio verò fiscum, §. 1. *de cad. tol.* quantò magis ergo tunc substitutio debuit impedire transmissionem? Quare ausim affirmare legendum esse, *licet sint inuicem substituti*, negatione sublatâ, vt

inuicem accipiamus non quasi reciprocè & ad inuicem, sed in locum, perinde ac si dixisset, simpliciter, licet sint substituti, de quo dubitari iustè potuit, quia, vt dixi, olim fiscus erat potior heredibus deficientis, substitutus autem fisco. Hodie sanè non posset, cùm certum sit transmissionem substitutione valentiorem esse, §. *pen. cum autem, de caduc. toll.* Non est etiam omittendum illa constitutionis verba (*alioſque contra auitum*, &c.) de substitutis vel coheredibus qui per ius accrescendi venire possent intelligenda esse ; illi enim quamuis vocati tamen liberorum comparatione succedunt contra votum defuncti, & insperatum etiam habere commodum dici possunt, quia non principaliter in partem deficientem vocantur, nec viuente instituto in ea quicquam sperare possunt. Denique animaduertendum est constitutionis beneficium in legatis & fideicommissis hodie inutile esse, quando eorum dies statim à morte & nobis ignorantibus cedat. Altera & secunda priuilegiariæ transmissionis species Iustinianum auctorem habet, quâ is qui intra annum deliberandi decedit, ius suum in heredes quoscumque transmittit, *l. cum antiquioribus, de iure delib. Cod. d.* §. *in nouissimo, & no.* 158. Sed dubitatur à quibusdam, num de filiisf. tantùm constitutio loquatur, an & de heredibus extraneis etiam. Primâ enim fronte is eius videtur sensus, vt cùm olim filiif. deliberantes in suam tantùm posteritatem ius deliberandi transmitterent, hodie in quoscumque successores suos transmittant. Verius est tamen priuilegium liberorum ad extraneos quoque fuisse porrectum, eo etiam addito, vt cùm filiif. olim non nisi in suam posteritatem transmitterent, hodie & extranei in quoslibet heredes transmittant, quod apparet ex verbis legis quæ generaliter loquitur : *Ideoque sancimus si quis* &c. tum, *ex prin. l. scimus, ibid.* tum euidentius, *ex d.* §. *in nouissimo*, denique, *ex d. no.* in qua filia quæ est matri extranea ius deliberandi circa eius hereditatem in amitam quæ ei etiam extranea est transmittit. Cœterùm huius constitutionis beneficium suis etiam heredibus vtile esse potest ; quamuis enim omnino siue velint siue velint tam ab intestato quàm ex testamento ex L. 12. tab. heredes fiant, §. *sui autem, de hered. qual. & diff. Instit.* vt tamen his Prætor volentibus abstinere hereditate permittit, *d.* §. *verſ. ſed his* sic & ius deliberandi concedit, vt *ex prin. d. l. cum antiquioribus*, potest intelligi. Quamquam tamen dum hoc impetrant suorum personam exuunt, & iam extraneis annumerandi sunt. Atque hæ sunt illius transmissionis species, quam singulari iure fieri supra diximus, neque aliæ quidem esse possunt, si quid Iustiniano credimus, *d.* §. *in nouissimo.* Nam quod in primis suos iure singulari transmittere existimant *in l. apud hostes, de suis & legit. Cod.* verum sanè esse non potest ; Priuilegiaria enim transmissio est rerum non quæsitarum, atque in eo ius singulare vertitur, vt quod nostrum non est in heredem nihilominus transferamus. At suis hereditas statim quæritur iuris potestate vel nolentibus : quare dum eam successoribus

ſuis relinquunt, priuilegium magis non eſt, quàm cùm quis de rebus ſuis teſtatur, eáſue legitimis heredibus ab inteſtato relinquit, quod iure communi omnibus permiſſum eſt. Illud verò noſtros in fraudem illexit, quòd ſuis hereditatem parentum iure ſingulari acquirere viderent: ſed longè hæc inter ſe diſtant, acquirere & tranſmittere. Et ſui quidem ſingulari iure hereditatem acquirunt, ſed non ideo tamen ſingulari iure tranſmittunt, imò nec communi quidem; nam tranſmiſſio cõmunis tota pendet ab aditione; itaque ei innititur, vt abſque ea eſſe non poſſit, *d. §. in nouiſſimo.* At in ſuis aditio non eſt, *l. in ſuis, de ſuis & legit. D.* ergo nec ea tranſmiſſio quæ fit communi iure eſſe poterit. Denique tranſmiſſio de qua agimus eſſe nullo modo poteſt, ſi non ſit hereditas: At in ſuis hereditas non eſt, ſed continuatio dominii, & poſt mortem patris, non hereditatem acquirere videntur, ſed magis liberam bonorũ ſuorum adminiſtrationem conſequuntur, *d. l. in ſuis.* Quemadmodum ergo pater cùm filium heredem facit, transmittere non dicitur, ita nec filius, dum paternam ſucceſſionem heredibus relinquit; Vterque enim propria bona dare non aliena transferre creditur. Ergo ſui parentum quidem ſucceſſionem heredibus relinquunt, ſed hereditario, non transmiſſionis iure. Neque obeſt, quod *in d. l. apud hoſtes*, transmittendi verbum in ſuis vſurpatur; nam id fit per abuſionem, quo etiam modo hereditas eadem lege appellatur, quæ hæreditas tamen non eſt, *d. l. in ſuis*; atque ita Iuriſconſulti quoque abutuntur plerumque tranſmiſſionis nomine ad eas res quæ noſtræ ſunt & nobis iam quæſitæ. Neque nos cùm tranſmiſſionem in ſuis eſſe negamus, de verbo loquimur, ſed de re ipſa, vt ſcilicet velimus ſuos parentum ſucceſſionem heredibus, non alio quàm hereditatis iure relinquere, *quocumque tandem nomine illud ius* ſignificetur: quamquam tamen qui puriùs loquuntur iuris auctores relinquendi verbo non tranſmittendi in his cauſis vti ſolent, & ſucceſsionem appellare non tranſmiſsionem, vt Papinia. *l. ventre, de acquir. hered. & l. poſtumus*, §. *vlt. de inoff. teſt. D.* Atque eodem argumento tranſmiſsionem non eſſe, *in l. ſi infanti, de iure del. Cod.* facilè conuincetur. Nam hereditas infanti quæſita ea in l. intelligitur; quare tranſmiſsio ſingularis eſſe non poteſt, cùm ea ſit rerum non quæſitarum, & aditio neceſſaria non eſt, vnde nec tranſmiſsio communis ibi erit quæ ſine aditione nuſquam eſt. Denique ea in lege parentes hereditatem infanti relictam capiunt iure patrio, ergo iure ſuo, non tranſmiſsionis, ſed nec *in l. ſed & ſi, de bon. poſſ. cont. tab.* tranſmiſsio vlla eſt; in ea enim heredibus quidem ſuccurritur, verùm non iure tranſmiſsionis, ſed Prætoris decreto, à cuius æquitate totũ id pendet. Eodemque modo intelligi debent *l. Pannonius, de acquir. hered. & l. ſcriptus, de Carb. ed. D.* Non eſt etiam transmiſsio *in l. ventre, de acq. hered. D.* quandoquidem heres ſcriptus bonorum poſſeſſionem ex decreto viuens ipſe obtinuerat, quam ſucceſſoribus ſuis iure hereditario ideo relinquit. Neque magis transmiſsio hereditatis videri

potest, *in l. filius qui patri*, §. *vlt. de bon. libert. D.* cùm iurè testamentum defuncti destituitur. Verùm portio legitima seruatur liberis patroni vt pote iure ipso debita. Denique non est ea transmissio de qua disputamus, *in l. si quis filium, de inoff. testam. Cod.* nec *in l. 4. qui postumis, de Senatusconsulto, Sillan. D.* illa enim loquitur de querela inofficiosi transmittenda, hæc verò de vtili petitione hereditatis. At longè interest querelam transmittere vel ipsam hereditatem; nam qui querelam habet non semper hereditatem obtinet, cùm verò vtiles hereditariæ actiones transmittuntur, effectu quidem ipso videtur hereditas transmitti, id est, hereditatis commodum, sed non tamen idcirco rectè quis dicet hereditatem transmitti. Nam & bonorum possessor vtilitate ipsâ heres est, qui tamen heres appellari non potest, §. 1. *de bon. poss. Instit.* vt neque is cui hereditas ex Senatusconsult Trebell. restituta est, §. *restituta, de fideicom hered. Instit.* Quod si quæ alia exempla sint quæ contra nostram sententiam afferri possint, facilis erit ex superioribus responsio.



AD LEGEM VNICAM, DE SENTENTIIS QVÆ PRO EO quod interest proferuntur. C.

LEGIS quod interest mentio in iure frequentissima, vsus in foro cotidianus : sed tractatio perficilis & summè laborioſa. Præcipua verò difficultas circa hanc Iustiniani constitutionem, quæ non solùm varias & discrepantes celebrium interpretum opiniones peperit, sed etiam leuioris ingenii semidoctos quosdam eò vecordiæ adegit, vt desperatione veritatis Tribonianum iuris nostri conditorem, & Iustinianū auctorem, stultitiæ & temeritatis *insimulare non sint veriti.* Homines profectò maiore in literis iactantiâ & σοφιζεια quàm operâ, vt de Melisso scripsit Gellius lib. 8. c. 6. quibus solenne est, non modò ius Pontificium cauillari & subsannare (quod studio partium condonari fortè potuit) sed etiam antiquos Prudentes, iuris, inquam, auctores, & Imperatorum constitutiones passim & palam carpere, vellicare, & flocci facere, legibus nempe & regibus æquè infensissimi, quem animi morbū tandem publicè professi sunt vesanis quibusdam libellis nomine suppresso in id editis. Quod ad hanc Iustiniani legem, & initio prælectionum necessariò præfandum esse duxi, ne incauta inuentus tam pestilenti vento se afflari patiatur. Audio enim sciolos quosdam homunciones consimili iactantiâ vsque adeo hodiéque desipere, vt se supra iurisconsultos nostros efferre, & censuram in ipsos vsurpare non erubescant, quod minimè ferendum in hac præsertim ciuitate quam legum nutricem benè quis appellet, vt Berytum olim Iustinianus oratione ad Antecessores Pandectis præfixa, §. 6. *discipuli*, & in ista Galliæ parte quæ iuris scripti cognominata est, quod legibus Romanis regi voluerit. Equidem verum est de aliarum gentium iure ciuili, quod scribit Cicero lib. 1. de legibus, stultissimum existimare omnia iusta esse quæ scita sint in populorum institutis aut legibus. At contrà verissimè dixerim stultissimum existimare, non omnia esse iusta quæ iure ciuili Romanorum continentur ; quale nobis Iustinianus per Tribonianū edidit, quod ideo per eminentiam

ius ciuile absolutè appellatur, non addito ciuitatis nomine, §. *ius quidem ciuile, Instit. de iure naturali, gent. & ciuili.* Ab intimis enim naturæ fontibus hæc tota nostra iuris disciplina hausta est, quod Tullius faciendum esse docet, quia vt eodem libro scribit, nos legem bonam à mala, nullâ aliâ nisi naturæ normâ, diuidere possimus, & nihil prestabilius sit, quàm planè intelligi nos ad iustitiam esse natos, neque opinione, sed naturâ constitutum esse ius. Ab ipso, inquam, naturæ & gentium iure, quod etiam naturale appellatur, §. *singulorum, Instit. de rerum diuisione*, & à naturali hominum inter se & cum ipso Deo charitate, ac quasi cognatione, quam fundamentum iuris esse ibidem scribit Cicero, legum Romanarum origo repetita est, *l.* 2. *&* 3. *D. de iustitia & iure, & toto tit. de iure natur. gent. & ciuili, instit.* quas etiam iustitiæ æquitatisque naturalis, & humanitatis temperamento emolliuerunt Prudentes interpretatione, quos ideo æquitatis arbitros vocat. c. 5. *responsa*, *d.* 2. & Magistratus iurisdictione, stricto iure & duritiâ semotis, *l.* 8. *placuit, de iudiciis*, *S. l.* 7. *seruus, de seruis export. l.* 13. *nam vt ait, l.* 25. *nulla iuris, de legib. l.* 4. *quod si Ephesi, de eo quod certo loco, l.* 13. *nemo, de sentent. & interlocut. omnium iud. l.* 7. *Diuus, D. de in integr. rest.* quantum quidem fieri potuit, *l.* 12. *prospexit, qui & a quib. l.* 21. *sicut, de re iudi. D.* Iustitiæ, inquam, siue quod idem est æquitatis naturalis temperamento, non illius quidem rudis & inchoàtæ quam in omnium hominum mentibus natura adumbrauit, & quam cerebrinam vocant interpretes, quia vnusquisque pro captu ingenii eam sibi variè format & fingit, sed eius quæ præceptis ciuilibus & prætoriis, hoc est, iuris disciplinâ planè informata & absoluta est, *l.* 31. *bona fides, D. depositi* ita vt iam sit perfecta confirmata & confecta ratio in mente sapientis, & quasi lex quædam, vt vocat ibidem Cicero, quam ciuilem æquitatem Vlpianus ideo dixit ad differentiam eius quæ mœrè est naturalis, *l.* 1. *D. si is qui testamento liber esse iussus.* Alioqui enim in quæstionibus de bono & æquo plerumque sub auctoritate iuris scientiæ perniciosè errabitur, vt Celsus adolescens referente Paulo scripsit, *l.* 91. *si seruum, D. de verb. oblig.* quem ideo adolescentem vocat, vt significet eum in adolescentia, id est, ante vigesimum quintum annum de iure publicè consulentibus responsitasse, quod de Nerua filio similiter dicitur, *l.* 1. §. 2. *initium, D. de postulando.* Quibus consequens est, vt ius nostrum meritò definiatur ars æqui & boni, & à iustitia & æquitate descendere, & apellari dicatur, *l.* 1. *D. de Iustit. & iure*, à qua scilicet ortum habet, & ad quam perpetuò dirigitur. Æquitas verò cùm non nisi à perfecta ratione & à summa prudentia proficiscatur, manifestũ est leges Romanas meritò definiri Prudentium virorum consulta, *l.* 1. *D. de legibus*, vbi legis verbum generaliter de quacunque iuris parte accipiendum est. Omitto iuris totius publici & priuati fontes, id est, leges 12. Tab. quarum sapientiam omnibus bibliothecis Philosophorum prætulit Cicero lib. 1. de oratore. Omitto reliqua reipublicæ tempora

in quibus ferendarum, suadendarum, & dissuadendarum, ac sanciendarum legum tam diligens & sollicita fuit obseruatio, vt nihil supra addi potuerit. Omitto grauitatem & pondus consultorum Senatus, quæ à consilio nomen habuerunt, Senatus, inquam, illius, qui suâ prudentiâ curam reipublicæ, & omnes prouincias gerebat, *l.* 2. §. 4. *deinde quia difficile, & §. 6. nouissimè, D. de origine iuris.* Omitto iurisconsultos qui peculiari nomine prudentes & sapientes passim appellantur, vt in ipsa rubrica, *D. de origine iuris, & l. 2. illo tit. §. post hunc, & §. deinde sextus.* Tullius ipso initio de amicitia : Scimus, inquit, L. Acilium apud patres nostros appellatum esse sapientem, quia prudens esse in iure ciuili putabatur. Quorum sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt iudici recedere à responso eorum non liceret, §. *responsa, Instit. de iure natur. gent. & ciuili,* & quorum libri antiqua sapientia dicuntur. Omitto denique Prætorum Edicta quæ singulis annis à nouis Prætoribus æmulatione vincendi prudentiùs & consultiùs elimata in perpetuum Edictum tandem abierunt à Saluiano Iuliano summæ auctoritatis iurisconsulto compositum & digestum, *d. l. 2. §. sed quia diuinæ, S. de veteri iure enuel. & l. 10. si quis, S. de conductio. indebiti.* quorum edictorum tanta fuit æquitas & grauitas, vt non ex antiquis legibus, sed ex edictis Prætorum homines iura addiscere cœperint; nam & maxima Digestorum pars solis edictis, vel eorum interpretatione constat. Dicam tantùm de constitutionibus Principum in quibus nunc versamur, quarum Codex accuratè primùm compositus, deinde etiam diligentiùs emendatus ex repetita prælectione denuo editus est, *l. vn. de emendat. Cod. Iustiniani, & secunda eius editione.* Singulæ autem constitutiones non nisi conuocatis iurisperitis aliisque viris prudentibus, & iuxta iuris rationem compositæ & promulgatæ, vt de ipso Augusto dicitur, *initio de codicillis, Instit.* de diuis fratribus, *l. 7. diui, D. de iure patronatus*, de Alexandro Seuero in ipsius vita à Lampridio: Nullam, inquit, constitutionem Sacrauit sine viginti iurisperitis, & doctissimis ac sapientibus viris, iis denique disertissimis, non minùs quinquaginta, vt non minùs in consilio essent sententiæ quàm cùm Senatusconsultum fieret, & id quidem ita vt iretur per sententias singulorum, ac scriberetur quod quisque dixisset, dato tamen spatio ad disquirendũ cogitandúmque, priusquam dicerent, ne incogitati dicere cogerentur de rebus ingentibus. Quem Lampridii locum ideo retuli, quia ad Senatusconsultorũ quoque grauitatẽ & maturitatem valde pertinet, cùm doceat non minùs septuaginta Senatores in Senatusconsulto faciendo sententiam dixisse, eumdémque numerum virorum ab Alexandro in legibus ferendis adhibitum fuisse, viginti nempe iurisperitos & alios sapientes viros quinquaginta, quod parum aduertit D. Cuiac. qui parat. *de officio prætoris C.* ex eo loco colligit legitimum numerum Senatorum in consulto condendo fuisse quinquaginta, deceptus, *l. 9. C. Th. de Prætoribus*, quæ non de Senatusconsultis in vniuersum, sed

de iis quibus nominatio & designatio Prætorum tunc à Senatu celebrabatur, *l.* 12. *eod. tit.* Memorabilis profectò & admiranda illa forma nouarum legum promulgandarum quam Theodosius & Valentinianus Imperatores sibi præscripserunt, & Iustinianus eos secutus, *in l.* 8. *humanum, S. de legibus*, vt nempe quod sanciendum esset antea tractaretur, tam à proceribus sacri Palatii, qui scilicet consiliis & consistorio Principis interfunt, *l.* 5. *quisquis*, I. *ad L. Iuliam maiest.* quam à cœtu patrum conscriptorum, & si vniuersis tam proceribus quàm senatui placuisset, tunc allegata dictarentur ac scriberentur, atque ita denuo collectis omnibus proceribus scilicet & Senatoribus, illa iterum in disquisitionem vocarentur, & recenserentur, & cùm omnes consensissent, tunc demum in sacro Principis consistorio recitarentur, vt vniuersorum consensus ipsius auctoritate firmaretur, quæ sunt ferè verba dictæ legis 8. ita vt nihil noui iuris, nisi cum procerum & Senatus consilio ab Imperatoribus constitueretur, quod à Iustiniano præsertim fuisse factum consentaneum est, qui Principem Romanum non minùs iuris religiosissimum, hoc est, obseruantissimum & anxiè diligentem esse debere pronuntiauit, quàm deuictis hostibus triumphatorem in ipsa Institutionum præfatione, & qui apertè etiam professus est se erubescere sine lege aliquid definire, *no.* 18. *de triente & semisse*, S. *consideremus, sine cap.* 5. *collat.* 3. hoc est, se legibus sponte obligatum, *l.* 4. *digna vox, Cod. de legibus.* Concludamus ergo eos valde insanire quos tam admirabilem & accuratã prudentiam temeritatis & stultitiæ accusare non pudet, & læsæ majestatis meritò reos fieri, cùm de auctoritate iuris Principum pendeat auctoritas, *d. l.* 4. nisi leuitas aut insania excusaret, *l. vn.* I. *si quis Imperatori maledixerit*, verissimumque esse quod pro Cecinna dixit Tullius, eum qui ius ciuile contemnat, vincula non modò iudiciorum, sed etiam vtilitatis vitaéque communis reuellere. Discant igitur iuris studiosi leges Romanas & adorare & obseruare, *l.* 2. S. 15. *hæc igitur, C. de veteri iure enucleando*, atque in libris earum tanquam in proprio & sanctissimo iustitiæ templo religiosè versari, *l.* 1. S. 3. *cùmque hæc materia, C. de veteri iure enuclean.* vt toto legitimo opere perfecto, sacerdotes illius ritè fieri mereantur, *l.* 1. *D. de iustit. & iure*, & rempublicam in partibus sibi credendis rectè & feliciter gubernare, §. *vlt. præfationis, Institutio.*

Sed vt ad institutum iam veniamus, Id quod interest de quo nunc quidem agimus sic definiri potest: Vtilitas amissa facto aduersarii à iudice æstimanda, quæ definitio probatur & illustratur, *l.* 9. *Iulianus*, S. *vlt. cum duabus sequentibus, ad exhibendum, & l.* 21. *ait lex, l.* 22. *proinde, cum initio seq. ad l. Aquil. D.* Dico, *vtilitas*; nam interesse dicitur quod ad vtilitatem cuiusque pertinet, *l. pen. si quis cautionibus, l.* 14. *cum quis*, S. *vlt. de furt. D.* & vtilitatis verbum pro eo quod interest plerumque sumitur, atque vtriusque locutionis promiscuus in iure vsus, *l.* 4. S. 1. *fin. regun. d. l. pen. l.* 2. *de eo quod certo loco, l.* 1. S. 4. *hæc verba; ne vis fiat.*

fiat. l. 4. §. 5. *in eum, de damno infecto, & l.* 11. *ex empto,* §. *vlt. de action. empti, l.* 80. *si vendidero, de furtis, l.* 1. §. 6. *hæc actio, si is qui testamento liber esse iussus, l.* 81. *quoties, de verb. obligat. D.* coniuncto initio *legis cum* §. 1. quâ ratione Theophilus, §. *loco, de actionib. Instit.* id quod interest, vertit, quod Iustinianus vtilitatem dixerat. Vtroque autem nomine commodum, quodcumque intelligimus, quod nempe ad causam bonorum & rem familiarem pertineat, *l.* 2. §. 7. *meritò, vers. damnum, &* §. *seq. vers. planè, D. ne quid in loco publico, l.* 1. §. 5. *hæc actio, D. si is qui testamento liber. esse iussus,* hoc est, cùm peculiariter interest, *l.* 13. *si liber homo, ad exhibendum, D.* vbi peculiariter intelligo pecuniariter & patrimonii ratione; nam plerique patrimonium suum peculium dicunt, *l.* 16. *cogi, D. ad Senatuscons. Trebell.* & peculii significatio ad patrimonium refertur, *l.* 5. *depositi,* §. 1. *l.* 39. *peculium & ex eo, de peculio D.* quamquam *in d. l.* 13. *ad exhiben.* verbum, peculiariter, intelligi quoque possit pro speciatim & priuatim, vt ostendatur actionem ad exhibendum de qua ibi, non competere, etiamsi generaliter cuiusque interfit hominem liberum non detineri, vt *in prin. tit. de iis per quos agere possumus, Instit. & l.* 7. *de seruis exportandis, D.* sed ei tantùm cuius interfit specialiter & proprio nomine, quod etiam referendum est ad vtilitatem rei familiaris, *l. pen. ad exhibend. D.* ita vt vtraque interpretatio eódem recidat. Vtilitatem ergo commodum pecuniarium, id est, quod pretio æstimari possit intelligimus, *l.* 23. *inde Neratius,* §. 4. *sed & si seruus, ver. in summam, ad L. Aquili. D.* Atque ita ab hac definitione excludimus illud genus eius quod interest, quod affectionis vocant interpretes, putà si interfit ratione paterni affectus, *l.* 33. *si seruum, ad L. Aquil. l.* 63. *pretia, ad L. Falcid.* aut dominici, *l. vlt. de operis seruor.* aut ratione vindictæ, *l.* 7. *seruus, de seruis exportand.* aut humanitatis, *d. l.* 7. aut voluntatis, *d. l. vlt.* aut ignominiæ, aut doloris & iniuriæ, *l.* 1. *&* 2. *de liberali causa,* aut quod res fuerit maiorum, *l.* 35. *si in emptionem, de minorib.* aut quia parentes ibi sepulti, *l.* 36. *libertus, de bonis libert. l.* 1. §. 10. *sed si rem, si quid in fraudem patronor. D.* aut quòd illic actor educatus sit, aut ratione cœli, *pour le bon air,* aut vicinitatis, *d.* §. 10. *sed si rem,* valde enim interest bonum vicinum habere, *l. vlt. de pactis inter empt. S.* quæ omnia & similia sub nomine affectionis continentur *d.* §. 10. *sed si rem,* quorum quidem in æstimando eo quod interest iudex nullam rationem habet, quia ad vtilitatẽ pecuniariam non pertinent, vt nominatim dicitur, *in d.* §. 10. *sed si rem,* neque rem maioris pretii faciunt. Pretia namque rerum, non ex affectu singulorum, sed communiter funguntur, *d. l.* 33. *si seruum, ad L. Aquiliam, & d. l.* 63. *pretia, ad L. Falcid. D.* hoc est, communi valore & computatione, non singulari alicuius iudicio & animo æstimantur, & suum vsum præbent, *d. l.* 33. *& d. l.* 36. *de bonis libert. D.* Non equidem nego, quin horum etiam affectuum ratio aliqua in iure casibus quibusdam & certis modis habeatur, quia interfit aliqua-

tenus, etsi pecuniariter, vt ex multis locis iam citatis constat, & *ex, l. 71. pater filiæ, in f. de euiction. l. 54. cum seruus, mandati, l. pen. §. 1. de ritu nuptiar. l. 45. Gaius, soluto matrimonio*, D. quod huius tractationis non est. Sed hoc dico eorum tantùm æstimationem in proposito fieri, cùm agitur de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur, quæ ad rem nummariam pertinent, non quæ ad priuatos affectus & animi sensus singulorum. Nunc videamus de illo genere eius quod interest, quod singulare vulgò dicitur, an sub definitione proposita comprehendatur, quod primâ fronte videri possit, quia *in d. l. 33. ad L. Aquil. & d.l. 63. ad L. Falcid. D.* est vtilitas quædam quæ singularis appellatur. Sed prius inquirendum est, quid vocent interesse singulare; nam alii confundunt cum interesse affectionis; alii definiunt quod singulariter æstimetur; alii æstimationem singularis vtilitatis, vt videre est in declaratione P. Rebuffi huic constitutioni præfixa, *nu.* 17. Equidem interesse affectionis singulare dici potest, quia ex singulari affectu proficiscitur, sed est præterea aliud interesse vtilitatis singularis, quod specialiter singulare ab interpretibus dicitur; nam & *in d. l. 33. & d. l. 63.* affectus singularis, & vtilitas singularis apertè separantur, & vtriusque exempla proponuntur *in d. l. 63.* vt ibi glos. 1. & 4 admonet. Affectionis quidem vnum, si quis filium naturalem possideat, id est, servum habeat, quod jam satis expositum est: Vtilitatis verò singularis tria. Primum est, si quis filium alienum possidet, quem patri magno pretio vendere potest. Secundum, si quis habeat servum qui noxam nocuit, quem supple grandi pretio ei cui nocuit vendere potest, quia is de servo vindictam sumere cupit, vt plerique in servos immaniter sæuiebant, *l. vn. de emend. ser.* I. non enim dominus serui inuitus dedere cogitur, modò noxam sarciat, *l. 17. sed si vnius*, §. 4. *cùm seruus, de minor. D.* sic enim exemplum illud videtur explicandum in quo Glossa hæret. Vltimum est, si quis habeat seruum quem testator heredem instituit post mortem suam, & quem ideo Dominus pluris vendere potest. Itaque si in propositis casibus æstimatio serui ineunda sit, quæritur, an tantò pluris æstimetur, quò plus venire poterat, an iusto & vero pretio, quanti communiter veniisset, *d. l. 33. si seruum, ad L. Aquiliam, D. d. l. 63. pretia, & l. 62. in lege*, §. *vlt. ad L. Falcid.* quæ dubitatio non potest definiri, nisi prius constituamus quid significent hæc verba (vendere potest) *in d. l. 63.* & vendere posset, *in d. l. 33.* vtrùm nempe, quod dominus in præsenti & re vera potest magno pretio vendere, an verò quod probabiliter credatur eum posse vendere, sumptâ conjecturâ à paterna charitate, vel à dolore & offensa eius qui noxam passus est, vel ab animo eius qui in hereditatem seruo relictam habet affectionem opportunitatis vel vicinitatis, vel aliam similem, vt *in l. 1. §. 10. sed si rem, D. si quid in fraudem patroni.* Nam si verba illa ad spem solam referantur, non videtur ratio vlla habenda vtilitatis illius fortuitæ quæ

nondum est, sed futura speratur, *l. 29. quemadmodum*, §. 2. *idem Labeo, ad L. Aquili. D.* Idemque dicendum arbitror, etiam si pretium aliquando fuisset domino oblatum, qui tamen servum vendere voluisset. Sed si in præsentia possit magno pretio servum vendere, & interim dum venditio tractatur, vt fieri solet, *l.* 8. *voluntate, S. de rescind. vend.* Seruus fuerit occisus, eo casu magna dubitandi causa subesse potest, vtrùm eius pretii æstimatio facienda sit, cùm in eo quod interest lucri etiam ratio habeatur, vt dicitur *in f. nostræ constitutionis.* Et certè distinguendum puto; nam si de pretio agatur, regula certissima est pretia rerum non ex vtilitate singulari, sed communiter esse æstimanda. Itaque seruus non quanti singularibus illis casibus, sed quanti communiter vendi potuit, æstimabitur, quanti omnibus communiter valuit, quà homo, non quà alicuius filius, vel heres, vel obnoxius, *d. l.* 33. *si seruum, ad L. Aquiliam, d l.* 63. *pretia, ad L. Falcid. D.* res enim secundum veritatem æstimandæ sunt, *l.* 62. *lege*, §. 1. *ad L. Falcid.* nec idcirco pluris fiunt, quia ex vtilitate priuata singularis alicuius æstimantur vltra rei pretium, *l.* 1. *de in litem iurando, D.* (Imò quod ex pretio venit supra communem æstimationem, illud verâ ratione, magis ex stultitia, aut calore, vel affectu emptoris, venire videtur, quàm ex ipsa re, *l.* 3. *ad L. Falcid. D.*) At si de eo quod interest quæstio sit, tunc procul dubio servus æstimandus est, vt non iusti solùm pretii, sed etiam vtilitatis illius singularis quam in tribus superioribus casibus exposuimus, ratio habeatur; generaliter enim cùm de eo quod interest quæritur, tanti res æstimatur, quanti emptorem potuit invenire, *l.* 14. *si seruus, de condict. furtiua, l.* 53. *si quis vxori, in f. de furtis D.* quæ regula pugnaret omnino cum superiori, nisi vtraque in proprio casu intelligeretur; neque enim temperamentum placet quod Glossa *in d. l.* 33. *ad l. Aquil.* affert ad hanc regulam, vt res tantùm valeat quantum vendi potest, communiter scilicet; nam absolutè, vt verba sonant, accipienda est, *arg. l.* 8. *de pretio, de publiciana in rem actione D.* nam & ipsa Glossa, *in d. l.* 63. *ad L. Falcid. D.* in verbo, *adeam*, agnoscit casus esse distinguendos, & aliter esse statuendum in lege Falcidia, aliter in lege Aquilia, quod tamen non explicat. Sed differentiã aliquam cogitur agnoscere, quia videt *in d. l.* 63. in æstimando pretio serui non haberi rationem, quod sit heres institutus, haberi tamen *in l.* 23. *inde Neratius, ad L. Aquil.* in aliis quoque casibus, vt *l.* 3. §. 1. *de condict. furt. l.* 53. *si quis vxori*, §. *pen. de furtis D.* cuius differentiæ ratio illa est quam dixi nempe, quod in L. Falcidia agatur de vero pretio, *d. l.* 3. *& d. l.* 62. §. 1. *ad L. Falcid.* in aliis autem casibus de eo quod interest, vt nominatim dicitur, in *d. l.* 23. iunctâ cum duabus præcedentibus, *ad L. Aquil. D. d. l.* 3. *de condict. furt. d. l.* 53. §. *pen. de furtis* iunctâ *cum l.* 22. *si quid fur*, §. *vlt. & l.* 51. *in furti, eod. tit.* Objecerit appositè aliquis contra prædictam distinctionem, quod etiam in L. Aquilia regula illa valeat, pretia nempe rerum non ex affectione, nec

vtilitate singulorum, sed communiter fungi, *d. l.* 33. *si seruum, ad L. Aquil. D.* Sed parata est responsio, quod in L. Aquilia de solo pretio interdum agatur, vt *in d. l.* 33. *& d. l.* 23. §. 1. *eod. tit.* quo casu valet regula: interdum verò etiam de eo quod interest, quo casu illa regula non valet, sed altera. Quinimo in L. Aquilia solius perempti corporis æstimatio fieri debet, id est, veri pretii, si verba ipsa legis sequamur, quamquam ex interpretatione ratio quoque eius quod interest habeatur, §. *illud non ex verbis, de L Aquilia, Instit. & l.* 21. *ait lex, in f. eod. tit. D.* ideoque etiam hereditatis æstimatio fit, si seruus heres institutus fuerit occisus, *d. l.* 23. *in prin. ibid.* quæ tamen non fit in L. Falcidia, vbi verum tantùm pretium attenditur, *d. l.* 63. *pretio, vers. sed nec heredem, ad L. Falcid. D.* in quo vers. vt illud obiter adnotem, caue ne construas, post mortem institutum, quasi adhuc viueret testator: sed construe, post mortem pluris esse; quamdiu enim viuit testator, non potest seruus pluris videri, quia testator voluntatem mutare potest, sed mortuo testatore tunc demum propter hereditatem iam delatam potest videri pluris esse. Sicut autem æstimatio hereditatis fit in seruo herede instituto, cùm agitur de eo quod interest, *d. l* 23. *inde Neratius, ad L. Aquil.* ita quoque fieret æstimatio pretii, quanti patri, vel ei cui nocuerit vendi potuit, eo tempore quo occisus est; nam horum casuum par ratio, *d. l.* 63. *pretio, ad L. Falcid. D.* Concludamus ergo generaliter in id quod interest vtilitatem singularem venire, cuius aliud insuper exemplum proponam superioribus illustrius. In illis enim est quidem singularis vtilitas domini, sed quæ venit ex affectu emptoris. At in isto exemplo singularis vtilitas versatur absque vllo priuato affectu. Finge igitur me fundos prædio meo coniunctos grandiori pretio emisse. Sæpè enim confines fundos etiam supra iustam æstimationem interest nostrâ acquirere, *l.* 54. *si cui fundus, de legat.* 2. interest, inquam, pecuniariter propter culturam ac fructuum custodiam, & asportationem faciliorem. Hæc vtilitas singularis est; nam plus mihi valent tales fundi quàm aliis communiter valerent, propter loci nempe opportunitatem, quæ facit, vt eos minori sumptu & maiori emolumento colam, quàm si longius distarent. Quod si facto alicuius hi fundi pereant ex parte vel in totum, putà, quia Titius aggeres fluminis vel riui ruperit, *l. pen. de extraord. crimin. D. & tit. de Nili aggeribus non rumpendis,* l. aut opus aliquod in flumine publico ripáue fecerit, *l.* 15. *si finita,* §. 1. *de damno infecto, D.* ex quo fundi fuerint inundati, vt iam sit stagnum vel palus, *l.* 10. *quis tamen,* §. 2. *agri, quib. modis vsusfructus vel vsus amitt. D.* aut steriles facti arenâ ingestâ, his casibus si petam id quod interest contra Titium, non est dubium, quin fundi debeant æstimari ex vtilitate mea singulari, non solùm quanti aliis communiter valerent. Quod ex iam dictis satis constat, ex quibus etiam perspicuum est, quid sit vtilitas singularis, & interesse singulare, & quam multum distet;

vtrùm de eo quod intereſt, an de ſolo pretio agatur, quia in illud veniat vtilitas ſingularis, in hoc non veniat. Quibus hoc inſuper addendum eſt, in rebus ſuo pretio æſtimandis, non etiam attendi formale pretium, non magis quàm affectum vel vtilitatem ſingulorum, *l. 62. in lege*, §. 1. *ad l. Falcid. D.* Sed quid ſit formale pretium valde dubitatur. Gloſſa illud intelligit quod ſit à contrahentibus formatum, vel pretium ſingulare. Alii quod ſit formâ cenſuali definitum, in qua exactiſſima rerum æſtimatio inibatur, vt ipſi dicunt, quæ interpretatio omnino placeret, ſi probaretur. Mihi videtur formale pretium dici cuius forma, ſiue modus definitus ſit à magiſtratibus qui curam rerum venalium habent, vt iuſto pretio vendantur, *l.* 1. §. 5. *cura carnis*, *de officio Præf. vrbi D.* vulgò diceres, *le taux*, quod apertè probat *lex* 2. *Cod. Theod. de Suariis.* Pretium autem rei ab eo quod intereſt diſtinximus, licet Gloſſa ad hanc noſtram conſtitutionem, & *ad l.* 1. in verbo, *intereſt*, *de action. empti*, *D* definiat id quod intereſt eſſe pretium rei, cuius ideo ſententiam pleniùs explicare neceſſe eſt. Gloſſa igitur in prin. conſtitutionis, & in verbo, *dupli*, vult triplex eſſe pretium rerum, ſiue intereſſe, inquit, nempe conuentionale ſiue conuentum, de quo conuenit inter contrahentes, vt ſi tibi vendidi pro decem ſtichum. Item pretium commune, vt ſi fortè idem ſtichus valeat quindecim. Item ſingulare, vt ſi tuâ intereſt propter affectionem viginti, quia quandoque fuerat tuus. Poſt quæ verba Gloſſa prima definit, hanc conſtitutionem loqui de intereſſe ſingulari, vt ſcilicet non excedat duplum intereſſe communis, & ſic in prædicto caſu poſſit aſcendere vſque ad triginta, non vlteriùs. Sed in verbo, *dupli*, dubitat, vtrùm duplum referendum ſit ad pretium conuentum vel ad commune, & concludit ad neutrum referri; atque latiùs extendit ſignificationem intereſſe ſingularis, eiúsque alia exempla proponit quæ ad vtilitatem ſingularem, non ad affectionem pertinent, ſicut etiam in verbo, *contractibus*, & nominatim *ad d. l.* 1. in verbo, *intereſt*, *in f. de action. empti*, *D.* Atque ita rem confundit, vt difficile ſit intelligere, quid appellet intereſſe ſingulare. Sic autem hoc totum ex eius mente videtur explicandum, & diſtinguendum, vt pretium ſiue intereſſe conuentum dicatur, quia interdum non vlteriùs actoris intereſt, quàm vt pretium rei ſibi venditæ, & minimè traditæ recipiat, vt *in prin. d. l.* 1. vel quia ſolum pretium conuentum præſtari æquum eſt, etiam ſi pluris re verâ interſit, *l.* 33. *ſi fundus*, *locati*, *D.* Intereſſe autem ſiue pretium commune, quia plus valeat res quàm empta ſit, vt eſt, *in eod. prin. d. l.* 1. valeat, inquam, communiter & omnibus, *l.* 33. *ſi ſeruum*, *ad L. Aquil. & l.* 63. *pretia*, *ad l. Falcid. D.* vel etiam cùm in alio quocumque caſu non intereſt actoris vltra corpus & rem ipſam de qua agitur, quæ ſuo pretio, id eſt communi æſtimanda venit, aut etiam ſi fortè pluris interſit, non tamen æquum ſit vltra verum pretium condemnationem fieri, *l.* 15. *item ſi*, §. *vlt. de rei vindicat. l.* 23. *inde Neratius*, §. 1. *Iulianus*,

ad L. Aquil. l. 21. *si sterilis*, §. 3. *cum per venditorem*, *de action. empti. l.* 3. §. *vlt. vers. seruis*, *vti possidetis*, *l.* 80. *si vendidero*, *de furtis*, *D.* Neque verò absurdum videri debet, si Glossa pretium dicat pro rei æstimatione in quocumque casu; nam licet pretium in emptione & venditione propriè dicatur, *l.* 1. *de contrah. emptione*, *l.* 1. *de rerum permut. D.* vel in quasi emptione & venditione, *l.* 5. *periculi*, *de nautico fœnore D.* & propter similitudinem in locatione & conductione, *l.* 28. *quod si domi*, *locati conducti*, *D.* tamen generali & primâ significatione pro quacumque æstimatione vsurpari potest, Varro lib. 4. de lingua latina. Pretium, inquit, quod æstimationis emptionisque causâ constituitur, quo significatu pretium æstimationis disertè dicitur pro æstimatione eius quod interest, *l.* 13. *si quis ab alio*, *de re iudi. l.* 21. *si sterilis*, §. 3. *ac per venditorem*, *de action. empti*, *D.* eodem omnino sensu quo apud Glossam. Nam & generaliter dicimus, emptionem esse, aut certè quasi emptionem, cùm res æstimata traditur, *l.* 10. *plerumque*, §. *si ante*, iunctâ Glossâ, *de iure dotium*, *l.* 1. *de æstimatoria*, *D.* Cùm ergo id quod interest æstimetur in pecunia numerata, *d. l.* 13. *in f.* quâ etiam res omnes æstimantur, *l. pen. S. de consti. pecun.* non malè pretii verbum vsurpabitur pro ea æstimatione, vbicumque de re aliqua, siue specie, & corpore agitur, cuius æstimatio facienda est. Iam verò pretium singulare, siue interesse singulare, cùm à conuento & communi distinguatur, necesse est illud esse quod excedat conuentum aut commune, Veluti cùm seruum patri naturali, vel fundos alicui confines & opportunos supra iustam æstimationem vendere potui, *l.* 33. *si seruum*, *ad L. Aquil. l.* 63. *pretio rerum*, *ad l. Falcid. & l.* 54. *si cui fundus*, *de leg.* 2. *D.* aut etiam cùm seruum heredem institutum mortuo testatore pluris quàm re verâ esset propter spem hereditatis vendere potui, *d. l.* 63. nam & hoc exemplum duobus aliis compar, quia in eo quoque propter lucrum amissum interest domini. Hereditatem enim seruo delatam & nondum aditam ac serui occisione amissam in lucro amisso ponere debemus, non autem in damno dato; damnum enim est, cùm quod erat nobis acquisitum adimitur. At multis causis accidere potest, ne seruus institutus iussu nostro adeat, ac consequenter, ne hereditatem nobis acquirat, vt dicitur *in d. l.* 63. Idem erit cùm seruum obnoxium supra verum pretium ei cui nocuerat vendere potui, vindictæ scilicet cupido, sicut posui exemplum *in d. l.* 63. *ver. eadem causâ*, quamquam magis placet speciem illius vers. ponere *ex l.* 37. *liber homo*, §. 1. *ad l. Aquil. D.* vti nempe domini cuius seruus est occisus interfit, quia ei minus fuisset damnosum noxæ deditione defungi, quàm litis æstimatione, id est, quàm noxam sarcire, quâ pretium serui longè superabit, vt est *in f. d. l.* 37. Atque ita hoc exemplum non ad lucrum amissum sed ad damnum datum pertinebit. Ad interesse quoque singulare plura alia exempla referenda puto, quæ tamen Glossa videtur retulisse ad interesse commune, quotiescumque scilicet

non ipsum solum corpus rei de qua agitur æstimatur, hoc est, vtilitas quæ circa rem ipsam consistit, quod ipsius pretium dicitur, *l.* 21. *si sterilis*, §. 3. *cùm per venditorem, de action. empti*, *l.* 80. *si vendidero, in prin. de furtis*, D. sed etiam damna quæ inde consequuntur & commoda quæ rem pretiosiorem facerent, *l.* 21. *ait lex*, §. 1. *l.* 22. *proinde, & l.* 23. *inde Neratius, in prin. &* § 4. *sed etsi seruus, l.* 37. *liber homo*, §. 1. *ad l. Aquil. l.* 13. *Iulianus, de action. empti, l.* 6. *in interdicto, vers. nam sæpe, de vi & vi armata*, D. Nam hæc æstimatio damni & lucri fit sub nomine pretii rei ipsius, quasi res tanti videatur, quanti actoris interest, vt loquitur *d l.* 6. *interdicto*, & quasi accessio rei, *d. l.* 23 §. 4. *sed etsi, ver. in summa.* Quo sensu videtur explicanda *l.* 1. *de his qui à non domino manumissi sunt*, §. cùm dicitur eos qui seruos alienos, ac si suos manumiserunt, pretium eorum dominis debere dependere, quanti suâ interest. Sic enim legendũ rejectâ disiunctione (*vel*) quam à manuscriptis codicibus abesse notatur in editione Russardi, & aliis emendatioribus, quod ex Glossa ipsius legis satis constat, vt nempe tanti pretium esse videatur quanti actoris interest, sicut & *in l.* 36. §. 1. *mandati*, D. qui locus valde confirmat Glossæ opinionem prædictam, vt pretium rei & & id quod interest idem sint. Cùm ergo hæc æstimatio vtilitatum quæ sunt extra rem fiat sub nomine & obtentu pretii ipsius rei, manifestum est hoc pretium siue interesse esse singulare, cùm non possit dici vel conuentum, vel commune; hæc enim duo ad ipsam rei æstimationem veram referuntur, non ad fictitiam. Et nisi hoc pacto pretium siue interesse singulare accipiamus, distinctio Glossæ nullo pacto sibi constare videbitur, quæ licet probabile aliquid in se habeat, ita vt dixi explicata, verius tamen est, vt pretium rei ab eo quod interest distinguamus, quod manifestum est in ipsa emptione venditione, cuius exemplo Glossa vtitur. Nam si res vendita non tradatur, non pretii quantitatis, sed quanti interest, empti competit actio, vt iisdem verbis dicitur, *l.* 12. *sicut periculum*, *S. de action. empti.* itaque siue interest, quanti res empta est, siue quanti communiter valet, siue quanti ex vtilitate singulari, non tamen emptor actionem suam in pretium concipiet, non, inquam, pretium petet, sed id quod interest, quia ex natura ex empto actionis venit hoc quod interest, non pretium, *l.* 69. *si in venditione, de euiction. & l.* 43. *Titius, in f. de action. empti*, D. soli venditori datur actio de pretio, *l.* 7. *si seruos, de action. empti, l.* 1. *si seruus extero se emi mandauerit, S. l.* 13. *Iulianus*, §. 17. *ex vendito, de action. empti*, D. quæ ideo actio pretii dicitur, *l.* 8. *si non, & l.* 9. *empti*, *S. de contrah. emptio.* Non nego, quin emptor, re non traditâ, possit certi condictione pretium datum repetere, si eo sit contentus, *l. vlt. de condict. causâ datâ causâ non secutâ, l.* 9. *certi condictio, in prin. &* §. 2. *quoniam, de rebus cred.* D. Sed hoc omnino diuersum ab eo quod interest, imò contrarium, quia illa condictio est actio certi, quâ emptor certam pecuniam numeratam

petit, *l.* 1. *de condict. tritic. D.* atque ideo æstimationi nullus est locus, *l.* 3. *de in litem iurando, D.* At actio in id quod interest est actio incerti siue incerta, *l. vlt. si quis in ius vocat. non ierit, D. l.* 3. *de inutil. stipul. S.* cuius condemnatio ab æstimatione & taxatione iudicis pendet, *d. l.* 3. *& l.* 4. *de action. empti. S.* licet ergo id quod interest pretium quo res empta est non egrediatur, *l.* 1. *de action. empti, D.* absurdum tamen omnino esset illud sub nomine pretii petere. Sed & aliâ ratione absurdum est id quod interest generaliter definire pretium rei, quia interdum minus est quàm sit in rei pretio, *l.* 9. *Iulianus, in f. ad exhibendum, l.* 112. *si quis stipulatus,* I. *de verb. obligat. l.* 13. *si quis, de re iudic. l.* 70. *euicta, de euict. l.* 6. *in interdicto, de vi & vi armata, D.* Item quia in plerisque casibus, cùm scilicet non corpus aliquod æstimandum est, sed aliquid aliud quod interfit, pretii nomen conuenire non videtur, putâ promisi sub pœna viginti aureorum me seruum stichum Titio traditurum, tu interim illum occidisti, illud quidem quod meâ interest ratione serui pretium dici poterit, quia sit corporis occisi æstimatio, sed id quod meâ interest ratione pœnæ promissæ, id est viginti, cuius etiam condemnatio facienda est, *l.* 21. *ait lex, in f. cum prin. l.* 22. *proinde, ad l. Aquil. D.* non poterit dici pretium. Item si tu seruum meum vulnerasti, æstimatio quidem debilitati corporis poterit appellari pretium, quia æstimatur quanti corpus depretiatum sit, *d. l.* 12. *in f.* item æstimatio operarum quibus carituras sum. Sed si decem pro eius curatione impendi, quæ etiam veniunt in petitionem eius quod interest, *l.* 7. *qua actione, in prin. eod tit.* illa certè pretium dici non possunt. Item, *in l.* 23. *inde Neratius,* §. 4. *sed & si seruus, eod. tit.* cùm æstimatur quanti meâ interest, fraudes serui occisi per eum commissas detegi, ea æstimatio pretium dici non poterit. Itaque pretium rei & id quod interest frequenter in iure distingui solent, *l.* 33. *si fundus, locati, l.* 1. *in prin. l.* 43. *Titius, in f. de actio. empti, l.* 70. *euictâ re, de euiction. l.* 1. §. 11. *considerandum, de tutel. & ration. distrah. l.* 2. §. 10. *in hac actione, de vi bonor. rapt. l.* 50. *in furti, de furtis, D.* Neque obstat, quod in *d. l.* 1. *de his qui à non dominis manumissi sunt, S.* coniunctim dicitur pretium serui quanti interest, ad quam legem Talelæus interpres græcus : nota, inquit, quod vocauit pretium rei, mox vocare id quod interest, tanquam idem sit pretium & id quod interest, vt refert Cuiac. ad hanc Iustiniani constitutionem, in postumis. Nam vbicumque agitur de æstimatione alicuius corporis vel rei quæ pretium recipit, id quod interest pretium rei dici potest, vt ante docuimus, *l.* 55 *stichum, ad l. Aquil. l.* 21. *si sterilis,* §. 3. *cum per venditorem, de action. empti, l.* 80. *si vendidero, de furtis, D.* Sed non ideo generaliter dicendum est cum Glossa, idem esse pretium rei & id quod interest, quod Cuiac. quoque sentire videtur, dum Talelæi dictum ad illius legis speciem, & ad illud factum restringit, atque ad similes casus. Sed operæpretium est explicare,

care, cur *in d. l.* 1. dicatur coniunctim pretium quanti interest. Ratio autem est, quia si pretium simpliciter dixisset, dubium relinqueretur, de quo pretio intelligendum esset, an quanti seruus emptus est, an quanti valet, an quanti vendi potuit, ex affectione, vel vtilitate singulari, an quanti dominus ipse æstimaret, ex commodo, vel affectu proprio. Cùm igitur in rescriptis quorũ meminit *d. lex* 1. pretii solùm mentio haberetur, vt quidem coniicio, & pretium ibi pro eo quod interest per interpretationem acceptum à prudentibus fuisset, Imperator, *in d. l.* 1. vtrumque coniunxit interpretationis & tollendæ dubitationis gratiâ, quod similiter in lege Aquilia accidisse videmus, §. *illud non ex verbis, Instit. de l. Aquilia*, & *l.* 21. *ait lex*, §. 1. *eod. tit. D.* Tanti igitur fiet condemnatio quanti re verâ pecuniariter domini interest. Quare si seruus qui manumissus est senex est, aut membris debilitatus, quem iuuenem & valentem dominus magno pretio emisset, non tanti æstimabitur, quanti emptus est, sed quanti valeret, cùm manumissus est, *l.* 70. *euicto, vers. vlt. de euiction. l.* 3 §. *diui, de iure fisci, C.* Contrà quoque si seruus benè emptus fuisset, id est, viliori pretio, qui longè pluris sit, non pretium emptionis attendetur, sed quanti communiter valeret. Quod si vltra serui corpus, id est, vltra verum pretium, domini interfit, putà quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratiâ, aut hereditatis adeundæ, aut pœnæ promissæ, aut aliis de causis, in illud omne fiat condemnatio, *l. 6. in interdicto, de vi & vi armata*, *d. l.* 21. §. 1. *l.* 22. *l.* 23. *in prin.* & §. 4. *sed & si seruus, ad l. Aquiliam, D.* Idem puto, si seruum pluris, quàm re verâ esset, vendere potuit, etiam ex affectione vel vtilitate singulari, quia hîc valet regula supra exposita, rem tanti æstimari quanti emptorem potuit inuenire: vel etiamsi ipsius domini singulariter interfit, *argum. l.* 54. *si cui fundus, de legat* 2. Et nihilominus illud omne quod interest, licet verum pretium longè superet, pretium tamen serui dicetur, non absolutè quidem pretium, sed cum adiectione pretium quanti interest, vt *in d. l.* 1. Ex qua aliam pretii differentiam intelligimus, nempe, vt aliud sit verum pretium quod distinguitur ab eo quod interest, *l.* 2. §. 10. *in hac actione, vi bonor. raptorum, l.* 50. *in furti, de furtis, D.* & aliis locis S. citatis: aliud pretium quod singulare vel præsumptum dicere possis, quod idem est cum eo quod interest, quia res tanti esse videtur, iuris scilicet intellectu & interpretatione, quanti interfit actoris, etsi in veritate res longè sit minoris, vt apertè dicitur, *l. 6. in interdicto, de vi & vi armata*, *l.* 8. *inter, de in litem iuran.* nam commoda omnia quæ mihi sunt adempta, aut quæ consequi potui, pars pretii videntur & accessio æstimationis, atque ideo coæstimantur, *l.* 67. *inficiando*, §. 1. *de furtis*, I. quia rem pretiosiorem facerent, vt ante dictum est, *l.* 23. *inde Neratius*, §. 4. *sed etsi seruus, vers. in summa, ad l. Aquil. D.* Atque hoc genus eius quod interest interpretes non malè vocant extrinsecum siue extra rem, ad differentiam illius quod circa rem consi-

ſtere dicit Iuriſconſultus, *lege* 121. *ſi ſterilis*, §. 3. *cum per venditorem, de action. empti*, quod intrinſecum appellant, quando ſcilicet venit rei pretium tantùm æſtimatum. Sed vtroque ex prædictis caſibus, ſiue pretii veri, ſiue præſumpti, ratio habeatur, eius tamen quod reuerà interſit æſtimatio tantùm fit. At interdum id quod intereſt etiam ſupra rei veritatem æſtimatur, quæ differentia oportunè hoc loco explicabitur. Nàm id quod intereſt vel ad vtilitatem refertur vel ad pœnam, vt oſtenditur, *l.* 4. §. 5. *in eum*, D. *de damno infecto*. Ad vtilitatem, cùm id quod in veritate eſt continet, *l. pen. ne quis eum qui in ius vocabitur*, D. cùm, inquam, vtilitatem facto aduerſarii amiſſam continet, quam iudex ex rei veritate æſtimat, *l.* 6. *ſi tertius*, *in f.* D. *de aqua plu.* vt iam expoſitum eſt: Ad pœnam verò, cùm non id quod in veritate eſt continet, ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, *d. l. pen.* quæ æſtimatio vltra rei veritatem arbitrio actoris âliquando permittitur ad contumaciam aduerſarii puniendam, *l.* 1. *de in litem iurando*, D. *l.* 8. *tutor, eod. tit.* I. Actor enim in libello conuentionis quantitatem pecuniariam pro arbitrio ſolet comprehendere, quâ litem, id eſt, quod in lite verſatur ex ſuo ſenſu æſtimat, §. *tripli*, *Inſtit. de actionib.* quam tamen quantitatem iudex in condemnatione, provt æquum videtur, moderatur, §. *curare*, *eod. tit.* & iudicium non ad quantitatem illam refert, ſed ad id quod intereſt, *d. l.* 4. §. 5. *in eum*, *de damno infecto*, D. Sed interdum propter contumaciam vel dolum aduerſarii iudex quantitatem libello comprehenſam ſequitur, quaſi veram æſtimationem contineat, quaſi, inquam, tanti reuera interſit, & tanti ſit pretium rei, & hoc ſenſu id quod intereſt, non veritatem, ſed quantitatem continere dicitur, *l.* 2. §. *vlt. qui ſatisda. cogantur*, D. *d. l.* 8. *tutor*, hoc eſt, non quantitatem veram, ſed quantitatem libello conuentionali comprehenſam, vt rectè interpretatur Cuia. ad hanc Iuſtiniani conſtitutionem in poſtumis. Itaque illis caſibus quibus illud quod reuerâ intereſt tantùm attenditur, ſi nihil interſit actoris vel intereſſe deſierit, non fit condemnatio, *l.* 2. *ſi quis in ius vocatus non ierit*, D. Cùm verò contumacia vel dolus rei puniendus eſt, tunc etiamſi intereſſe deſierit, condemnatio tamen fit in id quod aliquando interfuit, *l.* 12. *qui autem*, *ſi quis cautionib.* D. imo interdum etſi reuerâ non interfuerit, *d. l. pen. ne quis eum qui in ius vocabitur*, D. aut ſi in pendenti ſit, vtrùm ſit interfuturum, *l. pen. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur*, cuius rei non eſt alia ratio quàm quod pœna contumaciæ præſtetur, vt dicitur *in l.* 3. §. 6. *condemnatio*, *de tab. exhib. l.* 8. *tutor*, *de in litem iuran.* D. quod genus eius quod intereſt non malè pœnale appellaueris, eodem modo quo pœnalis ſtipulatio appellatur, *l.* 54. *quæro*, §. 1. *locati conducti*, *l.* 1. §. 5. *quæ onerandæ*, *quarum rerum actio non detur*, D. in qua ſimiliter non illud inſpicitur quod interſit, ſed quæ ſit quantitas ſtipulatione comprehenſa, etiamſi re ipsâ nihil interſit, *l.* 38. *ſtipulatio*, §. 12. *alteri*,

de verb. obligat. D. quamquam alioqui longè differant & inter se opponantur, *l.* 38. *stipulatio*, §. 12. *alteri*, *l.* 68. *si pœnam*, *de verb. obligatio. D.* vel hoc ipso quod pœnæ promissæ certa est obligatio & actio; eius verò quod interest incerta, *d. l.* 68. quâ ratione eorum sententia refelli potest qui pœnam stipulatione promissam interesse conuentum dici volunt; nam & ideo pœna in stipulationem deducitur, ne ad disquisitionem & probationem eius quod interest venire necesse sit, §. *vlt. de verb. obligatione*, §. *alteri*, *de inutil. stipul. Instit. l.* 81. *quoties*, *de verb. obligat. D.* Sed dicet aliquis illud omne quod interest generaliter pœnam vocari in hac Iustiniani constitutione, *& l. vlt. de eo quod certo loco*, *D.* atque ideo quod vniuerso generi conueniat nos malè vni speciei tribuisse, quam interesse pœnale appellauimus. Cui responsum velim nomen hoc illi speciei ideo deberi, quia mœram pœnam contineat, *l. vn. in f. si quis ius dicenti non obtemperauerit*, *D.* nam in aliis casibus id quod interest pœna quidem est, sed non mœra; pœna, inquam, est ratione condemnati qui se liberare potuit solutione eius quod obligatione continetur, nunc verò propter culpam suam cogitur præterea præstare id omne quod aduersarii interest, æstimatione & arbitrio iudicis, *l.* 8. *centum*, *D. de eo quod certo loco*, quæ est accessio noua principalis obligationis, *l. vlt. eod. tit.* Eadémque ratione vsura quoque, quia propter moram infligitur & vltra sortem præstatur, pœna dici solet, *l.* 17. *cum quidam*, §. 3. *si pupillo*, *de vsuris*, *l.* 40. *lecta*, *de reb. cred. l.* 38. *qui sine vsuris*, *de negot. gest. l.* 90. *cùm stipulari*, *de verb. obligat. D.* At id quod re verâ interest ratione actoris pœna dici non potest; suum enim recipit, hoc est, consequitur quod perdidit, *l.* 10. *argentarius*, §. 2. *cum autem*, *de edendo*, *l.* 33. *si seruum*, *ad l. Aquil. l.* 13. *si commissa*, *rem ratam haberi*, vt nempe eadem fiat eius conditio quæ antea fuerat, *l.* 15. *semper*, §. 5. *hoc interdicto*, *quod vi aut clam*, *D.* Non est igitur mœra pœna, imò nec propriè pœna, sed vice cuiusdam pœnæ, *d. l.* 38. *de negot. gestis*; quatenus enim reuera interest rei persecutio est, quod excedit pœna est, *l.* 60. *cùm pater*, *ad l. falcid. l.* 7. *seruus eâ lege*, *de seruis export. D.* quæ eo sensu distinguitur ab vtilitate, id est, ab eo quod interest, *l.* 4. §. 5. *in eum*, *D. de damno infecto.* Quod autem de pretio diximus, vt aliud sit verum quod ab eo quod interest distinguitur, cùm nempe solum corpus rei per se æstimatur: aliud verò præsumptum, cùm res propter eius quod interest accessionem pluris esse videtur, obseruari similiter potest in clausula, quanti ea res est, quæ duplici quoque sensu illo accipitur, vt modò verum rei pretium, modò id quod interest significet. Nam propriâ acceptione quidem hæc verba, quanti ea res est, non ad id quod interest, sed ad rei veram æstimationem referuntur, & verum pretium denotant, ac consequenter ab eo quod interest, siue, quod idem est, ab vtilitate distinguntur, *l.* 8. *tutor*, *de in litem iurando*, *l.* 179. *inter hæc verba*, *l.* 193. *hæc verba*, *de verb. signif. l.* 4. §. 6. *hæc autem*, *vi bonor. rapt. l.*

9. *Iulianus*, §. *vlt ad exhib.* D. At interdum pro quanti interest accipiuntur, *l.* 55. *ſtichum, ad l. Aquil. l. vlt. de ſtipulat. præt. l.* 8. *procurator*, §. *vlt. ratam rem haberi*, & *l.* 2. *in f. qui ſatisdare cogantur*, *l. vlt. ſi quis in ius vocatus*, D. quanti, inquam, reuera interest, vt nempe non ad quantitatem libello comprehensam, neque ad pœnam, sed ad vtilitatem amissam referantur, *l.* 4. §. 5. *in eum, de damno infecto, d. l.* 2. §. *vlt. qui ſatisda. cogantur*, *l. pen. ſi quis cautionib. l.* 81. *quoties*, §. 1. *de verb. obligat. l.* 1. §. 4. *hæc verba, ne vis fiat ei*, *l.* 68. *qui reſtituere, de rei vindic. l.* 36. *in bonæ fidei, de peculio, l.* 9. *ſi quis ſeruum*, §. *vlt. l.* 11. *Neratius, in prin. & fine, de ſeruo corrupto*, D. Neque obstat quod *in l.* 9. *Iulianus*, §. *vlt. D ad exhibendum*, hæc verba, quanti ea res est, distinguntur ab vtilitate, id est, ab eo quod interest; nam ibi ad verum rei pretium referuntur, quod interdum minoris est, quàm id quod interest actoris rem exhibitam non esse Hæc autem acceptio non ex propria vi verborum, sed ex interpretatione venit, quasi scilicet res tanti esse videatur quanti interest, quod apertè ostendit *l.* 21. *ait lex, in prin. & f. ad l. Aquil. iuncto*, §. *illud non ex verbis*, *l. ſtit. eod. tit. & l.* 6. *in interdicto, de vi & vi armata*, *l.* 3. §. *vlt. in verbo, ſic accipimus, vti poſſidetis*, D. quibus ex locis, vt etiam *ex l.* 9 *ſi quis ſeruum*, §. *vlt. de ſeruo corrupto*, D. apparet sæpe inter consultos dubitatum in diuersis casibus fuisse, quo sensu illa verba essent accipienda. Ideo autem dixi ex proprietate verborum verum pretium significari, quia id apertè probatur, *l.* 8. *tutor*, *D. de in litem iuran.* & quia video illâ significatione accipi, *titulo generali*, *de verborum & rerum ſignific. dd. ll.* 179. & 193. Neque me mouet verbum, *placet*, *in d. l.* 179. quo prudentum interpretatio denotari solet, neque verbum, *refertur*, *in d. l.* 4. §. 6. *hæc autem actio, vi bonor. rapt.* D. quo eadem interpretatio innuitur; nam licet proprietas verborum talis sit, potuit tamen aliò detorqueri, atque ideo locus fuit auctoritati prudentũ in propria significatione generaliter retinenda, nisi aliud sit nominatim expressum, aut nisi res subiecta manifestè ostendat id quod interest significari, vt cùm in obligationibus faciendi, non certam pœnam, sed stipulationem subiicimus, quanti ea res erit, *l. vlt de ſtipulat. prætor. l.* 8. *procurator*, §. *vlt. ratam rem haberi*, D. in his enim & similibus casibus in quibus non versatur certum corpus æstimandum non possunt ea verba ad pretium referri, *totâ l.* 14. *ſi procurator, qui ſatisdare cogantur, totâ l.* 81. *quoties, de verb. obligat. l.* 4. §. 5. *in eum, de damno infecto. l.* 1. §. 4. *hæc verba, ne vis fiat ei*, D. Neque tamen à contrario verum est, vt quoties agatur de certo corpore aliquo æstimando, verba hæc, quanti ea res est, ad pretium referantur. Nam *in l.* 21, *ait lex, cum duab. ſeqq. ad l. Aquil.* D. referuntur ad id quod interest, licet quæstio sit de seruo occiso æstimando, sicut *in l.* 68. *qui reſtituere, de rei vindica & l.* 36. *in bonæ fidei, de peculio*, D. in quibus tamen de re certa agitur. Itaque hoc totum ex interpretatione pendet, & varia interpretatio ex æquitatis va-

rietate, vt ostendit verbum, *melius in l. 2. §. vlt. qui satisdare cogantur D.* neque alia certa regula hîc statui potest. Interdum etiam verba illa, quanti ea res est, non ad veritatem, vt in superioribus casibus referuntur, *l. 2. in f. qui satisdare cogantur, D.* vt, *l. pen. in prin. D. ne quis eum qui in ius vocabitur*, vbi ideo additur, quanti ea res est ab actore æstimata, quæ æstimatio potest intelligi, vel de quantitate libello comprehensa, vt *S.* dictum est, vel de iuramento in litem ab actore præstando, *l. 18. arbitrio, in prin. de dolo, l. 15. semper, §. 5. hoc interdicto, quod vi aut clam, D.* licet aliquando hæc opponantur, quanti in litem iuratum fuerit, & quanti ea res est, cùm scilicet verum pretium significatur, *l. 8. tutor, D. de litem iurando.* aut cùm verum interesse, *l. 2. §. 1. eod tit. D.* Differentia verò hæc est, quia cùm ad veritatem referuntur, condemnatio non fit, nisi revera interfit, *l. 1. §. 4. hæc verba, ne vis fiat ei, l. 8. si procurator, §. 5. mandati, D.* & si desierit interesse, cessat actio, *l. 15. semper, D. quod vi aut clam*: cùm autem ad pœnam, fit condemnatio, etiam si nihil interfit, *d. l. pen. in prin. ne quis eum qui in ius vocabitur*, ideoque hoc sensu id quod interest, & quanti ea res est, opponuntur, quia hæc verba mœram pœnam continent, *l. vn. in f. si quis ius dicenti non obtemperauerit, D.* Sed iam ad alia progrediamur; hucusque enim circa primum definitionis verbum, quod est, *vtilitas*, sumus immorati. Nam cùm in eius explicatione ostenderemus, interesse illud quod affectionis vocant non posse sub eo genere contineri, atque ideo ad definitionem non pertinere, ac deinde quæreremus, num interesse quod singulare dicunt idem esset cum interesse affectionis, delapsi paulatim fuimus ad vulgarem eius quod interest diuisionem, in conuentum, commune, & singulare, & quia Glossa id quod interest cum pretio confundit, tractauimus consequenter de pretii varia significatione, necnon de clausula, quanti ea res est, quæ iisdem modis accipitur. Quare supereſt, vt reliqua definionis nunc explicemus. Illud ergo quod interest definiebamus vtilitatem amissam facto aduersarii, &c. quibus verbis significantur omnia quæcumque habiturus vel assecuturus erat is cuius interest, si per aduersarii factum non stetisset, *l. 1 §. 25. non solum, de vi & vi armata, D.* hoc est, quantum illi abest, quantúmque lucrari potuit, *l. 13. si commissa, rem ratam haberi, D.* quod perdidit quódque non obtinuit, *l. 10. argentarius, §. 2. cum autem, de edendo, D.* quod vulgò dici solet damnum emergens & lucrum cessans; ex lucro enim & damno Iurisconsulti statuerunt id quod interest, vt ait Iustinia. *in f. nostræ legis*, hoc est, non solùm, si quid de bonis amissum sit, sed etiam si per aduersarium factum sit, quò minus perueniret, *l. 1. §. 5. hæc actio, si is qui testamento liber esse iussus, D.* quominus, inquam, compendium & lucrum aliquod faceret, *l. 24. si in lege, §. 3. colonus, l. 33. si fundus, locati, l. 2. in f. de eo quod certo loco, l. 33. si seruus, ad l. Aquil. l. 3. de condict. furt. D.* nempe, vt in omni causa eadem conditio sit actoris quæ futura

absque aduersario fuisset, *l. 15. semper*, §. 5. *hoc interdicto, quod vi aut clam*, D. Vtilitas ergo significat damnum illatum & lucrum ablatum, hoc est id quod interest, atque ita passim vsurpatur, præcisâ scilicet locutione, vt nempe intelligere debeamus vtilitatem amissam & adēptam facto aduersarii, sicut in definitione posuimus, §. *loco*, *Instit. de action. l. 9. Iulianus, in f. ad exhibendum*, *l. 2.* §. 1. *de eo quod certo loco*, D. Nam alioqui verbum, *vtilitas*, per se & simpliciter non significaret id quod interest, imò absurdum esset vtilitatem pro damno dicere. Neque obest quod *in l. 21. proinde, iunctâ cum f. legis præcedentis, ad l. Aquil.* D. vtilitatis nomine contineri non videatur id omne quod interest; causæ enim corpori cohærentes ibi ab vtilitate distinguntur, quæ tamen sunt pars eius quod interest. Nam vtilitas duplex est, siue id quod interest, *l. 21. si sterilis*, §. 3. *cùm per venditorem, de action. empti*, D. alia circa rem quæ *in d. l. 21. ad d. l. Aquiliam*, specialiter dicitur vtilitas, *& in l. 9. Iulianus*, §. *pen. & vlt.* D. *ad exhibend.* alia extra rem, quales sunt causæ corpori cohærentes, *in eadem l. 21. & l. seq. & in l.* 1. §. 25. *non solum, de vi & vi armata*, D. quæ tamen vtilitatis nomine generali veniunt, vt in plerisque locis proximè supra citatis, & passim. Quamquam autem id quod interest ex damno & lucro constat, non tamen existimandum est, lucri quoque rationem in quocumque casu haberi, sed in quibusdam tantùm, quod iure veteri, id est, digestorum certissimum est, vt docet glossa vlt. *ad hanc nostram l. & ad d.* §. *cum per venditorem*, quæ tamen putat idem hodie esse generaliter in omni casu, quia dictæ legis definitio non solùm in damno, sed etiam in lucro nominatim à Iustiniano constituatur. Sed ea opinio ab aliis interpretibus meritò reiicitur; Iustinianus enim eò loci novum ius non inducit, sed vetus apertè confirmat, eiusque auctoritate nititur. Illud autem ius *dicta glos. vlt. & glos. in d. l. 21.* §. 3. *cùm per venditorem, de action. empti*, D. *& ad f. l. 2. de eo quod certo loco*, D. tale esse existimat, vt regulariter quidem in condemnatione eius quod interest damnum tantùm veniat, non lucrum, ad cuius sententiæ probationem nos tres firmissimas rationes afferemus. Prima est quam Glos. innuit, dum citat *l. 26. Proculus, in f. de damno infecto*, D. nempe quod multùm interfit, vtrùm damnum quis sentiat, vel lucrum non adipiscatur, & longè fauorabilior illius quàm huius causa sit, *l. vlt. in f.* I. *qui potiores in pign. habeantur*, *l. 6. quod autem*, §. 7. *simili modo, quæ in fraud. cred. l. 41. non debet*, §. 1. *qui potiores*, D. *& aliis locis, ad d. l. 26. citatis.* Secunda, quia cum de eo quod interest agitur, Iurisconsulti plerumque dubitant, vtrùm lucri quoque æstimatio facienda sit, *l. 2.* §. *vlt. de eo quod certo loco*, *l. 21. ait lex*, §. 1. *ad l. Aquiliam*, *l. 21. si sterilis*, §. 3. *cum per venditorem*, *de action. empti* D. de damno verò numquam. Tertia, quia interesse eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset, vt ijsdem verbis dicitur, *l. 71. si is cui*, *de furtis*; quamquam enim dici possit ea verba ad casum ibi pro-

positum debere restringi, & particulam, *videtur*, interpretationem innuere, non proprietatem. Puto tamen clausulam illam generaliter enunciatam generaliter debere intelligi, *arg. l.* 8. *de pretio, de publicia, D.* Video enim id quod interest ad detrimentum & damnum propriè referri, *l.* 21. *ait lex, in prin. & §.* 1. *ad l. Aquil. D. l.* 11. *Neratius, collato prin. cum f. de seruo corrupto, l.* 71. *pater filiæ, de euictionibus, l.* 2. *§.* 7. *merito, ver. damnum, collato cum §.* 21. *hoc interdictum, ne quid in loco publico, D.* quando nempe aliquid amittitur, & adimitur, *l.* 3. *de eo per quem factum erit l.* 13. *Iulianus, in prin. de action. empti, l.* 9. *Iulianus, §. vlt. ad exhibendum, D. §. loco, de action. Instit. & l.* 2. §. 1. *de eo quod certo loco, D.* damnum enim ab ademptione & amissione dictum est, *l.* 3. *de damno infecto, d. §. merito, vers. damnum, & l.* 33. *si seruum, in f. ad l. Aquil. D.* Nam & lucrum illis casibus quibus eius habetur ratio in eo quod interest sub specie & nomine damni venit, quo sensu accipi oportet verba hæc *d. l.* 33. In lege Aquilia damnum consequimur, & amisisse dicemur quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. Itemque illud quod Iustinianus, *Instit. eod. tit. §. illud*, cùm, seruo occiso, hereditatem quam iussu domini adire ideo non potuit, in damno ponit; cùm enim hereditas non esset acquisita, sed tantùm delata, & multis causis accidere potuerit, ne servus eam domino suo acquireret, *l* 63. *pretia rerum, ad l. Falcidiam, D.* manifestum est eius amissionem in lucro non adepto ponendam potiùs quàm in damno accepto (sicut antea docuimus) si verborum proprietatem sequamur: Per interpretationem verò, damni nomine contineri, prima verba *d. §.* præ se dissertè ferunt, quod etiam liquidò apparet, *collatis legibus* 21. *ait lex, &* 23. *inde Neratius, ad l. Aquil. D.* Color autem interpretationis hic est, vt causam bonorum pleniùs accipiamus pro illa etiam vtilitate, *l.* 1. §. 5. *hæc actio, si is qui testam. liber esse iussus, D.* nempe quasi commodum illius hereditatis esset iam in bonis, quia dominus servi facultatem eius acquirendæ penes se haberet, iubendo adire, quæ sententia apertè probatur, *l.* 52. *si quis vxori, §. pen. de furtis, D.* vbi actor furti actione hereditatis æstimationem consequitur sub pretio serui, licet certum sit in ea actione lucri rationem non haberi, *l.* 73. *si is cui, in f. eod. tit.* Et hoc sensu vtilitas amissa in definitione accipienda est, non solùm pro adempta sed etiam pro non acquisita, *d. §. illud. Instit. de l. Aquilia*, vt scilicet perdere intelligatur qui obtinere non potest, *l.* 10. *argentarius, §.* 2. *cum autem, de edendo, D.* Cui consequens est lucrum tantùm attendi, quod sit præsens & quasi sub manu, *l.* 3. *quidquid. arbitr. tutelæ*; neque enim si emptor cui vinum traditum non est potuit ex vino negotiari & lucrum facere, id æstimandum est, *l.* 21. *si sterilis, §* 3. *cùm per venditorem, de action. empti, D.* neque si quis filium alienum possidet qui fuerit occisus æstimabitur quanti eum patri vendere probabiliter potuisset, *l.* 33. *si seruum, ad l. Aquili. D.* non enim expectatio illa attenditur, *l.* 63. *pretia, ad*

l. Falcid. D. ſicut ante expoſuimus, neque præciſis per iniuriam alienis retibus fiet piſcium æſtimatio, qui ideo capti non ſunt, cùm incertũ fuerit, an caperentur, idemque & in venatoribus, & in aucupibus dicendũ, *l. 29. quemadmodum*, §. 2. *idem Labeo, ad l. Aquil. D.* Generaliter enim fortuiti & aduentitii caſus computandi non ſunt, *l. 6. Iulianus, qui & a quibus, D.* niſi cùm euentus & ſpes emitur quaſi in aleæ ſpeciem, *l. 8. nec emptio, de contrah. emptio. l. 12. ſi iactum, de actionib. empti*, D. Neque obſtat *l. 2. §. vlt. de eo quod certo loco*, D. Vbi ſi pecunia certo loco dari promiſſa ibi data non fuerit, lucri etiam ratio habetur, ſi merces ſolebat comparare is cui dari debuit. Nam expreſſio loci & conſuetudo merces comparandi efficiunt, vt id actum tacitè intelligatur. Non etiam obſtat *l. 71. pater filiæ, de euiction.* D. in qua intereſſe patris dicitur propter ſpem quandoque recipiendæ dotis à ſe profectæ; nam ſpes illa ineſt ſuâ naturâ dotis dationi, *l. 6. iure ſuccurſum, de iure dotium*, D. *l. 4. ſoluto matrimonio, S.* ideoque pater ſuum quodammodo recipere videtur, non lucrum facere, & contra damnum pati videtur, ſi mortuâ in matrimonio ſine liberis filiaſ. dos profectitia ad ipſum non rediret, *d. l. 71. & d. l. 6.* Lucrum ergo quod venit in id quod intereſt aut eſt circa rem ipſam, putà, ſi rei venditæ & non traditæ pretium creuerit; nam venditor condemnabitur quanti nunc valet, *l. 1. in prin. & l. 21. ſi ſterilis*, §. 3. *cùm per venditorem, de action. empti*, D. aut non eſt circa rem ipſam, ſed venit ex cauſa cohærente rei, vt cum ſeruo occiſo hereditas quoque in qua fuerat inſtitutus æſtimatur, *l 22 proinde, & l. 23. inde Neratius, ad l. Aquil.* D. vel cùm attenditur lucrum quod quis comparatis mercibus facere potuiſſet, ſi pecunia promiſſa ſuo loco fuiſſet tradita, *d. l. 2. §. vlt. de eo quod certo loco*, D. Lucrum intrinſecum & extrinſecum vulgò dicunt non ſatis propriè, vt opinor; nam augmentum pretii non ineſt rei, *d. §. cum per venditorem, & l. 1. de in litem iurando*, D. Sed extrinſecus venit ex loco & tempore, *l. 63. pretia*, §. *vlt. ad l. Falcid. l. 3. de eo quod certo loco*, D. *& l. 2. de Suaris, C. Th.* ex qua obiter obſeruandum, formale pretium illud eſſe quod antea docui; quinimo pretium non ex re ipſa naſcitur, ſed propter negotiationem percipitur, *l. 21. venditor, de hered. vel act. vend.* D. Contrà quoque lucrum quod venit ex cauſa cohærente non eſt omnino extrinſecũ, quia rei cohæret & eius occaſione venit, *l. 8. venditor, de euiction.* D. Quando autem hoc vel illud lucrum in id quod intereſt veniat, definiri certâ regulâ non poteſt: ſed totum hoc ex æquitate ſubjecti negotii pendet. In venditione enim bona fides exigit vt lucri quod circa rem ipſam conſiſtit ratio habeatur, *d. §. cum per venditorem.* Itemque in locatione, *l. 24 ſi in lege*, §. 3. *colonus, & l. 33. ſi fundus, in f.* D. *locati.* In actione tutelæ dolus aut culpa tutoris facit, vt æquum ſit lucrum omne præſtari, *l. 7. quidquid, arbitrium tutelæ, S.* multóque magis id facit delictum in lege Aquilia, *l. 33. ſi ſeruum, ad l. Aquil.* D. aut etiam conſenſus contrahentium, ſi id actum intelligatur,

gatur, *l.2. §. vlt. de eo quod certo loco, & l. 13. si commissa, rem ratam haberi*, D. Quod etiam obseruandum in similibus casibus, vt *in l. 1. §. 25. non solum, de vi & vi armata, l. 3. de condict. furt. l. 15. semper, §. 5. hoc interdicto, quod vi aut clam, & in l. 10. argentarius, §. 2. cum autem, de edendo*, D. in quibus est delictum vel dolus. Quamquam autem venditor re non traditâ teneatur in id quod interest, & lucrum præstare debeat quod circa ipsam rem versatur, *l. 1. & l. 21. si sterilis, §. 3. cum per venditorem, de action. empti*, D. Contrà tamen, si emptor in pretio numerando moram fecerit, non agitur in id quod interest, neque æstimatur quod emptor morâ non factâ consequi potuit, veluti, si negotiator fuit & merces erat comparaturus, sed vsuræ dumtaxat præstantur, *l. vlt. de peric. & comm. rei vend.* D. vnde quidam generaliter colligunt, id quod interest non habere locum in pecunia numerata, vt nec etiam in aliis quæ pondere numero & mensurâ constant, quod hoc loco dispiciendum est. Equidem, *in l. 3. de in litem iuran. D.* si nummi depositi non reddantur, non tamen debet iudex iusiurandum deferre vt iuret depositor quod suâ interfit, vbi Glossa notat in pecunia numerata non posse versari interesse, si quis, inquit, rectè inspiciat, nisi debitor fuerit in mora. Ratio autem legis est, quia fit certa nummorum æstimatio. Quæ ratio vtrumque genus eius quod interest, vel circa rem ipsam, vel propter causas cohærentes respicit. Primum quidem, quia pecunia publicam ac perpetuam æstimationem habeat, & non tam ex substantia quàm ex quantitate vsum dominiúmque præbeat, *l. 1. de contrah. empt.* D. quantitate, inquam, magis quàm corpore valeat, *l. 1. §. 3. non solum, ad l. Falcid.* D. atque ideo circa corpus ipsum pecuniæ non possit quidquam interesse, vt accidit in aliis rebus propter mutationem & incrementum pretii, *l. 21. si sterilis, §. 3. cum per venditorem, de action. empti.* Alterum autem, quia æstimatio eius quod interest extra rem ipsam, vbi de pecunia numerata agitur, æstimatio, inquam, certa est, cùm definitus & taxatus sit vsurarum modus in locum & vicem regulariter eius quod interest propter causas rei cohærentes. Atque ita certam pecuniæ æstimationem *in d. l. 3.* intelligemus non solùm ratione corporis nummorum, sed etiam damni quod actor passus est. Facit verò prædicta ratio, vt regulariter dici possit circa obligationem pecuniæ numeratæ non fieri æstimationem eius quod interest, sed vsuras tantùm venire, *l. vlt. de periculo & com. rei vend.* D. *l. 15. quoties, S. de rei vindicatione.* Sed nonnullis tamen casibus id quod interest præstatur, quod vsurarum modum longè superare potest, *l. 2. in f. de eo quod certo loco*, D. Putà si interfuit depositoris nummos sibi suâ die redditos esse, quia sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod ideo distractum est, *l. 3. de in litem iuran.* D. Item si ex iisdem aut similibus causis actoris interest pecuniam certò loco dari promissam eo loci solutam fuisse, *d. l. 2. §. vlt. Inst. de action. §. loco, & 15. pecuniam, de compensat.* D. Item si

ſocius qui in eo quod ex ſocietate lucri fecit, reddendo moram adhibuit, ea pecunia ipſe vſus ſit, *l.* 60. *ſocium, D. pro ſocio*, vſuras enim præſtabit, ſed non quaſi vſuras, inquit, ſed quod ſocii interſit moram eum non adhibuiſſe, quem caſum Gloſſa ſimilem ſuperiori facit, & vſuras interpretatur pro eo quod intereſt, vt nempe id quod intereſt etiam ſupra vſurarum modum à ſocio præſtetur, iuxta *d. l.* 2. §. *vlt.* non tamen ab eius herede. At ego longè diuerſum caſum eſſe puto, nempe, vt ſocius in vſuras duntaxat teneatur, neque tamen abſolutè, ſed ſi ſocii interſit, & quatenus interſit, intra legitimum ſcilicet vſurarum modum, vt *in prin. l.* 1. *de vſur. D.* Sic enim quandoque id quod intereſt intra iuſtum finem coartatur, *l.* 36. *ita vt*, §. 1. *mandati, D.* heres autem eius indiſtinctè & abſolutè in vſuras teneatur, quia non ſit ſocius; cum ſocio enim benigniùs agitur, quia ſocietas ius quodammodo fraternitatis in ſe habeat, *l.* 63. *vtrum, pro ſocio, D.* nam ſi moram non fecit, non tenetur etiam ſi ea pecunia vſus ſit, nec rurſus ſi moram fecit, non tamen ea pecunia vſus eſt; vtrumque enim concurrere neceſſe eſt. Cui conſequens eſt, Cuiacium valde falli qui lib. obſeruat 13. cap. 15. contextum emendare voluit, adiectâ particulâ disjunctionis, *aut*, poſt verbum, *adhibuit*, *in prin. l.* At in herede nulla fit talis æſtimatio, quia vſuras abſolutè præſtat: In eo quod intereſt fit æſtimatio à iudice, quia non eſt à lege æſtimatum, in vſuris non fit æſtimatio, quia ſunt lege taxatæ & definitæ, *d. l.* 1. *in prin. de vſuris, D.* neque attenditur, vtrùm interſit, quia pœnæ locò infliguntur, *l* 17. *cum quidam*, §. 3. *ſi pupillo, eod. tit. & l.* 38. *ſtipulatio*, §. 12. *alteri, de verb. obligat. D.* Is igitur videtur ſenſus *d. l.* 69. *ſocium, D. pro ſocio* in qua clauſula hæc, *ſed quod interſit*, &c. ſignificat, non quia, ſed quanti interſit, nempe vt particula, *quod*, pronomen ſit, non aduerbium, ſicut malè vulgò ſignatur. Et obiter obſervandum *ex ea l.* vſuras venire, non per ſe & quaſi vſuras, ſed ſub nomine eius quod intereſt, ſicut antea de pretio diximus, vt quamuis vltra pretium rei non interſit, non tamen ſub pretii nomine fiet condemnatio, ſed eius quod intereſt, quemadmodum à contrario ſub nomine & obtentu pretii diximus venire aliquando id omne quod intereſt, putà ſi ſeruus meus heres inſtitutus ante aditam hereditatem fuerit occiſus, *l.* 33. *inde Neratius, ad l. Aquil. D.* vel ab alio manumiſſus, *l.* 1. *de his qui à non domino manumittuntur S.* his enim caſibus per pretium ſeruĩ conſequor æſtimationem hereditatis, vt eleganter dicitur *in l.* 28. *ſi ſeruum, D. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, id eſt, conſequor quod meâ intereſt, & hoc ſenſu accipiendum eſt quod dicitur, *in l.* 53. *ſi quis vxori*, §. *pen. D. de furtis*, ſeruo ſubrepto qui erat heres inſtitutus, actorem furti iudicio conſecutum etiam pretium hereditatis, ſi ſeruus antequam iuſſu domini adeat mortuus fuerit. Concludamus ergo & circa pecuniæ numeratæ obligationem id quod intereſt poſſe verſari: quinimo vſuras

generaliter venire, quasi id quod interest, & damni nomine, quia non propter lucrum petentium infliguntur; hoc enim esset fœnus, sed propter moram soluentium, *d. l.* 17. §. 3. *si pupillo*, atque ideo pœnæ nomine, sicut id quod interest, *l.* 40. *lecta, de reb. credit. D.* quo sensu vsura non malè aliquatenus sub genere eius quod interest continebitur, vt Cuiacius etiam docet ex Theodoro in paratitlo huius nostri *tit. C.* Quod verò ad alias res attinet, quæ pondere numero mensurâ continentur, illæ multò magis id quod interest in re ipsa admittunt; nam si vinum, triticum, oleum venditum, pretio soluto, traditum non fuerit, omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modò circa ipsam rem consistit, *l.* 21. *si sterilis*, §. 3. *cum per venditorem, de action. empti, D.* & §. *loco, Instit. de action.* vbi idem dicitur in similibus mercibus & in aliis casibus: sicut *& in l.* 2. § *vlt. & l.* 3. *de eo quod certo loco, D.* in quo §. *vlt.* vtilitas pro eo quod interest promiscuè dicitur, & ita etiam explicatur à Theoph. *d.* §. *loco*, quod nos supra pluribus docuimus: Inepta verò est dissentientium ratio qui in huiusmodi rebus, non eius quod interest, sed quanti plurimi æstimationem fieri dicunt; æstimatio enim quanti plurimi nihil aliud est quàm id quod interest circa rem ipsam propter pretii incrementum, *l.* 21. *ait lex, in prin. & f. ad l. Aquil. D.* & *d.* §. *cùm per venditorem.* Illud quoque quod interest propter causas cohærentes in iisdem rebus locum habere potest, sicut in pecunia numerata cui comparantur, *d. l.* 3 *de eo quod certo loco, D.* & & *d.* §. *loco.* Sed antequam tractationem de lucro concludam, opiniones quasdam Domini Cuiacii recensebo quæ nostris aduersantur, atque in primis quod *ad l.* 2. *ratam rem haberi, D.* existimat compendium distingui ab eo quod interest, & significare lucrum quod venit extra rem, cùm tamen nos lucrum & compendium promiscuè dixerimus, pro eo etiam quod circa rem consistit, quod apertè probatur, *l.* 24. *si in lege*, §. 3. *colonus, locati l.* 71. *duo*, §. *vlt. pro socio, l.* 59. *arbores*, §. *vlt. de vsufruct. D.* Neque obstant *l.* 43. *Titio*, §. 6. *altero, & l.* 58. *qui negotiationem, de administrat. tut. D.* quas ille adducit; nam compendium ibi distinguitur non ab eo quod interest, sed ab vsuris quas certum est non præstari propter lucrum, vt paulo ante docuimus. Non etiam obstant verba Theophili, §. *loco, de action. Instit.* τὸ κέρδος enim non magis compendium quàm lucrum sonat, vt videre etiam est in Glossario veteri, & à Theoph. ibi ponitur generaliter ad explicandum verbum, *vtilitas*, quo Iustinianus vtitur in contextu pro eo quod interest; ideoque Theophilus vtrumque ibi coniungit, tantùm abest vt distinguat. Non denique obstat *d. l.* 2. *ratam rem haberi, D.* cuius summa difficultas Cuiacium in eam sententiam compulit. Cùm enim certum sit stipulatione illâ commissâ condemnationem fieri in id quod interest, in qua lucri quoque ratio habetur, vt disertè dicitur, *in l.* 13. *si commissa, eod. tit.* & disertè contrà dicatur *in d. l.* 2. in illa stipulatione non esse cogitandum rei promittendi vel stipu-

landi compendium, ſed quid interfuerit ſtipulatoris, exiſtimauit Cuiacius compendium ibi intelligendum de lucro extrinſeco, ne alioqui illæ duæ leges pugnent implacabiliter, & elegantem ſanè ac ſubtilem facti ſpeciem ad illam *l.* 2. excogitauit. Veruntamen longè alia & ſimplicior videtur mens *d. l.* 2. nempe vt compendium dicatur, non pro lucro, ſed pro breuitate,& ſenſus ſit vim illius ſtipulationis non conſtringi & coartari intra paucitatem & breue compendium duorum contrahentium; vt ferè fit in aliis contractibus, ſed poſſe committi ex aliorum etiam perſonis, vt in ſpecie *l.* 1. *&* 3, ad quarum ſenſum lex 2. aptanda eſt, & *in l.* 8. *procurator*, §. 2. *ſi quis, ad exhibendum*, *l.* 18. *ſi procurator*, *l.* 22. *ſi ſine*, §. 2. *quod ſi procurator*, *&* §. *vlt. & l.* 23. *procurator cum peteret*, *eod. t.* In illa igitur ſtipulatione non eſſe cogitandum de ſolis promiſſore & ſtipulatore, non conſtringi eam ſummâ numero & compendio earum perſonarum, ſed ad àlias quoque pertinere. Præterea Cuiacius *ad l.* 33. *ſi fundus*, D. *locati*, exiſtimat nunquam rationem haberi eius quod intereſt, quin & damni dati habeatur,& lucri intercepti, idque non ſolùm iure nouo ex noſtra conſtitutione, vt Accurſium ſenſiſſe retulimus, ſed etiam iure veteri ex generali prudentum definitione, contra Accurſii ſententiam. At nos S. docuimus damnum quidem regulariter venire, lucrum verò non niſi certis caſibus, idque tam nouo iure quàm veteri, quæ eſt communis Interpretum ſententia.



AD TIT.
DE PIGNORIBVS
ET HYPOTHECIS C.

PIGNORIS & hypothecæ appellatione generaliter continetur res de qua inter creditorem & debitorem conuenit, vt sit pro debito obligata, §. *item seruiana, Instit. de action.* nam propter alterius contractus fidem ac restituendæ rei vinculum adhibetur, *l.* 9. *legata*, D. *de supellect. legat.* & §. *vlt. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Inter pignus autem & hypothecam nominis tantùm sonus differt, *l.* 5. *res hypothecæ*, §. *vlt. D. h. t.* nempe si meram verborum significationem spectes; neque enim aliud latinum & legitimum nomen est quo vtrumque significetur præter pignus; nam *subditas* & *subditatio* quæ pro hypotheca in veteri glossario vsurpantur non sunt legitima, ideoque pignoris & hypothecæ appellatio promiscua, *l.* 1. *D. de pignerat. actione*, & *l.* 2. I. *de prætorio pignore*, nam pignus potest propriè venire nomine hypothecæ, vt manui & potestati creditoris supponatur. At si res ipsas intuearis, magna est differentia quæ etiam horum nominum distinctionem necessariò & proprietatem induxit quo rerum proprietas inter se distingueretur, nam vocabulorum penuria de qua conqueritur *l.* 4. *D. de prescript. verb.* sæpe exigit, vt contra naturalem verborum proprietatem alia proprietas vsu inducatur, *l.* 211. *fundi, de verb. signif. D.* quod interdum & absque necessitate contingit, vsu scilicet pro arbitrio propriam significationem detorquente, *l.* 158. *in vsu iuris, D. de verb. signif.* Cùm ergo pignus & hypothecam separamus, vt in hac rubrica *D.* & *C.* & passim pignus propriè dicimus quod ad creditorem transit, subsecutâ nempe rei traditione, siue res mobilis sit, siue soli: hypotheca verò cùm non transit ad creditorem, sed nudâ conuentione illi obligatur, nullâ etiam adhibitâ rei mobilis vel immobilis distinctione, *d.* §. *item seruiana.* Quinimo cùm subtilius distinguimus, pignus magis propriè dicimus, dum res mobilis est quæ ad creditorem transit,

d. §. *& l.* 238. *plebs* §. *pignus de verb. signif.* quia pignus appellatum à pugno, ideoque res quæ pignori dantur manu traduntur, vt ibidem dicitur. Ex quo facilè intelligi potest vsum pignoris à rebus mobilibus primùm cœpisse in quibus est propriè traditio, hoc est, vt definit Theoph. §. *per traditionem, Instit. de rerum diuisio.* & similiter glossarium vetus, de manu in manum translatio : adde quod illæ magis in promptu & quod absque minori incommodo & dispendio debitoris ad creditorem transeunt. Sed potest etiam dici supradictam pignoris & hypothecæ distinctionem, non solo iuris vsu, sed etiam natiuâ verborum proprietate contineri : interdum tamen promiscuè vsurpari cùm de hypothecaria actione tractatur ; nam quantum ad eam attinet, inter pignus & hypothecam nihil interest, *d.* §. *item seruiana.* Neque obstabit quod *in d. l.* 5 §. *vlt. D. h. t.* Marcianus absolutè dicat nominis tantùm sono differre ; nam lex illa est ex libro Marciani ad formulam hypothecariam. Imò & totus vicesimus Pandectarum liber qui est de pignorib. & hypothecis ad eam actionem præcipuè pertinet, ideoque appellatur liber singularis ad hypothecariam formulam, siue liber hypothecarius ab ipso Iustiniano, §. 4. *tertii insuper, oratione ad Antecessores*, vt nempe intelligamus Marcianum respexisse ad illam actionem, neque esse præcisè accipiendum, sed cum temperamento à Iustiniano adhibito. Est & alia differentia inter pignus & hypothecam ; nam pignus est contractus quire fit, ex quo actiones pigneratitiæ nascuntur directa & contraria, vtraque ciuilis, de quib. *S. tit. de pignerat. actione, & D. de pignerat. act. vel contra.* Directa quidem quæ debitori datur soluto debito ad repetendum pignus à creditore, contraria quæ datur creditori contra debitorem ; si aliquid putà impenderit in pignus, & generaliter si quid ei absit occasione pignoris quod debitorem præstare æquum sit, vtraque personalis actio. Nulla tamen iure ciuili prodita creditori actio ad vindicandum iure suo pignus ab extraneo, si fortè possessionem eius amiserit ; nam visum est cum sibi debere imputare quod non diligenter pignori incubuerit, *l.* 2. I. *de prætorio pign.* Hypotheca verò est nuda conuentio, & nudum pactum, non contractus, pro qua tamen iure prætorio prodita est actio quæ ad pignora quoque extenditur, *d. l.* 17. *si tibi*, §. *de pignore, D. pactis, & d.* §. *item Seruiana*, quæ ideo hypothecaria appellatur & in rem actio est quæ datur creditori ad vindicandum pignus à quolibet detentore, si fortè ipse creditor possessionem eius amiserit, de qua præcipuè actione hic titulus & sequentes viginti. Hæc autem actio prætoria semper est, neque iis credendum qui ciuilem esse volunt, cùm pro pignore datur ; nam Iustinianus *in d.* §. indistinctè loquitur, & ratio ipsa manifesta est, quia pignoris obligatio ciuilis nihil ad hypothecariam actionem, vel ad extraneos contra quos illa datur pertinet, sed inter creditorem & debitorem consistit, & quia hypothecaria, non ex obligatione nascitur cùm sit realis actio,

sed ex detentione rei creditori obligatæ quæ ad extraneum peruenit, *l.* 16. *si fundus*, §. 2. *vindicatione*, *& l.* 17. *pignoris*, *D. h. t. & l.* 2. I. *si vnus ex plurib. hæredib.*

Ad L. 1.

PRæter pignoris vel hypothecæ obligationem debitor ipse ex principali contractu personali obligatione tenetur, *l.* 1. *&* 2. *S. si aduers. cred. præscript. opponatur*; nam pignus propter alterius contractus fidem & restituendæ rei creditæ vinculum solet tantùm adhiberi, *l.* 9. *legata*, *D. de de supellect. legat. &* §. *vlt. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Quæsitum autem est, num debitor qui pignoribus declarat & profitetur se creditoribus cedere, personali obligatione liberetur, & rescriptum est in hac *l.* 1. nihilo magis liberari. Ratio dubitandi hæc est, quia lege Iulia beneficium cessionis bonorum debitoribus qui æris alieni mole prægrauantur indultum est, vt nempe ex bonorum publica venditione quæ cessionem consequitur creditoribus satisfiat, atque ita debitores liberentur, vel in solidum, vel in partem, §. *item si quis*, *Instit. de societate*, *& l.* 1. *qui bonis cedere possunt.* Cuius beneficii fauor ad propositum quoque casum producendus videbatur, vt nempe debitor pignoribus cedere posset, eáque cessione se liberare in totum, vel certè pro modo redactæ ex venditione pecuniæ, quod naturali æquitati *consentaneum videri potuit* præsertim cùm pignus & hypotheca eo fine adhibeantur, vt cessante debitore in solutione creditori ex distractione pignoris satisfiat, *toto tit. de distract. pignorum & hypotheca*, *D. & C.* Est & alia ratio dubitandi, quod nempe creditor videri possit crediti sui securitatem mensus æstimatione pignoris, atque illo contextu quasi de credito transegisse, *l.* 15. *à Diuo Pio*, §. *si Pignora*, *D. de re iudicata*, quia scilicet plus cautionis sit in re quàm in persona, *l.* 25. *plus cautionis*, *D. de regul. iur.* Quâ etiam ratione dubitatum est, *in l.* 10. *aduersus*, *S. de obligat. & action.* vtrùm extinguatur actio personalis, si creditor venditione pignoris aduersus debitorem executus sit. Item *in l.* 8. *si pro mutua*, *in f. S. si certum petetur*, vtrùm si pretium pignoris sit infra debiti quantitatem debitor eatenus tantùm teneatur, & consequenter *in l.* 28. *creditor*, *D. de reb. credit.* vtrùm creditor qui non idoneum pignus accepit amittat exactionem eius debiti quantitatis in quam pignus non sufficit, & eâ ratione persuasi videntur Veneti qui contrario huic nostræ legi iure vtuntur & debitorem cessione pignoris liberari volunt, vt refert hîc Accursius, & *in d. l.* 8. *& d. l.* 28. proximè citatis. Sed longè potior est iuris nostri ratio; nam creditor pignus vel hypothecam sibi obligat, quò magis in tuto sit creditum, §. *vlt. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* non vt à personali obligatione discedat, & libera manet ei electio quo remedio vti velit; quinimo

electâ pignoris distractione, ad actionem personalem, si quid superſit, regredi potest, & ab hac similiter ad pignorum distractionem, donec solidum consequatur, *d. l.* 10. *aduersus*, S. *de obligat. & action. l.* 8. *quamuis*, l. 14. *distractis*, *h. t.* nec cogi potest pignoris cessionem accipere & omittere personalem actionem, vt docet hæc lex 1. nec contrà persecutione pignoris omissâ debitorem actione personali conuenire, *l.* 24. *persecutione*, *h. t.* Neque obstat, quod de bonorum cessione dictum est; nam lex Iulia omnium quidem bonorum cessionem permisit non rei singularis: & diuersitatis ratio manifesta; nam qui nihil sibi reliquum facit, se omnibus bonis exuit, quo creditoribus satisfaciat, misericordiâ dignus & ad miserabile hoc subsidium admittendus, *l.* 6. *qui bonis*, *D. de cessione bonor.* Item non obstat, quod creditor pignoris cautione sibi satis prospexisse videatur; nam plerumque minus idoneum pignus accipit, *d. l.* 28. *creditor*, *D. de reb. credit. & d. l.* 8. *si pro mutua*, I. *si certum petetur.* Et hac in re æquum ius debitori seruatur; nam si amplius sit in pignore quàm in debito, residuum debitori redditur, *l.* 1. *& l. vlt.* §. *sin autem minus*, I. *de iure dominii impetrando.* Denique non obstat, *d. l.* 15 *à Diuo Pio* §. *si pignora*, *D. de re iudicata*, in quo § videtur cogi creditor pignus accipere in creditum, id est, pro ea quantitate quæ sibi debetur, nec posse eum quod amplius sibi debetur petere. Nam in specie illius §. in quo agitur de pignore capto in causam iudicati, non de pignore conuentionali, vt hîc, non cogitur creditor pignus pecuniæ loco in solutum accipere, si tamen hoc maluerit, non ei denegatur, si pignora emptorem non inueniant, non inquam cogitur, nam potest causam iudicati nouare, *l.* 2. *S. de executio. rei iudic.* & vsuras à debitore accipere, *l.* 2. I. *de iure dominii impetr.* eique inducias largiri. Et ratio differentiæ manifesta; nam cùm hoc genus pignoris in inuitum capiatur, *l.* 83. *inter stipulantem*, §. 1. *D. de verb. obligat.* & verisimile sit creditorem cuius ferè arbitrio per officium iudicis capitur, id est, per officiales, *l.* 2. I. *si in causa iudicati pignus captum sit*, idonea pignora, imò & pleniora delegasse, & capi curauisse, valde iniquum foret, eâ minori æstimatione quàm totius debiti creditori sub hasta ementi addici. Neque credendum Glossæ *in d.* §. quæ existimat creditorem posse viliori pretio emere, si vt alius quilibet licitetur, & hoc ei esse tutius, citatâ in id *d. l.* 2. I. *si in causa iudic.* nam nihil hac quidem in re differt ea *l. à d.* §. & vtriusque eadem est mens, vt nempe intelligamus creditorem in illa lege posse licitari & emere ab officio siue executore eique rem vt emptori addici pro debiti sui integra summa, quod verba hæc legis palam ostendunt: *sed non dignum pretium offerente*, vt nempe nunquam dignum intelligatur nisi debitum exæquet: quod etiam verba illa sequentia innuunt, *secundum constituta*, quibus puto significari rescriptum illud quod in *d.* §. refertur. Quæ etiam æquitas seruanda, si creditor malit pignoris dominium à Principe impetrare, *l. vlt.*

si

si in causa iud. & l. 1. I. *de iure dominii impetrando* ; Quinimo & in illo casu si omnia bona debitor pignori dederit, non vniuersa creditori addicentur, sed pro modo debiti, vt exponit Cuiac. in parat. qui putat cum Glossa speciales hypothecas addici. Videndum tamen, ne & quando certæ res sunt pignori obligatæ, pro modo debiti sint tantùm addicendæ ; nam quod ait lex, *omnia bona debitoris quæ pignori dedit*, intelligi potest, non de omnibus eius bonis absolutè, sed de omnibus bonis quæ pignori dederat, vt nec ea vniuersa quamuis certa sint debeant addici, sed pro modo debiti. Sed cum *in d.* §. *l.* 12. *à diuo Pio*, addicantur res omnes captæ in causam pignoris pro debito integro, idem quoque videtur admittendum in pignore conventionali cùm eius dominium impetratur : quamquam video manifestam differentiæ rationem, nam debitor plerumque res suas liberiùs supponit pignori longè vltra summam debiti sperans se lucturum, ideoque res temperanda in addictione dominii. At pignora capiuntur in causam iudicati cum moderamine quodam, vt intelligi potest ex ratione *d. l.* 15. *à diuo Pio*, I. ideoque faciliùs vniuersa addicuntur pro solido debito si nullus alius emptor existat, quæ distinctio si vera est, valde erit notanda vt æquitati maximè consentanea. Vera autem esse videtur ; nam si de vniuersis bonis lex intellexisset frustra adiecisset, *quæ pignori dedit*, cùm certum sit non impetrari dominium nisi in ea quæ pignori data sunt, sed ea adiectio restrictionis causâ videtur apposita ne quis fortè de omnibus bonis absolutè intelligeret, & hoc omnino consentaneum est *legi vlt.* §. *sin autem minus, eod. tit.* Secundum quæ oportet intelligere legem primam. Neque ego iam de mea opinione vel tantillùm dubito, ex quo intelligitur dominii impetrationē sine causæ cognitione non fieri. Sed an eadem æquitas suadebit vt debitore offerente creditor cogatur partem quamdam bonorum accipere in solutum pro modo scilicet debiti ? Minimè ; nam hoc inter volentes tantùm fit, *l.* 13. *cum dominum, h.t.* Sed distrahentur bona. Et ratio differentiæ est, quia non peruenitur ad dominii impetrationem nisi ex necessitate postquam proscriptis bonis nullus emptor apparet, *l. vlt.* §. *sin vero*, I. *de iure domin. impetr.* Differt autem datio in solutum à cessione bonorum ; nam cessionem coguntur accipere creditores, *l. vlt.* I. *qui bonis cedere poss.* non dationem in solutum, vt dixi. Item cessio bonorum non transfert dominium vel possessionem in creditorem, *l.* 4. *legis, d. t.* datio in solutum transfert, *d. l.* 13. Item in cessione fit subhastatio & venditio bonorum ac distributio pecuniæ inter creditores per officiales iudicis, *d. l.* 4. *& l. vlt. eod. tit.* At in datione in solutum res ipsæ in creditorem priuatim transferuntur. *d. l.* 13. Itaque rectè *in f. d. l.* 4. cessio & in solutum datio meritò opponuntur.

Ad L. 2.

SI generaliter bona vni obligauerit debitor, & postea res certas ex iis bonis alteri specialiter, prior creditor ex generali obligatione potior erit quia prior est tempore, *l. 6. si generaliter*, I. *qui potior in pign.* quod etiam locum habet quamuis ex cæteris bonis pecuniam suam redigere possit, *l. 2. D. eod. tit.* nam si eodem simul tempore vtrique creditori obligatio facta sit, concurrent in speciali pignore vt in specie *l. 7. idemque*, §. *si tibi*, D. *eod. tit.* Quid si priori creditori res suas vrbanas vel italicas vel prouinciales, vel futura bona *in d. l. 7.* aut in summa vniuersitatem quamdam bonorum generaliter obligauerit debitor, hac adiectâ secundâ conuentione, vt ita demum cætera bona omnia pignori haberentur si pecunia de his quæ generaliter obligauerat seruari non potuisset, quæ est vera species *l. 2. vers. quod si, D. qui potior in pignore*, vbi respondet Papinia. deficiente secundâ conuentione posteriorem creditorem in pignore postea dato non tam potiorem quàm solum inueniri, cuius vexati responsi hæc est mens vt cætera bona non sint obligata priori creditori nisi eo casu quo non suficiãt ea quæ generaliter ei obligata sunt & quæ consequenter prius sunt discutienda, *l. 9. quæ specialiter*, I. *de distractio. pignorũ.* Illis igitur excussis si ex pretio eorũ satisfieri debito possit iam manifestum est cætera bona non fuisse obligata priori, quia non nisi sub conditione ex prioribus deficientibus fuerunt obligata, atque ideo non esse disputandum quis potior sit in pignore speciali cùm in eo non concurrat prior sed posterior solus inueniatur. Itaque nihil in ea lege emendandum neque pro *generaliter* reponendum *specialiter*, vt à quibusdam in margine libri factum est qui speciem illius versiculi non perceperunt quamquam eos secutus sit Cuiac. lib. 11. obs. c. 32. & ad Papinia. & *in hac l.* Adde quod si quædam prius fuissent specialiter priori creditori obligata indignum esset responsum acumine Papiniani quia res omni dubitatione careret nisi fortè contenderet prior creditor manifestum esse & euidens non posse sibi satisfieri ex pretio pignoris specialis, quæ dubitandi ratio ponenda est in specie *l. 9. quæ specialiter*, I. *de distract. pign.* vbi nihilominus excutienda est priùs specialis hypotheca quia ita conuentum sit neque alteri constet iudici an ex speciali satisfieri possit. Sed quid si quædam specialiter & vniuersa etiam bona generaliter eidem simul fuerint pignori obligata neque additum sit vt specialis hypotheca prius excutiatur. Et deinde quædam ex bonis generaliter obligatis data sint alteri in pignus speciale. An prior creditor in eo speciali pignore posterioris potior erit? quæ species proponitur in hac *nostra l.* 2. constat verò priorem credi-

torem æquale ius in omnibus habere, vt dicitur in contextu, ac per hoc potiorem esse etiam in illo speciali pignore secundum iuris regulas, quia verum est in generali bonorum omnium hypotheca res postea specialiter alteri obligatas contineri, *argum. l. 79. si chorus, in princ. D. de legat.* 3. præsertim cùm soleat quotidie exprimi cautionibus pignorum, vt specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam bona debitori teneantur, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ, *l.* 15. *ea quæ nondum*, §. 1. *D. h. tit.* Iurisdictio tamen temperanda est, inquit lex nostra, hoc est, vt iudex in iure dicendo strictam illam iuris rationem æquitatis temperamento moderetur, neque patiatur à priori creditore posteriori pignus suum auferri, si ex his quæ nominatim priori obligata sunt possit prior vniuersum redigere debitum, vt mox subiicitur. Ratio autem cur in *nostra l.* temperetur iurisdictio talis à Cuiacio hîc affertur, *& d. c. obser. & ad Papinia. l.* 2. *D. qui potiores*, quia, vt inquit, vulgaris & solida erat conuentio, ne creditor posset cætera bona generaliter sibi obligata persequi, nisi prius discussis iis quæ specialiter & nominatim obligata quoque haberet, quod probari putat, *l.* 15. *& quæ nondum*, §. 1. *D. h. t. & d. l.* 9. ac consequenter talis conuentio quamuis omissa inesse tacitè intelligatur. Quæ ratio nequaquam vera videtur; nam si talis conuentio pro adiecta semper habeatur, falsum erit quod dicit contextus, creditorem priorem æquale ius in omnibus habere, & iurisdictionis temperamentum & moderamen erit superfluum, cùm ius tacitæ illius conuentionis posset sufficere. Præterea leges citatæ à Cuiac. non probant; nam *d. l.* 9. casum refert non vsum solitum, sicut etiam *d. l.* 2. *quod si, D. qui potiores.* At *l.* 15. §. 1. dicit quidem pignus generale speciali solere subiici, sed de illa alia conuentione ne verbum quidem facit. Non igitur talis conuentio hîc inesse intelligitur iure tacito quasi cotidiana & solemnis, sed ex benignitate interpretatione & temperamento ius dicentis, vt nempe eo colore posterior in suo pignore non tam potior quàm solus esse fingatur, si priori sua pecunia seruari ex alio pignore possit. Huius verò benignæ interpretationis ratio, quia iniquum & *inuidiosum foret*, si *prior creditor*, re suâ aliunde saluâ, posteriorem pignore suo fraudaret, impediretque debitorem, ne cætera bona sua pignori posset obligare & suis necessitatibus eâ ratione subuenire. Neque tamen credendum, vt facit Cuia. hîc & *ad d. l.* 2. *D. qui potiores*, nostræ legis æquitatem in fauorem etiam debitoris esse producendam; nam repugnat *l.* 8. *creditoris, D. de distract. pign.* vbi electio seruatur creditori aduersus debitorem scilicet. Quod autem dicitur in nostro contextu, *si certum est* &c. certum intellige, non de indubitata & probata fide quæ scilicet haberi non potest nisi ex discussione, *d. l.* 9. *quæ specialiter*, I. *de distractio. pign.* sed de iusta præsumptione ducta ex qualitate eorum quæ priori creditori nominatim obligata sunt. Atque ideo subiicit pignus interim posteriori non

auferri, interim, id est, donec fuerit facta discussio à priori creditore, & per eam legitimè constet, an sua inde pecunia illi salua sit: quæ tamen præsumptio non admittitur in *d. l.* 9. quia ibi nominatim fuerat conuentum vt prius discussio fieret. Non etiam admittetur *in nostra l.* (vt intelligitur à contrario) si certum sit, id est euidens & manifestum ex rerum qualitate priori creditori debitum suum saluum esse non posse ex sibi nominatim obligatis, sed illico & absque discussione poterit pignus secundo creditori auferre. Item quod dicitur in contextu, posteriori creditori pignus auferri, non infert necessariò eum pignus tenuisse, vt putat hîc Cuia. contra Gloss. nam dari & accipi dicitur pignus cùm ius eius constituitur etiamsi res non transeat, & consequenter auferri, vt videre est *in prin. huius l. & l.* 2. *D. qui potiores.* Itaque nihil interest, vtrùm ponamus posteriorem creditorem vel priorem aut etiam debitorem vel extraneum pignus posterius tenere vel possidere, vt rectè gloss. vlt. Sic in *l. pen. S. de pignerat. actione*, res dicitur auferri debitori, cùm ius dominii distractione pignoris aufertur, nam pignus ipsum ibi erat penes creditorem.

Ad L. 3. *creditores.*

SPecies facti est huiusmodi. Creditor pactus est cum debitore, vt si suâ die pecunia soluta non fuisset, sibi liceret propriâ auctoritate ingredi possessionem rerum quæ fuerunt hypothecæ obligatæ, id est nudâ conuentione. Cessante debitore in solutione, creditor legem conuentionis exercuit, id est, suam conventionem executus est, & ex ea possessionem priuatâ auctoritate adeptus. Quæ situm est, an iure fecerit, cui quæstioni sic respondetur hoc rescripto, Creditorem qui possessionem ita sit ingressus non videri quidem vim fecisse, attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debere. Cuius rescripti sensus variè ab interpretibus accipitur; nam Ioannes Glossa & Baldus existimant posse quidem creditorem suâ auctoritate possessionem adipisci in casu proposito, melius tamen & rectius facturum si iudicis auctoritate id faciat, quorum interpretatio præcipuè nititur verbis *l. pen. S. de pigner. actione*, ex quibus à contrario colligitur licere creditori rem debitoris arbitrio suo auferre siue ex conuentione siue ex iudicis auctoritate. Confirmatur etiam, *l.* 57. *cum creditor*, *D. de furt.* & argumento manus iniectionis & abductionis quam sibi venditor ex pacto potest exercere, *l.* 9. *Titius*, *D. de seruis export. & l.* 56. *si quis sub hoc pacto*, *D. de contrah. emptione*, cui addi potest species *l.* 30. *qui ratiario*, *D. de pignerat. actione.* Quinimo Ioannes existimauit etiam resistente debitore creditorem adipisci possessionem posse, neque vim facere, quia id velle debitor intelligitur ex conuentione pignoris, licet nunc repugnet, *l.* 14. *de accessionibus*, *in f. D. de diuers. temporal. præscript.* §. 1. *Instit. quib. alienare licet vel non.*

quasi nullam possit videri vim accipere & pati qui semel voluit, argum. *l. 9. in diem, D. de aqua & aquæ pluuiæ arcendæ*, Salycetus verò ab ea opinione multùm deflectit; putat enim ex ea conuentione nihil aliud habere creditorem quàm nudum ingressum in fundum pigneratum absque vllo periculo ne vis ei obiiciatur: non autem dari ei potestatem acquirendæ possessionis absque iudicis auctoritate, quæ distinctio inter ingressum & possessionem verbis contextus niti videtur, vt nempe ingressus sit nuda facultas eundi mero facto à quo quidem ingressu sit alioqui domino ius prohibendi quemlibet, §. *ferè igitur, Instit. de rer. diuis.* possessio autem sit cum iure coniuncta, *l. 37. per seruum, iuncta Glossa, D. de acquir. rer. domin.* At Cuiac. aliter omnino interpretatur, nempe vt vim quidem non faciat creditor qui sub specie conuentionis & voluntatis debitoris ingreditur possessionem fundi pignerati, non tamen vt possessionem iustam adipiscatur sine iudice, quinimo teneatur generali interdicto momentaneæ possessionis restituendæ debitori quam facto suo non iure occupauit. Qui etiam addit creditorem teneri speciali interdicto vnde vi, si sub obtentu conuentionis fundum per vim ingressus sit resistente debitore, *argum. l. 6. meminerint, S. vnde vi.* Subuertit autem fundamentũ contrariæ sententiæ quod dicat, *dictam l. pen. S. de pignerat. actione, in parte extrema*, non loqui de pignore obligato creditori, sed de quacumque re debitoris, quam ait creditorem suo arbitrio ex causa debiti auferre non posse citra conuentionem vel præsidalem iussionem, hoc est, vt ille interpretatur, citra vtrumque; nam disjunctionem illo loco pro coniunctione accipit ex interpretatione græcorum, quod satis frequens in iure, *l. 53. sæpe, D. de verb. signif.* Quare concludit iudicis auctoritatem semper necessariam esse creditori, vt fundum pigneratum ingredi & possessionem adipisci possit etiamsi prædictâ conuentione sit maximè subnixus. Vera autem omnino videtur Cuiacii ad hanc nostram legem interpretatio, non tamen placet eius solutio ad *l. pen. S. de pignerat. actio.* nam illius legis pars extrema priori cui coniungitur vno contextu congruere debet, vt nempe in vtraque agatur de pignore creditori obligato, imò etiam tradito. Sed solutio inde petenda quod in ea lege non agatur de auferenda debitori possessione pignoris per creditorem, vt *in nostra l.* nam in illa lege per creditorem pignus possidet, vt dictum est, sed agit de auferendo rei pigneratæ dominio ac consequenter possessione, per distractionem scilicet pignoris, quod non potest creditor citra conuentionem vel citra iudicis auctoritatem cessante conuentione, quo sensu proprietas disjunctiuæ in ea lege seruabitur. Verùm ergo est *in nostra l.* non posse creditorem possessionem pignoris ex conuentione sibi auferre sine iudicis auctoritate. Quod tamen non probatur, *l. 7. cum debitoris, S. de iudic.* nam in ea non fuit talis conuentio, & prætetea de prætorio pignore loquitur, vt rectè ibi Glossa, non etiam probatur, *l. 9. dotis, C.*

ſoluto matrim. nam ibi nec talis conuentio, nec pignus omnino. Facit verò illa conuentio, vt creditor qui id attentauerit, quamquam reuera vim committat eo ipſo quod poſſeſsionem per ſe ingrediatur, vim tamen facere non videatur, vt eſt in contextu, id eſt, non intelligitur vt in pœnam vllam incidat quam alioqui incurreret, *l.* 3. I. *vi bonor. raptor.* & *l.* 5. *in poſſeſſionem*, I. *ad L. Iul. de vi publ.* Neque contrariam ſententiam iuuat *l.* 55. *cum creditoris*, *D. de furtis*; nam ibi agitur de creditore qui rem ſibi ſemel pignori traditam aufert deinde à domo debitoris eo inſcio vel etiam repugnante, nam pignori ſuo intelligitur incumbere & vim potius repellere, quod licet, quàm inferre. Neque etiam iuuat *l.* 30. *qui ratiario*, *D. de pignerat. actione*, in qua creditor ratem pigneratam ſcilicet (nam hoc innuit rubrica ipſa) in flumine ſuâ auctoritate detinet etiam inuito debitore; nam poſſeſsionem ſibi non arripit neque debitori aufert, ſed ratem detinet & remoratur in ripa, ne debitor ſibi cum ipſa elabatur ſecundo flumine, hoc enim caſu licet etiam auferre quod ſibi debetur à debitore fugiente, *l.* 10. *ait prætor*, §. *ſi debitorem*, *D. quæ in fraud. credit.* Non denique iuuat quod de manus iniectione ſupra dictum eſt, quod omnium eſt fortiſsimum argumentum; nam talis conuentio efficit vt emptor intelligatur amittere & venditor recipere dominium mancipij venditi, ita vt illud non quaſi alienum, ſed quaſi iam ſuum abducat manu iectâ & propriâ auctoritate, ideoque hæc manus iniectio non emptorem afficit, ſed ipſum mancipium cuius perſonæ ea conditio cohæret, *l. pen. D. de ſeruis export. l. penult.* I. *ſi mancipium ita fuerit alienat.* Cæterùm quæri meritò poteſt, cui bono conuentio illa de qua in noſtro contextu? An vt in vicem vſurarum creditor fructus accipiat quæ anticriſis dicitur? An vt ſibi ipſe ſoluat fructuum computatione, in vſuras primùm, deinde in ſortem, *l.* 2. *l. de partu pignoris*, & *omni cauſa*? An vt debitorem re ſuâ carere interim cogat, atque eo tædio eum ad ſolutionem vrgeat, vt in caſu *l.* 5. *vt in poſſeſſ. legat. D.* An denique vt ſit expeditior pignoris diſtractio ipſo creditore tenente & facultatem habente rem emptori tradere, *l. pen. D. de diſtract. pign.*

Ad L. 4. *Cum te.*

GLoſſa & Bartolus ſpeciem huius legis ponunt in eo qui vrgente ære alieno, vel neceſſitate aliquâ publici muneris, coactus eſt datis pignoribus mutuam pecuniam ſumere, *arg. l.* 12. *non idcirco*, *S. de reſcind. vendit.* atque eo colore deinde poſtulat quaſi vim paſſus, dationem pignoris reſcindi, & ſe in integrum reſtitui ex generali edicto quod metus causâ, vel petit ex interdicto vnde vi pignoris poſſeſſionem ſibi reſtitui, vel aliquâ aliâ ratione quaſi de vi ſibi illata agit. Salycetus autem ponit ſpeciem in eo cui creditor noluit aliter mutuari quàm pignoribus traditis, qui deinde cauſatur volenti ſibi & repugnanti pignus vi extortum.

Neutra verò ſpecies ſatis videtur contextui conuenire; nam longè aliud eſt vim allegare, vt hîc, aliud vrgentem neceſſitatem, vt *in d. l.* 12. quamuis durum telum neceſſitas. Et magis incoloratè etiam propoſitam creditoris pecuniam non niſi datis pignoribus mutuari recuſantis pro vi allegaretur. Quare ſic videtur ponenda ſpecies, vt debitor dicat ſe mutuam pecuniam accepiſſe, & agros ſuos nudæ quidem hypothecæ obligaſſe, ſed conqueratur ſe vi coactum à creditore pignori dare, id eſt, poſſeſſionem hypothecæ in eum transferre. Hanc autem ſpeciem ſuadent omnino verba ipſa contextus, & conſecutio legis ſuperioris in qua ſimiliter agitur de poſſeſsione pignoris quaſi per vim ablata; & ſimiliter talis allegatio refellitur. Regula igitur huius legis rectè ita à Baldo ponitur, vt vbi obligatio principalis eſt ſpontanea, præſumatur quælibet acceſſoria ſponte contracta. Sed videtur obſtare *l.* 23. *non eſt veriſimile*, D. *quod metus cauſa*; nam quamquam in noſtra leg. non ſit veriſimile debitorem vim paſſum fuiſſe, huiuſmodi tamen præſumptioni videatur poſſe apertiſſimas probationes violentiæ opponere, quod tamen lex noſtra non largitur, quæ ſolutionem præcisè iniungit. Sed dicendum eſt nullam probationem huic præſumptioni contrariam hîc admitti, quia certum ſit & manifeſtum veram & ſolidam vim non potuiſſe afferri; nam etſi contra legem conuentionis creditor fortè cogat debitorem poſſeſsionem hypotecæ ſibi tradere, debitor tamen videtur tacitè conſentire, cùm ſit in eius poteſtate pecuniam omittendo eam vim effugere, *arg. l.* 22. *ſi patre cogente*, D. *de ritu nuptiarum* Quod ſi debitor allegaret ſe nullo pacto dationi pignoris conſenſiſſe, ſed pecuniam omittere voluiſſe, coactum autem pignus tradere & pecuniam ſibi habere, non dubito quin ad huiuſmodi violentiæ probationem admitteretur.

Ad L. 5. Præſes.

VIuianus malè huius leg. ſpeciem ponit in debitore à quo extraneus rem hypothecæ obligatam iudicio proprietatis, id eſt rei vindicatione euicit; nam cùm debitor dicatur in contextu, præſcriptione, id eſt exceptione ſuperatus, neceſſe eſt eum fuiſſe actorem. Melius Cuiacius qui ſpeciem ponit in debitore qui rem ſuam hypothecæ obligatam ab extraneo poſſeſſore vindicabat, & victus eſt abſoluto poſſeſſore, quamquam quod ad definitionem quæſtionis attinet, an res iudicata contra debitorem noceat creditori, nihil intereſt, vtrùm debitor actionem intenderit, an ſuſceperit, *l.* 63. D. *de re iudicata*: illam verò quæſtionem ſic definiunt Gloſſa & interpretes quos Cuiacius etiam ſequitur, vt ſi ignorante creditore lis acta ſit, rei iudicatæ exceptio nullo caſu ei obſit: ſi verò ſciente, obſit, neque hypothecariâ vti poſſit contra eum qui in lite proprietatis vicerit, duobus caſibus exceptis qui hac leg. continentur. Vnus eſt ſi debitor colluſorio

iudicio, id est proditione suâ victus sit: alter si non causâ cognitâ, sed præscriptione fuerit superatus, atque ita hanc nostrã leg. ad creditorem quo sciente lis peracta sit restringendam esse putant, quæ distinctio inter scientem & ignorantem creditorem probatur, *d. l. 63. sæpe*, vbi hæc ratio redditur, quia cùm creditor experiri passus est debitorem de proprietate pignoris quem scilicet prohibere potuit, cùm de ea re actio vel defensio ipsi creditori primùm competat, meritò propter scientiam exceptione rei contra debitorem iudicatæ summouetur; nam ex voluntate eius de iure quod ex persona debitoris habuit iudicatum esse intelligitur, vt *in ea l.* fusiùs explicatur, in qua scientiam creditoris intelligo, non qualemcumque, sed de qua constet ex ipsius debitoris denunciatione, qui antequam de proprietate disceptaret creditorem admonuit, vt nempe alioqui exceptio rei iudicatæ non noceat creditori, *l. 29. iudicatæ, §. vlt. D. de excep. rei iudic.* quo sensu accipienda videtur *l. 11. si mater, §. vlt. D. eod. tit.* nam eo casu & debitor petere debuit. Cùm ergo generaliter verum sit ignoranti, id est non admonito creditori exceptionem rei iudicatæ contra debitorẽ non nocere & in nostra leg. quæratur, vtrùm noceat, consequens est admonitum fuisse debitorem, alioqui nulla ratio dubitandi fuisset. Sed & admonito creditori interdum non nocet exceptio, putà si per collusionem debitor victus sit. Item si fuerit superatus, non causâ cognitâ, sed præscriptione, vt est in contextu, id est exceptione; nam vtroque verbo promiscuè vtimur, vt *in rubrica I. de exceptionibus, siue præscriptionibus, & l. 63. sæpe, §. scientia, D. de re iudic. & l. 29. iudicatæ, D. de except. rei iudic.* Ex tribus verò exemplis quæ Glossa affert duo priora nihil ad præscriptionem faciunt: vltimum autem de præscriptione quidem est, sed specialiter dictâ, id est de ea exceptione quæ temporis decursu quæritur vt & illa exempla quæ affert Cuiacius, quæ tamen videntur esse aptiora *ex l. 63. Herennius, D. de euictionibus, l. 19. si expressim, in f. D. de appellat. l. 6. §. pen. D. de decurion.* Quare præscriptionis verbum hîc generaliter accipiendum de exceptione quacumque quæ scilicet causæ cognitionem excludat, qualis est illa quæ peremptoria dicitur, §. *appellantur, Instit. de excep.* vt videre est in *c. 1. de ordine cognitio. apud Gregor.* Sed & præter casus in *nostra l.* exceptos aliis quoque creditor exceptione rei iudicatæ non submouebitur, putà si victus sit debitor, cùm rem suam vindicaret, quod suam non probauerit, *l. 3. D. de pignoribus*, vel si victus sit per iniuriam, vt *in d. l. 3. §. vlt.* qui duo casus videntur posse contineri illis verbis nostræ legis, *non causâ cognitâ.* Quod si cui hoc non placeat dici poterit duos tantùm casus in *nostra l.* excipi, non quod plures non sint, sed quod ex facto illi duo fuissent à parte allegati, vt colligi potest ex illis verbis, *vt dicis.*

Ad L. 6. in ſumma.

PRo impenſis in rem pignori traditam à creditore factis datur ei retentio pignoris, licet debitum omne fuerit exolutum, *l.* 8. *ſi neceſſarias, D. de pignerat. actione*; Sed quia euenire poteſt, vt peremptâ re pigneratâ non habeat creditor quod retinere poſſit, data illi etiam eſt propter impenſas contraria pigneratitia, *d. l.* 8. Quinimo etſi creditor retentione, cùm poſſet, vſus non ſit, ſumptus tamen quos circa pignus fecit exigere non prohibetur, eadem ſcilicet actione, *l. 6. creditor, S. de pignerat. actio.* Ratio dubitandi fuit, quia videri potuit, creditori ſufficere mandati actionem, ſi volente debitore impenderit, vel negotiorum geſtorum abſque eius voluntate, vt neque retentio eſſet permittenda, nec contraria pigneratitia concedenda, directis actionibus ſuppetentibus, *argum. d.* §. *taceat.* Verùm quia ex ipſo pignoris contractu creditor de dolo vel culpa tenetur, ſi rem pignori traditam neglexerit, conſentaneum quoque fuit, vt ſi in eam quid impendiſſet retentione vel etiam actione ex eodem contractu id ſibi ſeruare poſſet. Quod etiam aliâ ratione confirmatur; nam ſicut compenſatione fructuum à creditore perceptorum ſors debiti extenuatur, vſuris ſcilicet primùm deductis, vel etiam compenſatione damni ab eo dati in re pignerata, *l.* 2. I. *de partu pignoris, l. 6. creditor, S. de pignerat. actio.* Ita quoque æquum fuit debitum augeri & creſcere imputatione ſumptuum à creditore impenſorum, atque ideo retentionem ei dari quaſi non ſoluto omni debito, vel etiam actionem pigneratitiã contrariam. Sed quid dicemus, ſi creditor propter poſſeſſiones ſibi pignori datas, id eſt prædia, tributum vel ſtipendium ſoluerit, vt *l.* 7. *vſufructu, verſ. hactenus, D. de vſufructu,* & §. *per traditionem, Inſtit. de rerum diuiſione,* vel ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud neceſſarium obſequium & munus aliquid præſtiterit, qui eſt caſus noſtræ leg. Certè hoc caſu maior ratio dubitandi quàm in ſuperioribus; nam iſta non in ipſam rem pigneratam impenduntur vel circa eam, ſed extrinſecus & propter eam, vt eſt in contextu, quâ ratione creditor *in l.* 52. *epiſtola,* §. 1. *D. de pactis,* ſpeciali pacto hanc in rem ſibi proſpicit, nempe vt debitor tributa prædii pignerati penderet, & vt ſi quas ſummas ipſi creditor propter tributiones prædii ſoluere cogeretur (namque pacto iſto priuato forma iuris fiſcalis conuellitur, *l.* 42. *inter debitorem, eod. tit.*) à debitore recipiat. Quod pactum non eſt ſuperuacuum, vt hîc dicit Cuiac. nam iuſtum ibi dicitur ideoque ſeruandum. Et veriſimile eſt hîc dubitatum fuiſſe, an abſque pacto daretur creditori ex ea cauſa retentio vel pigneratitia, an potius mandati vel negotiorum geſtorum actione contentus eſſe deberet. Sed tandem definitum eſt hac noſtra leg. idem quoque hîc ſeruari quod in ſumptibus in rem ipſam impenſis, & hoc eſt, quod primis huius legis

verbis dicitur, in ſumma debiti computari etiam id quod propter pignus à creditore extra cauſam eius datum eſt, nempe vt hoc quoque caſu, quaſi aucto debito, creditori retentio & pigneratitia contraria competat, qui eſt verus noſtræ leg. ſenſus, in qua obſeruandum quomodo ius paulatim creuerit & productum ſit circa impenſas à creditore factas. Sic vſuræ augent ſummam debiti, & ſi vel minimum debeatur, fit diſtractio, *l.* 2. I. *debitorem venditionem pignoris impedire non poſſe.*

Ad L. 7. vſucapio.

REgula huius leg. eſt vſucapione conuentionem pignoris non extingui, vel quod idem eſt cauſam & perſecutionem pignoris ſiue hypothecariam actionem vſucapione rei non perimi, quæ regula ex placitis prudentum deſcendit, *l.* 1. §. *cum prædium*, D. *h. t. l.* 44 *inſto*, §. *non mutat*, D. *de vſurpat. & vſucap. & l.* 43. *cùm poſtulaſſem*, §. *vlt.* D. *de damno infecto*, & quamquam in conuentionali pignore locum propriè habeat, vt *in noſtra l. & d. l.* 44. ad prætorium tamen pignus producta quoque eſt, *l.* 2. D. *pro herede.* Sicut enim alienatione quacumque rei pigneratæ debitor non poteſt deteriorem facere creditoris conditionẽ, *l.* 15 *debitorem.* I. *h. t.* ſic nec lex vſucapione quæ alienationis ſpecies eſt, *l* 28. *alienationis*, D. *de verb ſignif.* Regulæ ratio eſt, quia vſucapio nihil eſt aliud quàm adiectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti, *l.* 3. D. *de vſurpat. & vſucap.* At nihil commune habet dominium cum iure pignoris, nullâ inquam ſocietate dominii perſecutio pignoris coniungitur, *d. l.* 44. §. *non mutat*, imò quæſtio pignoris ab intentione dominii ſeparatur, *d. l.* 1. §. 1. D. *h. t.* ac conſequenter vſucapio non mutat ius pignoris. Namque in toto iure ciuili alienatio dominium cum ſua cauſa transfert, *l.* 67. *alienatio*, D. *de contrah. empt.* ac conſequenter vſucapio cum cauſa & obligatione pignoris, *d. l* 1. § 1. Quâ etiam ratione vſucapio proprietatis non perimit vſumfructum, *l.* 17. *locum*, §. *pen.* D. *de vſufructu, & d.* §. *non mutat.* Neque obſtat *l.* 2. D. *de vſu & vſufructu legato*, vbi ſerui vſucapione legatum operarum perit; nam fructus hominis, id eſt ſerui, in operis conſiſtit, *l.* 4. *fructus*, D. *de operis ſeruor.* fructus verò iure dominii percipitur, *l.* 25. *qui ſcit*, D. *de vſuris.* Ergo verum eſt operas dominio eſſe coniunctas, & hoc vſucapto ad nouum dominum pertinere & legatario perire. Non etiam obſtat *d. l.* 1. §. 1. D. *h. tit.* in quo bonâ fide emptor vel qui vſucepit non cogitur reſtituere creditori hypothecariâ actione fructus pignoris bonâ fide conſumptos, id eſt, vt interpretor cum ſumma Bartoli, perceptos; nam ibi agitur de fructibus qui nunquam debitoris fuerunt, hoc eſt, quos emptor vel qui vſucepit procurauit, & in quibus conſequenter ius pignoris eſſe non potuit. Nam ſi fructus debitoris aliquando fuiſſent, putà fundo hærentes, cùm alienaretur,

dubium non est, quin & in ipsos quantumuis perceptos, vt in fundum ipsum, ius pignoris perseueret etiam sine conuentione expressa solo iuris intellectu, *l. 7. in prædiis, D. in quib. causis pign. vel hypotheca tacitè contrahitur*: consumptos autem, id est præsumptos & perceptos fructus dicit §. *ille*, I. quia si penderent, licet nunquam debitoris fuissent, tamen vt pars fundi rectè à creditore per hypothecariam vindicarentur, *l. 44. fructus, D. de rei vindicatione*, hac tamen conditione si impensas culturæ creditor offerat; nam alioqui inhibebitur persecutio pignoris, *l. 44. cum postulassem*, §. *vlt. D. de damno infecto.* Longi tamen temporis præscriptio causam pignoris perimit & hypothecariam actionem tollit, *l. 5. an vitium*, §. 1. *& l. 12. creditor, D. de diuersis tempor. præscript. l. 7. si a creditore, l. 14. est in arbitrio, S. de obligat. & action. l. vlt. S. de præscrip. longi temp. l. 19. si obligata, I. de euictionib. & toto tit. S. si aduersus creditorem præscriptio opponatur.* Ratio differentiæ duplex assignatur à Glossa *in hac nostra l. & in l. 1. S. si aduersus creditorem.* Prima est, quod in præscriptione sit tempus longius, atque ideo maior negligentia creditoris; nam vsucapio ante Iustinianum finiebatur anno in rebus mobilibus & biennio in immobilibus, vt est *in prin. de vsucapion, Instit.* Altera est, quia vsucapio Dominium tantùm cum sua causa acquirit, atque ideo in causa tantùm proprietatis proficit, sed nihil contra eum qui aliud ius in re petat, putà pignoris aut vsusfructus quia dominium cum sua causa transit. At præscriptio parit exceptionem aduersus ius quodcumque in re non solùm aduersus dominii quæstionem. Sed cùm Iustinianus ita vsucapionem transformauerit, vt in rebus mobilibus triennio tantùm, in immobilibus decem tantùm vel viginti annis perficiatur, atque ideo nihil à præscriptione longi temporis iam distet, dubitari meritò potest an vsucapione pignus hodie perimatur; & ratio dubitandi, quia longo tempore dominium hodie acquiritur, cùm antea exceptio tantùm acquireretur. Quare Cuiac. in parat. *S. si aduersus creditorem*, ita definit, vt vsucapio Iustinianea non solùm rei immobilis sed etiam mobilis tam hypothecariam actionem quàm rei vindicationem perimat, quod apertiùs etiam dicit in postumis *eod. tit.* At idem ipse ad hanc nostram leg. Accursium sequitur, vt nempe vsucapio triennii in re mobili ius pignoris non perimat, vsucapio verò longi temporis perimat. Quæ distinctio vera videtur; nam si dixeris pignus hodie indistinctè perimi vsucapione, consequens est vt etiam dicas (quod absurdum est) hanc nostram leg. esse penitus abrogatam, atque ideo malè huic Codici insertam nec non similes iuris locos supra citatos. Olim ergo regula nostræ legis in quacumque vsucapione locum habuit, hodie verò in sola vsucapione rei mobilis quæ etiam specialiter dicitur vsucapio, vt ab vsucapione immobilium distinguatur quæ longi temporis possessio siue præscriptio hodie propriè dicitur, quia in præscriptionem trans-

formata, vt *in rubr. de vsucapionibus & longi temporis possessionibus*, siue, vt alibi legitur, *præscriptionibus*, *Instit.* Neque verò obstat quod hodie longo tempore dominium acquiratur, vt est *in prin. d. t. Instit.* cùm olim exceptio tantùm acquireretur, *l. pen. S. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*; nam non ideo minus competet generalis illa exceptio aduersus quemcumque quæ olim ex præscriptione longi temporis sola competebat; nam cùm longi temporis possessio sit in locum vsucapionis immobilium hodie substituta & vsucapio in eam transformata, vt est *in f. l. vnicæ, S. de vsucap. transfor.* durat quoque generalis exceptio ex ea, vt olim, licet dominium quoque acquiratur. Quâ ratione Accursio etiam assentior qui *in l.* 1., *S. si aduersus cred. & in nostra, l.* existimat in re etiam mobili triennio vsucapta perimi causam pignoris, si is qui vsucepit longo tempore possederit, putà decem annis inter præsentes: neque ei nocere debere quod breuiori tempore factus sit dominus; nam quamquam præscriptio pro rebus immobilibus sit introducta, nihil tamen vetat quin & pro rebus mobilibus eâ quis vti possit, *l.* 2., *S. in quib. causis, cessat longi temp. præscript. & l.* 3. *longè*, *D. de diuers. tempor. præscriptionib.*

Ad L. 8. *Quamuis.*

RAtio dubitandi in hac leg. duplex est. Prima est, quia cùm in arbitrio sit creditoris personali vel hypothecariâ actione agere, *l.* 14. *est in arbitrio, S. de obligat. & action. & l.* 14. *distractis, h. t.* vnius electione altera consumi videtur, & ad eam regressus denegari; *l.* 43. *nemo ex his*, § 1. *quoties*, *D. de regul. iur. l.* 9. *quod in herede*, §. *eligere*, *D. de tributoria & l.* 34. *qui seruum*, *D. de obligat. & action.* sufficit enim ex vna consequi quod nos contingit, *l.* 1. §. 1. *D. quod legatorum.* Altera præcipua est, quia sententiâ & condemnatione fit nouatio obligationis & prior tollitur ita vt iam non ex ea sed ex iudicato debeatur, *l.* 16. *si fundus*, §. *si pluris*, *D. h. t. l.* 3. §. *& ideo*, *S. de vsuris rei iudic.* At pignus nouatione intercidit, *l.* 1. *l. etiam ob chirograph. pecun. l.* 18. *nouatione*, *D. de nouationib. & d. l.* 16. §. *creditor, iuncta glos.* imò nouatâ personali obligatione pignus iam subsistere non potest, nec hypothecaria actio competere, *l.* 11. *solutum*, *D. de pignerat. actione.* Quod non solùm videri possit post sententiam, sed etiam post litis contestationem; nam per eam interdum fit quoque nouatio, *l.* 1. *iunctâ gloss. S. de iud.* ideòque *in d. l.* 11. *D. de pignerat. act.* dubitatio proponitur in sola litis contestatione, imò & in sola conuentione fideiussoris; nam in eo & similibus prædictæ duæ dubitandi rationes plus valere videntur quàm in ipso debitore, quâ ratione de his etiam nominatim agitur *in nostra l. & in l.* 13. *grege*, §. *etiam*, *D. h. t.* nihilominus tamen generaliter definitur hac nostra leg. creditorē non amittere hypothecariam, licet reum vel eius fideiussorem seu mandatorem per iudicem

damnauerit, si tamen solidum debitum non receperit: sicut etiam personalem actionem non amittit, si prius hypothecariam elegerit, nempe si ex pretio pignoris totum debitum non sit consecutus, *l.* 10. *aduersus*, *S. de obligat. & action.* Neque verò obstant duæ rationes predictæ; nam quod attinet ad consumptionem vnius actionis electione alterius, ea regula locum habet in concurrentibus actionibus, cùm scilicet plures ex eodem facto & eiusdem rei nomine competunt, *d. l.* 43. §. 1. *de regul. iur. l.* 53. *plura*, *D. de obligat. & action. & d. l.* 34. *qui seruum*, *eod. tit.* cuius etiam inscriptio est, de concurrentibus actionibus; & ita regulam explicat Glossa *in d. l.* 1. §. 1. *D. quod legatorum.* At actio personalis & hypothecaria non sunt huiusmodi; nam illa aduersus debitorem solum competit & nascitur ex principali contractu, hypothecaria verò ex conuentione accessoria & ex detentione rei, & aduersus extraneum præcipuè comparata est, *l.* 9. *legata, in f. D. de supellect. legata*, *l.* 16. *si fundus*, §. 2. *in vindicatione*, *& l.* 17. *D. h. t. & l.* 2. *I. si vnus ex plurib. heredib.* Quod verò attinet ad nouationem personalis obligationis ac pignoris consequenter peremptionem, negari quidem non potest, quin nouatio generaliter per sententiam fiat, & in hoc etiam casu, quod tamen Glossa in dubium reuocat, *ad l.* 13. *grege*, §. *etiam*, *D. h. t.* eâ scilicet ratione quòd hypothecaria actio non perimatur. Non etiam dicendum quod Bartolus dixit ad eundem §. nouationem quidem per sententiam hîc fieri, hoc est, nouam actionem acquiri, non tamen priorem tolli; nam hoc repugnat omnino definitioni nouationis, *l.* 1. *in prin. D. de nouation.* & negari non potest, quin hoc ipso nostro casu perimatur principalis obligatio, vt iam nihil inde debeatur sed ex iudicato, *l.* 16. *si fundus*, §. *si pluris*, *D. h. t.* Sed nec placet distinctio quam Glossa & interpretes afferunt *in l.* 1. *S. de iudiciis*, *l.* 11. *solutam*, *in prin. D. de pigner. action. & l.* 1. I. *etiam ob chirograph. pecun. pignus teneri*, quam etiam sequitur Cuiac. in paratit. eiusdem tit. nempe voluntariâ quidem nouatione pignus perimi, sed non necessariâ quæ fit iudicio. Nam cùm ea distinctio in reliquis obligationibus non habeat locum, nec in pignoris obligatione habere debet, neque vllus iuris locus quo talis distinctio exprimatur. Quinimo *in d. l.* 16. *si fundus*, §. *creditor*, *D. h. tit.* apertè probatur pignoris obligationem nouari sententiâ, si de iure pignoris iudicatum sit, putà negante debitore rem fuisse obligatam, ita vt replicatione opus sit ad excludendam rei iudicatæ exceptionem quæ nascitur ex pignoris nouatione, vt ibi Glossa in verbo, *exceptio.* Quid ergo dicendum in casu proposito? nempe singulare ius esse in pignore, vt quamuis nouatâ iudicio obligatione principali, duret tamen pignoris obligatio, quod non solùm hac nostrâ leg. probatur sed etiam *in d. l.* 16. §. *si pluris*, in quo hypotheca nihilominus onerata & obligata manet, neque de eo vlla ibi dubitatio. Sed dubitatur, vtrùm liberetur hypotheca solutione tantæ pecuniæ quanta debeatur, forte cum vsuris

computatâ, quia ea ſolutio non iam ex obligatione debiti proficiſcatur quæ nouata atque ideo perempta eſt, ſed aliunde, id eſt ex iudicato: quod & ſtrictâ iuris ratione verum eſſe dicitur, quamquam contrarium æquitatis & humanitatis intuitu ibidem admittatur. Ius autem ſingulare eſſe in pignore, vt S. dixi, diſertè probatur, *d. l.* 13. *grege*, §. *etiam*, *D. h. tit.* his verbis, *quia ſuas*, id eſt proprias, *conditiones habet hypothecaria actio*, id eſt, ſi ſoluta eſt pecunia aut ſatisfactum eſt, quibus ceſſantibus tenet, ita vt hoc caſu ſubſiſtat pignoris obligatio acceſſoria, licet ſublatâ principali, quia quamuis legum ſubtilitate & auctoritate ſententiæ perempta ſit, verum tamen eſt ſecundum eam fuiſſe iudicatum, eamque in actionem iudicati fuiſſe transfuſam, *d. l.* 16. §. *ſi pluris*, *D. h. tit.* vbi ſimili æquitate debitori non obeſt nouatio, quominus ſolutione debiti pignus liberare poſſit, licet maior quantitas in condemnatione contineatur. Ratio autem huius iuris ſingularis in pignore hæc videtur, quia quo magis in tuto ſit creditum, adhibetur, §. *vlt. Inſt. quib. mod. re contrah. obligat.* & *l.* 9 *legata*, *D. de ſupellect. legata*, vt nempe ſi non ex principali obligatione ſaltem ex pignore ſuum ſibi ſeruare creditor poſſit. Concludamus ergo iudiciali nouatione pignus non perimi, vt nec vſucapione in lege ſuperiori.

Ad L. 9. ſi dominium.

EX hac leg. Colligo primùm pignoris obligationem cauſam dominii non mutare, qui nihil cum eo commune habet, *l.* 44. *iuſto*, §. *non mutat*, *D. de vſurpatio.* Ideoque debitorem nihilominus alienare poſſe in quemlibet, *l.* 12. *reſcriptum*, *D. de diſtract. pign.* ſed ſine præiudicio creditoris, *l.* 15. *debitorem*, I. *niſi is conſenſerit*, *l.* 2. & 4. I. *de remiſſ. pign.* Secundò debitorem quamuis onus pignoris in emptorem transferat, non poſſe tamen in eum pigneratitiam quam ipſe habet transferre, ſicut nec è contrario creditor hypothecariam, *l.* 66. *ſi cum venditor*, *D. de euictien.* ideòque neceſſarium eſſe emptori, ſi poſſeſſionem rei amiſerit, agere ipsâ rei vindicatione, quod ex hac noſtra leg. præcipuè obſeruandum à nemine quod ſciam animaduerſum. Tertiò fructus à creditore perceptos ad extenuandum debitum computari in vſuras primùm deinde in ſortem, *l.* 1. & 2. *S. de pignerat. actione. l.* 2. *de partu pign.* & *l.* 1. *de diſtract. pignor.* I. Denique pignus non liberari niſi omnis pecunia exoluta ſit, vel aliter creditori ſatisfactum, *l.* 9. *ſi rem*, §. *omnis*, *D. de pignerat. actione*, vel ſi accipere renuat oblatâ ſolemniter pecuniâ, id eſt conſignatâ & depoſitâ, *l.* 20. *creditor*, I. *h. t.* idque non ſolùm pro quantitate ſortis & vſurarum ſed etiam impendiorum, *l.* 6. *in ſumma*, *S. h. t.*

Cuiac. illa verba, *ſi fuerit ſatisfactum*, intelligit de impenſis, verius videtur vt intelligamus, ſi deductio & oblatio exæquet quod debetur,

si iudex inueniat satisfactum eâ ratione creditori, vt dicitur, *in l. 5. dicitur residuum*, I. *de distract. pign.*

Nota quod Cuia. obseruat vt illa consuetudo : *biens meubles n'ont point de suite & hypotheque*, intelligatur de nuda conuentione, neque habeat locum si pignus sit traditum.

Creditor non vtitur pignore nisi sit antichrisis & nisi in pignore seruitutis rusticæ, *l.* 12. *sed an viæ*, *D. de pignorib.*

Ad L. 10. *Debitores.*

IN libro qui inscribitur notæ solemnes in quo continentur breues annotationes in omnes iuris libros quæ Cuia. tribuuntur sic ad istam leg. annotatum est, necesse esse, vt antequam creditor pignora persequatur, præsenti debitori denunciet, vt soluat; nullam enim esse actionem iustam quæ ante denunciata non sit : absenti verò aut latitanti non esse necesse fieri denunciationem, quæ nota vix Cuiacii esse potest; nam ipse libro 5. obser c. 31. & fusiùs in cõmentario ad hunc tit. rectè eorũ opinionẽ refellit, *ex* §. *appellamus*, *Instit. de action.* qui denuntiationem huiusmodi saltem ex vrbanitate adhibendam putant. Adde quod lex non de vna aliqua, sed de pluribus loquatur quas necessariò etiam exigit. Aliorum quoque sententiam meritò reiicit qui cum Glossa existimant creditorem in hac leg. non persequi distractionem pignoris, vel etiam qui putant eam esse intelligendam de creditore contra debitorem agente, vt scilicet denunciare ei debeat priusquam in eum personali actione ex contractu, vel etiam hypothecaria agere possit; nam omnis talis denunciatio in quocumque generaliter sublata est, *d.* § *appellamus*. Et longè ab ea & ab his etiam de quibus in hac leg. agitur denunciatio illa differt quam creditor debitori facere debet, *l.* 4. *creditor*, I. *de distract. pign.* nam ibi creditor cum hypothecã vel pignus proscribit notũ debitori facere debet, vt adhuc pignus luat ne distrahatur, vt est apud Paulũ lib. 2. sentent. tit. 5. Quare denunciatio huiusmodi quæ vnica tantùm est tum demum adhibetur, cùm nulla est controuersia circa pignoris distractionem. At denunciationes de quibus in nostra leg. tum locum habent, quoties possessor exterus distractionem pignoris vult impedire; placet enim species à Cuia. huic leg. aptata, nempe vt creditor non possit pignora vel hypothecas aduersus exterum possessorem qui bonâ fide tenet persequi, nisi prius debitorem præsentem sæpius de solutione interpellauerit, vt *in l.* 18. *debitoribus*, *S. de administr. Tut.* siue ab ipso debitore siue ab alio possessor teneat, vt rectè Glossa *in prin. ad auth. hoc si debitor*, I. *h.t.* Quod tantam æquitatem habet, vt Iustinianus tandem definiuerit contra exterum possessorem hypothecariâ creditorem agere non posse, nisi etiam personali actione cum reo eiusque fideiussoribus priùs egerit *in d. authent.* quæ desumpta est *ex no.* 4. *de fideiuss.* §. *sed neque ad res*, *collat.* 1. Sed distinguendæ sunt diligenter tres species diuersæ, quas &

ipſe Cuiacius confundit ; nam aut negotium vertitur inter debitorem & creditorem tantùm, & tunc ſi conuentum fuerit ne creditor poſſit pignus diſtrahere, creditor tamen non ſoluente debitore poſt trinam denunciationem poteſt nihilominus diſtrahere, vt ſcribit Vlp. *l.* 4. *D. de pign. action.* quod etiam Paulus non de ſimplici quidem pignore, ſed de ea pignoris ſpecie quæ fiducia olim dicebatur, *lib. ſent.* 2. *tit.* 3. §. *ſi inter*, & hæc eſt prima ſpecies. Si autem ſimpliciter pignus datum ſit, hoc eſt abſque conuentione diſtrahendi vel non diſtrahendi, hoc tamen iure vtimur, vt liceat diſtrahere, inquit idem Vlpian. *in d. l* 4. quæ eſt ſecunda ſpecies in qua vna denunciatio ſufficit, cùm ſcilicet creditor pignus proſcribit, *l.* 4. I. *de diſtract. pign.* vt admonitus debitor poſſit adhuc pignus luere vel ipſe præſens diſtractioni intereſſe ne quid fraudulenter fiat, ad quam ſpeciem malim etiam referre *d. l.* 18. *S. de adminiſtr. tutorum.* Aut verò res agitur non ſolùm inter debitorem & creditorem, ſed etiam inter exterum poſſeſſorem à quo creditor pignus vindicat hypothecariâ actione, qui eſt proprius caſus noſtræ legis, & tertia ſpecies multùm à ſuperioribus diuerſa, in qua nihil neceſſe eſt dicere creditorem pignus vindicare vt illud diſtrahat, neque interpretrari verbum, *perſequi*, quod eſt in contexu pro exequi ius pignoris vſque ad diſtractionem, vt facit Cuia. nam idem eſt etiamſi creditor de diſtractione nihil cogitet, ſed velit tantùm pignoris poſſeſſionem ab extero detentore auocare, quæ eſt etiam hypothecariæ ſimplex intentio, *l.* 66. *ſi cum venditor, D. de euiction.* nec in ea quæritur, an creditor velit diſtrahere. Non eſt tamen omittendum in ſecunda ſpecie quando ſcilicet ſuper pignoris diſtractione nihil conuentum eſt contrarium eſſe Vlpiano Paulum *lib.* 2. *ſent. tit* 5. *de pignorib.* §. 1. requirit enim ibi Paulus trinam deuunciationem etiam cùm pignus ſimpliciter datum eſt, nec ſcio quid poſſit reſponderi, niſi fortè quod ea in re fuerit variatũ, quod hæc verba Vlpiani fortè innuunt, *in d. l.* 4. *hoc tamen iure vtimur*, aut etiam quod olim in eo fuerit differentia inter ſimplex pignus & fiduciam, vt in illo triplex denunciatio generaliter deſideraretur, in hac verò non niſi conuentum eſſet ne diſtraheretur, vt *in d.* §. *ſcienter*, apud eundem Paulum, & eundem diſtinctionem ſecutum fortè Vlpianum *in d. l.* 4. ſed eius verba à Triboniano fuiſſe immutata, quia ſuo tempore fiducia in pignoribus ſublata fuiſſet. Vt vt ſit, non tamen verum videtur quod Cuia. docet locis S. citatis & *in l.* 3. *Ariſto, D. quæ res pignori obligari non poſſint*, ſimpliciter dato pignore nullâ factâ mentione diſtrahendi vel non diſtrahendi id agi videri ne diſtrahere liceat ; nam repugnat apertiſſimè Vlpia. *in d. l.* 4. Et dict. lex 3. quæ eſt Pauli nihil pro Cuiac. facit ; eâ enim id agi quidem intelligitur, ſed ſpeciali ratione, cùm prior creditor de diſtrahendo pignore nominatim conueniſſet, & poſterior qui eum ſuâ pecuniâ dimiſit de pignore quidem conueniſſet, ſed non de eius diſtractione ; in ea enim leg. id nominatim agebatur,

tur, ne ſecundus creditor qui anteriorem ſuâ pecuniâ dimiſit poſſet pignus diſtrahere, quod ibi ſatis cautum videtur, ſi nihil de diſtractione dictum ſit, quia cùm prior creditor diſtrahendi facultatem ſibi nominatim reſeruaſſet, poſterior qui de pignore ſimpliciter conueniebat diſtrahendi facultati renunciaſſe intelligitur, qui eam ſciens volens omiſit

Ad L. 11. *Nominatori.*

HVius leg. ex ſententia Gloſſæ & Cujacij hic ſenſus eſt, vt ſi magiſtratus municipalis qui hic dicitur nominator aliquem nominauerit ad munus publicum, & nominatus illud ſuſcipere detrectet, non poſſit tamen magiſtratus eum coercere captis pignoribus ſine auctoritate Præſidis; nam id ad Præſidem pertinet, *l. 9. ſi quis magiſtratus, D. de muner. & honorib.* qui tamen ſuo iuſſu & præcepto poteſt magiſtratibus municipalibus iniungere, vt inobedientes pignorum capione coërceant, *l. 4. §. 1. D. de damno. infecto, l. 29. quemadmodum, §. magiſtratus, in prin. D. ad l. Aquil.* Sed ex lege quibuſdam magiſtratibus municipalibus pignoris capio permiſſa eſt, vt conſtat etiam, *ex d. §. magiſtratus.* Ex quibus intelligitur magiſtratus municipales talem coërcitionem non habere iure ſuo, *l. 1. D. ſi quis ius dicenti non obtemper.* vbi pœnale iudicium non ſolùm mulctæ dictionem ſignificat, vt Gloſſa explicat, ſed etiam ſtrictiora quæque remedia inter quæ eſt pignoris capio, *l. 3. S. de ſuſpect. tut. collatâ cum §. vlt. Inſtit. de ſatisd. tutor.* quæ mulctæ ſpecies quædam eſt, cùm in hoc pignora capiantur vt diſtrahantur, ſicut in omni pignore iuris eſt, & pecunia quæ inde redigitur mulctæ loco ſit. Mulctæ autem dictionem non habent magiſtratus municipales, ſed ij ſoli quibus iudicatio data eſt, quibus publicè iudicium eſt, id eſt, qui tribunali & iuriſdictioni præſunt, id eſt magiſtratus populi R. & Præſides Prouinciarum, *l. 131. aliud eſt fraus, l. 244. ſi qua pœna, de verb. ſignif. & l. 2. de iudic. in f. D.* Iſta enim ſeueriora & pœnalia remedia imperij magis ſunt quàm iuriſdictionis, atque ideo ad magiſtratus municipales non pertinent, *l. 26. ea quæ, D. ad municipal.* Et obſeruandum in hac leg. agi, non de pignore conuentionali, vt in ſuperioribus, ſed de pignore capto in inuitum iudicis auctoritate, ad coërcitionem non obtemperantis.

Ad L. 12. *ſi vxor.*

QVamquam in ſpecie huius leg. mulierem res proprias ſuas pignori obligaſſe ponant interpretes, tentari tamen poteſt mulierem res proprias viri obligaſſe; nam verba illa, *res proprias*, in contextu tam de his quàm de illis videntur poſſe accipi. Ita verò poſitâ ſpecie valde ſingularis erit huius leg. definitio, & ratio dubitandi non leuis & mani-

festa; nam certum est pignus rei alienæ regulariter non tenere, *l. 6. quæ prædium & toto tit.* I. *si aliena res pignori data sit*, & tamen si mulierem res viri obligasse pignori ponamus, vt dictum est, definietur in hac leg. pignus co nualescere, si vir ei heres fiat, eique competere actionem pigneratitiam soluto debito, perinde atque si ipse res suas pignori dedisset, neque ei esse necesse ad rei vindicationem venire ad eas recuperandas: mitiùs autem longè est agere pigneratitiâ quàm rei vindicatione, quia difficilis est dominij probatio, & longè facilior probatio dati pignoris in hypothecaria, *l* 15 I. *h. t.* quæ nudam tantùm possessionem auocat sine vlla dominii quæstione, *l. 66. si cum venditor, iuncta glossa*, in verbo, *auocat*, *D. de euiction.* ideoque, *in l. 9. si dominium, S. h. tit.* is qui rem pignori obligatam emit à debitore, quærit, vtrùm debito soluto pigneratitiam habeat quam eius auctor fuisset habiturus quæ tamen ei aperté denegatur, dum ad rei vindicationē remittitur. Confirmari verò videtur supradicta definitio consimili definitione æquè singulari; nam si debitor rem alienam pignori dederit cuius postea dominus fiat, pignus quod ab initio non valuit conualescit, & debitori pigneratitia datur, *l.* 5. *cum res*, I. *si aliena res pignori data sit*. Non tamen placet species prædicta & definitio inde ducta; nam ratio dubitandi in nostra leg. non est, vtrùm valeat pignus rerum heredis, sed vtrùm valeat sine instrumento. Adde quod hîc datur pigneratitia solemni iure, hoc est ordinario: at si res mariti fuissent datæ pignori, non competeret ordinaria actio super pignore, sed vtilis exemplo pigneratitiæ, atque ideo non solemni iure, sed æquitatis ratione, *d. l.* 5 *cum res*, I. *si aliena res pignori data sit*. Quinimo nec vtilis eo casu posset competere; nam quamuis hoc æquum sit in debitore qui ipse dominus factus est rei quam pignori ante dederat, cùm esset aliena, quia tandem pignus in eius bonis & dominio reperitur, non tamen æquum est in debitoris herede, quia licet heres sit rei pigneratæ à defuncto dominus, certum tamen est ipsum debitorem nunquam fuisse dominum, nec posse intelligi, atque ideo pignus nullo tempore constitisse. Quare verius est, in nostra leg. ponamus vxorem res suas proprias pignori obligasse, & dubitari, vtrùm maritus heres pigneratitiâ actione repetere eas possit. Dubitandi verò ratio varia ab interpretibus proponitur. Alii quòd in instrumento debiti non sit cautum vt pignora restituantur heredi; quæ ratio est ita intelligenda, non quòd heres non succedat in ius omne defuncti, sed quòd defunctus videri possit, eo ipso quòd heredi suo nominatim non cauit, tacitè conuenisse vt pignus cederet in solutum creditori, nisi ipse debitor lueret, *arg. l. 16. si fundus, in f. D. h. tit.* varias enim captiones circa pignora creditorum asperitas introduxit, *l. vlt. de pact. pignor. I.* Sed ea ratio dubitandi non potest conuenire contextus verbis his, *licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit*; nam factum illud non est aliò referen-

dum quàm ad mutuæ pecuniæ & pignoris dationem cuius ante meminit. Alii verò dubitationem constituunt, quòd non confecto instrumento de pignore creditor plenum ius habere non videatur; sed neque hæc ratio dubitandi placet, quia apparet ex contextu creditori plenè prospectum esse, quia pignus sibi traditum penes se habet, quo casu etiamsi iuris ratione pignus non consisteret, tamen creditor exceptione tutus esset, quâ repelleret heredem vindicantem nisi debitum solueret, *l. 1. si aliena res pignori data sit*, I. Vera ergo dubitatio est, non de iure creditoris, sed de iure debitoris, vtrùm scilicet pigneratitiâ vti possit, an potius solâ rei vindicatione. Et ratio dubitandi, quia nullum interceſſit instrumentum, quæ dubitatio in pactis facta est, *l. 17. pactum, S. de pactis*, item in obligationibus quæ consensu contrahunrur, *l. 12. cum res, de probationib. & l. 2. cum instrumentis, de fide instrument. S.* item generaliter in omnibus negotiis, *l. 4. si res, D. de fide instrument.* & denique specialiter in ipsa hypotheca quæ nudâ conuentione fit, *l. 4. in re, d. tit. & l. 4. contrahuntur, D. h. t.* Nihil ergo mirum, si in pignore quoque quod re contrahitur eadem dubitatio interuenerit, quæ specialiter definitur in hac nostra leg.

Ad L. 13. cum dominam.

IN hac leg. creditor cui debitrix pignora iure dominii possidere permiserat & in solutum dederat dominium à Principe sibi impetrandum aut certè confirmandum existimabat, motus his rationibus, quod cùm pignus venditur, creditor illud sibi addicere non possit, *l. 10. & qui sub imagine*, I. *de distract. pig.* neque eius dominium aliter obtinere quàm si à Principe impetrauerit, *toto tit.* I. *de iure dominii impetrando.* Et hoc, quia captio & asperitas facilè contra creditorem præsumitur, *l. vlt.* I. *de pact. pign.* Definitur tamen in casu proposito ad supradicti contractus firmitatem sufficere voluntatem debitricis quæ pignorum domina erat & maior 25. annis; nam si minor fuisset facilè aduersus dationem in solutum restitueretur, vt I. *toto tit. si aduersus vendition. pignor.* cùm illa vicem venditionis obtineat, *l. 4. si prædium*, I. *de euict.* qua de causa contractus hîc appellatur. Neque obstant in contrarium adducta, quia illa locum habent in distractione quæ fit iure creditoris & ex necessitate, vt loquitur *l. 9. quæsitum, D. h. t.* hæc verò de ea quæ fit à volente debitore qui, vt potest pignus in quemlibet alienare, *l. 14. & 15.* I. *h. t.* sic & vendere vel in solutum dare creditori, *l. 1. si antiquior creditor*, I. Non etiam obstat *l. 1. de pactis pign.* I. Nam ibi venditio non est, nec certum pretium, sed pactum quod sapit legem commissoriam in pignoribus improbatam. At in nostra leg. quasi venditio est quam liberum fuit debitori cum quolibet tunc contrahere. Quinimo & ab initio contractus potuit creditorpacisci, vt debito intra certum tempus non so-

luto pignus iure emptionis possideret iusto pretio æstimandum, *l.* 16. *si fundus*, §. *vlt. D. h. t.* Potest & alia ratio dubitandi afferri, nempe quasi datio illa in solutum haberet tacitam redhibitionis conuentionem, quæ est etiam ratio dubitandi, in *l.* 10. *successores*, I. *de solutionib.* quia cùm creditor pignus emit, non tam acquirendi dominii buàm seruandi debiti causâ emisse videatur, *l.* 6. *cum posterior*, *D. de distract. pignorum.* Sed ea ratio locum tantùm habet in casu *d. l.* 6. quæ de posteriori creditore pignus à priori emente loquitur, non autem in libera venditione à debitore facta, imò nec in distractione quam facit iure suo creditor, si non posterior alius sed extraneus aliquis emerit, *l.* 2. *si antiquior creditor pignus vendiderit*, I.

Ad L. 14. *Distractis, & L.* 24. *Persecutione.*

CReditoris est electio, vtrùm prius hypothecariâ agere velit, non discusso debitore per actionem personalem, siue pignora ab extraneo possessore vindicet, siue à debitore ipso, *l.* 14. *distractis*, *& l.* 24. *h. t. & l.* 1. *de precar.* I. Nam & contra debitorem pignus tenentem hypothecariâ actione rectè agit, *l.* 9. *nec creditores*, §. 1. *S. de pignerat. actio. & l.* 21. *si inter*, §. 1. *&* §. *si res*, *D. h. t.* neque vlla fuit distinctio hac in re, nisi quod si ageret contra exterum possessorem, priùs fuerat necesse, non quidem excutere debitorem, sed eum denunciationibus de solutione conuenire, id est interpellare, *l.* 10. *debitores*, *S. h. t.* Sed & si actione personali expertus primùm fuerit, regressum tamen habet ad hypothecariam, *in d. l.* 10. & ab hac ad illam, *l.* 10. *adversus, de obligat. & action. S. & l.* 56. *qui mutuam*, *D. mandati.* Quinimo & vtramque actionem simul intendere potest, *l. vlt. de obligat. & action. S.* quod etiam obtinet post Iustinian. *no.* 4. *de fideiuss.* Si vtrâque contra debitorem qui pignus tenet agat. Ratio autem dubitandi in his omnibus casibus desumpta videtur argumento fideiussorum qui vetustiori iure non potuerunt conueniri, nisi excusso priùs debitore, vt refert Iustin. *d. Nou.* 4. cuius paragraphus 1. ius illud in fideiussoribus reduxit, quo etiam iure fiscus semper vsus est, vt deinde dicetur, & Resp. in conueniendo fideiussore magistratus, *l.* 3. §. *vlt. D. de administr. rerum ad ciuit. pertin. & l.* 17. *libertus*, §. *filium*, *D. ad municipal.* Nam pignus sicut & fideiussor est accessio, & adhibetur propter alterius contractus fidem & restituendæ rei vinculum, *l.* 9 *legato*, *D. de suppell. legata*, *&* §. *vlt. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* & sub communi genere ac nomine cautionis tam pignus quàm fideiussor continetur, *l.* 25. *plus cautionis D. de regul. iur.* & pro fideiussore siue sponsore est, vt in vulgato illo Martialis epigrammate.

Cùm rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis,
Idem si pro me spondet agellus, habes.

Sed & circa fideiussores idem quoque obtinuerat, vt daretur credi-

tori electio actionis, *l.* 3. & 5. *de fideiussor.* I. & cumulatio, *l.* 3. §. *vlt. D. de duob. reis stipul. l.* 13. *grege*, §. *etiam*, *D. h. t.* & variatio ac regressus, *l.* 23. 25. & *vlt. de fideiuss.* I. & *l.* 56. *qui mutuam*, *D. mandati.* Sed Iustinianus, *d. no.* 4. sicut debitorem voluit excuti ante fideiussores, *d.* §. 1. ita etiam non solùm debitorem sed etiam fideiussores eius, antequam exterus possessor hypothecariâ possit conueniri, *ead. no.* 4. §. *sed neque ad res*, cuius §. 1. summa refertur *in authent. hoc si debitor*, *h. t.* I. quod ius nequaquam immutatum est, *no.* 112. *de litigiosis*, §. *ab hoc autem*, *coll.* 8. nam vt docet gloss. 1. *in f. ad d. auth. hoc si debitor*, ex sententia Ioannis quam etiam sequitur Cuia. *ad d. no.* 4. & hîc, & interpretes passim *in eâ no.* 112. creditor priùs egit actione personali contra debitorem. Sed eâ omissâ conuenit possessorem hypothecariâ actione, quia debitor lite pendente rem alienasset, neque soluisset ex pretio, vt debuit, *ex d. no.* 112. Quod autem diximus de fisco, eum nempe vetustiori iure semper vsum circa conueniendos fideiussores, discusso priùs principali, locum quoque habuit & ante *d. no.* 4. in mouenda hypothecaria actione contra possessorem exterum, dummodo tamen possessor de indemnitate cauerit, *l.* 15. *si non verum*, *S. de donatio. inter vir. & vxor. l.* 1. *de conueniend. fisci debit. lib.* 10. I. *l.* 5. *cum eorum*, *S. de sentent. & interlocut.* quæ cautio significatur, *in l.* 47. *Moschis*, *D. de iure fisci*, his verbis, *& dicebant heredes idoneos esse*, quod in fisco singulare est qui talem etiam cautionem respuit quasi moratoriam in causa tributorum, & pignus statim exequitur, *l.* 5. *cum possessor*, §. *vlt. D. de censib.* Neque verò Cuia. ad hanc nostram *l.* 14. absolutè negat differentiam illam inter fiscum & priuatos, quam & ipse agnoscit *ad d. Nou.* 4. & *d. l.* 1. *de conuen. fisci debitorib.* sed negat esse perpetuam, quia etiam fiscus habeat electionem in causa tributorum generaliter & in aliis, si possessor recuset indemnitatem promittere. Cæterum assentior Cuiacio qui contra Glossam putat non esse distinguendum inter tacitam & expressam, quod ego puto *ex l.* 5. *cum possessor*, §. *vlt. D. de censibus*, vbi fiscus qui habet tantùm tacitam hypothecam pro censu & tributo, *l.* 1. *in quib. caus. pign. vel hypoth. tacitè contrah.* I. distrahit pignus non excusso debitore: sed dici potest hoc esse in tributo singulare, vt supra nec Cuiac. probat; nam quamuis verum sit remp. non habere nisi expressam hypothecam, *l.* 2. *de iure reip.* I. & *l.* 10. *simile*, *D. ad municip.* Tamen *lex* 1. *de Decurion.* I. *lib.* 10. est in casu singulari de quo supra, nempe in fideiussore magistratus, vt etiam *lex* 17. *libertus*, §. *filium*, *D. ad municipalem*, nec non & *lex* 3. *curatores*, §. *vlt. D. de administratione rerum ad ciuitatem pertinent.* nam ibi pignus non intelligitur obligatum nisi eodem casu quo fideiussor, id est, post discussionem.

Ad L. 15. Debitorem.

REgula istius legis est, nullâ alienatione siue inter viuos siue in vltima voluntate citra consensum creditoris à debitore factâ, ius pignoris vel hypothecæ deterius fieri, quæ apertè quoque probatur, *aliis ll. in prima glossa citatis, & in l.* 14. *S.* nec non, *l.* 1. *debitor. vendit. pign.* & locum etiam habet in manumissione, *toto tit. S. de seruo pignori dato manum.* in qua tamen fauore libertatis temperamentum adhibetur, si seruus specialiter sit obligatus, non si generaliter vel tacitè, *l.* 1. 2. *&* 3. *d. t. & leg.* 29. *generaliter, D. qui & à quib. manumissi, & l.* 1. *S. de necessar. seruis hered. instit. vel substit.* Addit & aliud temperamentum Cuiacius in parat. *S. de seruo pignori dato manu.* de quo dubito, sed non licuit expendere, nec potui inuenire locum regularum Vlpiani ab eo citatum: quæsiui tamen & post Licinium Ruffum. Creditori ergo pignus sibi obligatum probanti eius persecutio nihilominus dabitur, vt est, in *f. nostræ leg.* vbi rectè Glossa addit id obtinere etiamsi pignus traditum non sit, cùm tamen rei vindicatio ei competere non possit cui res tradita non fuerit, *leg.* 27. *seruum, S. de rei vindic.* & ratio differentiæ, quia dominium sine quo rei vindicatio non competit. *l.* 23. *in rem D. de rei vindic.* absque traditione non acquiritur, *l.* 20. *traditionibus, S. de pactis.* Ius verò pignoris quòd hypothecariam in rem actionem parit, *l.* 77. *pignoris, D. h. t.* solâ conuentione constituitur, *l.* 17. *si tibi,* §. *de pignore, D. de pactis.* Cæterum quod glossa 1. ait, fieri præiudicium creditoris in ordine conuentionis distractis à debitore pignoribus, hodie quidem verum est iure nouo, *d. auth. hoc si debitor,* I. *h. t.*

Ad L. 16. Et si frater.

DEfinitio istius leg. est, eum qui alterius pecuniam proprio nomine mutuam dedit, ac pignus accepit, pignoris tamen obligationem ei quærere non potuisse, quantumuis necessitudine coniunctus sit, putà fratri, vt *in hac l.* 16. vel etiam quod plus est, vxori, *l.* 19. *si maritus,* I. *de distractio. pignor.* Ratio dubitandi, quia coniunctis personis liberior facultas in rebus coniunctorum intercedendi permittitur, *l.* 21. *maritum, S. de procurat. & l.* 35. *sed hæ, & l.* 40. *Pomponius,* §. *vlt D. eod. tit.* Item, quia possit existimari pignus in locum pecuniæ meæ successisse, *arg. l.* 22. *si & rem, D. de rei vindicat. l.* 3. *idemque, D. qui potiores, & l.* 7. *licet,* I. *qui potior. in pign.* Ratio verò decidendi duplex. Prima, quia pignus est accessio & sequela principalis obligationis, *l.* 9. *legato, D. de supellect. legata*; At obligatio principalis crediti, non domino pecuniæ acquiritur, sed post consumptionem, creditori qui proprio nomine dedit, *l.* 2. *iunctâ glos. S. si certum petetur.* Altera, quia per liberam personam pignoris obli-

gatio nobis non acquiritur, *l.* 11. *ſolutum*, §. *per liberam*, D. *de pignerat. actio.* Exceptionem huius noſtræ leg. conſtituit Gloſſa in pupillo, vt nempe ei pignoris obligatio quæratur, ſi tutor eius pecuniam quamuis proprio nomine crediderit, *d. l.* 7. *idemque*, D. *qui potior.* Sed ibi pignoris obligatio non per tutorem ſed iuris beneficio tacitè pupillo acquiritur. Neque enim ea in leg. pignoris vlla conuentio expreſſa vel tacita, ſed emptio quæ quoniam inutilis pupillo, tacitum pignus ex conſtitutione Seueri & Antonini inducitur quo ei ſua pecunia ſalua ſit, *l. pen. S. de ſeruo pign. dat. manum. & l.* 3. *de reb. eorum*, D. quamuis enim fauor pupilli vel adoleſcentis faciat, vt perſonalis obligatio ipſis acquiratur, licet tutor vel curator proprio nomine emerit, vel ſtipulatus ſit, *l.* 2. *quando ex facto tut.* D. quod exemplo pupilli & iuuenis in milite quoque admiſſum eſt, *l.* 26. *ſi pecuniam*, D. *de reb. credit.* non tamen facit, vt illis obligatio pignoris per liberam perſonam acquiratur, vt rectè Cuia. contra Gloſſ. hîc ſentit. Quod autem in contextu noſtro dicitur, *ſuo nomine*, à Triboniano adiectum eſſe puto ex noua Iuſtiniani emendatione, *in l.* 2. *S. per quas perſon. nobis acquiritur*, ſicut *in d. l.* 11. *ſolutum*, §. *pen.* D. *de pignerat. actio.* de verbo, *non ſemper*, vt Cuia. obſeruabit in poſtumis operib. *ad tit. per quas perſon. nobis acquir. S.* quod ſimiliter dicendum exiſtimo de verbo, *plerumque*, *in ead. l.* Nam ante dictam leg. ſecundam generaliter verum fuit per quamcumque liberam perſonam pignoris obligationem alii acquiri nullo caſu potuiſſe, etiamſi pecunia nomine illius cuius erat fuiſſet credita. Sed tunc is qui crediderat actionem pigneratitiam ſibi quæſitam ei cedere tenebatur, vt eſt, *in d. l.* 2. Neque verò illa verba, *ſuo nomine*, poſſunt referri ad diſtinctionem quæ circa perſonalem actionem adhibetur, *in l.* 9. *certi*, §. *pen. D. de reb. credit.* vt faciunt Gloſſa & Cuiac. nam in hac noſtra leg. de ſola pignoris obligatione agitur non de perſonali. Et *in d. l.* 19. *ſi maritus*, I. *de diſtract. pign.* quæ huic noſtræ omnino ſimilis ſimpliciter dicitur alienam pecuniam mutuo datam & pignus acceptum, nec additur cuius nomine, quia nempe tunc nihil intereſſet. At Iuſtinianus, *in d. l.* 2. *per quas perſonas*, *S.* quam Gloſ. hîc quaſi finalem citat, vt & *in d. l.* 11. *ſolutum*, §. *pen.* D. *de pignerat. actio.* voluit, vt ſi quis alterius nomine pecuniam crediderit, per huiuſmodi numerationem, non ſolùm obligatio perſonalis, ſed etiam hypotheca vel pignus eorum quæ procuratori data vel obligata ſunt, & cuius nomine pecunia credita fuerit, ipſo iure & ſine aliqua ceſſione acquiratur, quod intelligendum eſt, non ſolùm ſi pecunia eius fuerit, ſed etiam ſi ipſius qui eam credidit, *l.* 9. *certi condictio*, §. *ſi nummis*, D. *de reb. cred.*

Ad L. 17. *Quamuis* 3.

FRater à Fratre pecuniam mutuatus prædium ex ea comparauit, quæſitum eſt, an prædium fratri creditori iure pignoris teneatur, quod

primâ facie videri potuit, argum. *l. 5. interdum, & l. seq. D. qui potiores*, vbi qui ad rem conseruandam vel reficiendam credidit, non modò hypothecam habet, sed etiam potior in ea est. Contrà tamen hoc rescripto definitur, prædium iure pignoris fratri creditori non teneri, nisi specialiter vel generaliter ei fuerit obligatum, vt in specie *l. 7. licet*, I. *qui potior. in pign. & l. 5. procuratoris*, *D. de tributoria*, ita vt nec ex personarum coniunctione talis inter fratres conuentio præsumatur. Ratio decidendi, quia ex mutuo & numeratione personalis tantùm obligatio & actio consurgit, quæ sola creditori competit, vt est, *in f. nostræ leg.* Neque obstant *d. l. 5. & 6.* quia in iis non solùm in rei refectionem vel conseruationem pecunia nominatim credita est, vt verba contextus ferunt, sed etiam intelligendum, fuisse conuentum vt res pignori obligaretur, quod licet in contextu non exprimatur facilè tamen ex subiecta materia colligitur, & apertè probatur ex verbis Iustiniani, *nou. 97. de æqual. dot. c. 4. qui est*, §. *his consequens*, *collat. 8.* vbi casum *d. l. 7.* cum casibus *dd. ll. 5. & 6.* coniungit & exæquat, & in omnibus hypothecam interpositam fuisse ponit. Non ergo existimandum, *in d. l. 5. & 6.* esse tacitam hypothecam, vt Glossa putat, quod etiam ex veteribus quidam negauerunt rectè, qui tamen expressam intercessisse non aduerterunt, vt in ead. Glossa videre est. Nam hoc singulare priuilegium eius est qui pecuniam ob restitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, vt nempe tacitum pignus in eo habeat, *l. 1. D. in quib. caus. pign. vel hypot. tacitè cont.* quia publicè interest ne ruinis vrbs deformetur, *l. vlt. D. ne quid in loco publico, & l. 2. de ædif priuat S.* Qui verò ad alias res conseruandas vel instaurandas crediderunt, si non conuenerint hypothecam non habent, sed tantùm priuilegium personale de quo intelligendæ leges à Glos. citatæ, *ad d.* §. *his consequens, ex tit. de priuil. cred.* qui est pars *tit. de reb. auctor. iud. poss in P. florent.* quæ quidem Glossa malè priuilegia hypothecæ de quibus solis agitur *in d.* §. permiscet & confundit cum priuil. gijs causæ. Exceptio igitur istius legis vna est in eo qui in restitutionem ædificij credidit: Altera verò est in pupillo cuius nummis res fuerit comparata, siue alieno nomine, vt *l. 3. D. de reb. eorum, & l. pen. C. de seruo pign. da. ma.* siue etiam suo, ita tamen vt res ei salua esse non possit, quia alteri erat iam obligata, *l. 7. idemque D. qui potiores*; nam ex constitutione Seueri & Antonini res iure pignoris tacitè obligata intelligitur, quinimo etiam pupillus in ea est prioribus hypothecis potior, *d. l. 7.* non minùs quàm ille qui in conseruationem vel refectionem rei credidit sub expresso pignore, *in l. 5. & 6. d. tit.* & eo modo intelligenda est comparatio quæ fit *in d. l. 7.* nam alioqui in ea tacitum est pignus, & *in l. 5 & 6.* manifestum, vt S. probatum est. Illud autem priuilegium solis pupillis præcisè datum, *d. l. 7. & d. l. 3. & d. l. pen.* quod tamen ad militem malè trahit Glossa *in d. l. 7.* dissentiente Cuja. hîc, & *ad d. l. 17. licet*, I. *qui potiores*, quia nullâ leg. id

cautum

cautum, & quia ex ipsis ll. quas pro se adducit Glos. fortissimum argumentum in contrarium deducitur. Nam hoc quidem militi priuilegium datur, vt si eius pecunia alieno nomine res fuerit comparata, detur militi vtilis rei vindicatio, si hoc potius malit quàm pecuniam repetere, *l. 8. si vt proponis, S. de rei vindic.* exemplo scilicet pupilli & minoris, *l. 26. si pecuniam, D. de reb. creditis,* quibus idem indultum, *l. 2. quando ex facto tutor. D. & C. & l. 3. S. arbit. tutelæ,* vt etiam vxori in casu *l. 55. vxor, D. de donat. inter vir. & vxor.* Sed non ideo sequitur tacitum quoque pignus dari militi vel minori vt pupillo, imò contrarium omnino inde deducitur; namque, vt Cuia. hîc docet, nunquam rei vindicatio quæ domino competit & hypothecaria quæ non domino cuiquam vtraque pro eadem re defertur nisi id nominatim lege certâ fuerit concessum, vt *l. 30. in reb. S. de iure dotium,* in muliere, & *d. l. 2. quando ex facto tut. D.* in pupillo, quia ratio iuris repugnat.

Ad L. 18. Pignoris.

EX hac leg. duo colliguntur. Primum est, actionem hypothecariam dici persecutionem: Alterum, eam esse in rem. Quod ad primum attinet, meritò quæri potest, cur hæc actio sæpissimè persecutio appelletur, vt *l. 8. & l. pen. h. t. l. 1. I. si antiquior creditor, l. 14. l. 17. & l. 29. §. pen. D. h. t. l. 27. D. de noxal. action. & passim D. & C.* An, quia quæcumque actio persecutio dici potest, vt vel ex ipsa definitione constat, *in prin de action. Instit. l. 3. §. bonorum, D. de bonor. possess. & l. 2. §. 1. D. vi bon. rapt.* vnde illa diuisio actionum in rei & pœnæ persecutorias, *§. sequens, Instit. de action.* Sic persecutio hereditatis, *l. 5. filium, §. non solum, D. de legat. præstand.* persecutio legati, *l. 16. in seruitutem, §. si quis, D. de bonis libert. & l. 14. ex verbis, D. de donation. inter vir. & vxor.* persecutio pecuniæ, *l. 16. si filii,* I. *de donatio. inter vir. & vxor* persecutio nominis, *l. 2. I. de donation.* Sed cum aliis actionibus persecutionis appellatio infrequentiùs tribuatur, huic autem sæpissimè & constanter, videtur subesse ratio aliqua specialis. An igitur hypothecaria actio persecutio dicitur eodem sensu quo *in l. 178. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signific. l. 28. actio, D. de obligatio, & actionib.* & aliis plerisque locis, persecutio distinguitur ab actione. Nam persecutio propriè est, vbi nulla actio suppetit, vbi nullum remedium iure proditum est, sed Prætoris religio officium & æquitas extra ordinem iuris imploratur, vt benignè subueniat, *l. 1. §. 3. quæsitum, D. de separation. l. 12. si quis, D. de religiosis, l. 1. §. pen. & l. vlt. D. de extraord. cognitio.* Actio ergo est ius persequẽdi in iudicio quod sibi debetur. Persecutio est imploratio æquitatis prætoriæ, *l. 3. si is a quo, D. vt in possess. legat.* quâ scilicet aduersarium interpellamus sine actione, *d. l. 12.* Et actio olim formulâ constabat, & à Prætore quidem impetrabatur, sed apud iudicem Pe-

daneum diſceptabatur, *l. 2. placet, S. de pedaneis iudic. & toto tit. S. de formul. & impetr. act. ſublat.* At perſecutio extraordinaria ſine formula, atque ideo ſine impetratione & ſine iudice Pedaneo ſolâ cognitione Prætoris ſemper conſtitit, vt videre eſt apud Vlpian. *tit. 25. de fideicommiſſ. §. fideicommiſſa.* An ergo quæ hodie hypothecaria actio eſt perſecutionis nomen retinet, quod olim non actio ſed extraordinaria perſecutio fuerit, quod quibuſdam argumentis tentari poteſt, etſi nihil affirmem. Primò, ex ipſa appellatione perſecutionis quâ hæc actio vt plurimum denominatur. Secundò, quia hæc actio contra legum ordinem & iuris regulas inducta eſt; nam contra iuris ciuilis, ex nudo ſcilicet pacto, quod iure etiam Prætorio valde eſt ſingulare, *l. 17. ſi tibi, § de pignore. D. de pactis.* Tertiò, quia in *l. 17. pignoris, D. h. t.* pignoris perſecutio dicatur parere in rem actionem, quibus verbis videtur innuere, pignoris perſecutionem olim extraordinariam tandem peperiſſe in rem actionem, quod in fideicommiſſis videri eſt, pro quibus hodie ſunt actiones ordinariæ; nam ſi perſecutionem ibi pro ipſa actione accipias, valde ineptus erit ſenſus, ac ſi diceret pignoris actionem parere in rem actionem. Quomodo autem extraordinaria pignoris perſecutio actionem in rem pepererit facile eſt intelligere ex iis quæ de fidei-commiſſo, (cuius olim quoque extraordinaria perſecutio fuit, *d. l. 178. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. ſignif.*) Iuſtinianus refert initio *tit. de fidicom. hered. Inſtit.* nam vtilitas pignorum ſimiliter irrepſit, *l. 14. qui autem, §. 1. D. de pecunia conſtituta*, & paulatim conuerſa eſt in actionem ordinariam, *l. 5. creditor*, I. *ſi aliena res pignori data ſit*, quæ hypothecaria formula eſt appellata, *conſtitutione Iuſtiniani ad Anteceſſores, §. 4. tertii.* An denique hypothecaria dicta eſt perſecutio, quia non perſonam obligat ſed rem ſequitur, *l. 2. S. ſi vnus ex plurib. heredib.* Sed hæc actio omnibus in rem actionibus communis eſt, non hypothecariæ peculiaris. Nunc ſupereſt vt dicamus, quomodo hypothecaria ſit in rem actio; nam de hoc quoque dubitari poteſt quandoquidem illa non minus ab in rem actionibus quàm à perſonalibus diſtinguatur, *l. 1. & l. vlt. §. ſed quia, S. comm. de legatis, & l. 30. in rebus, S. de iure dotium.* idque meritò; nam in rem actio competit ei qui aut iure gentium dominium acquiſiit, putà emptione aut ſimili contractu, aut iure ciuili, putà vſucapione aut ſimili modo, *l. 23. in rem, D. de rei vindicat. §. ſic itaque, Inſtit. de action. l. 1. de donation. quæ ſub modo* I. *l. 27. Quintus, §. 2. argento, de auro & argento legato. l. 14. & an eadem, §. vlt. de except. rei iudic. D.* At quæſtio pignoris ab intentione dominii ſeparatur, *l. 1. §. cum prædium, D. h. tit.* nec creditor dominium eius vindicare poteſt, ſed hypothecariâ agere, *l. 16. ſi fundus, §. 4. creditor, D. h. tit.* quia dominium manet debitoris, *l. 12. reſcriptum, D. de diſtract. pign.* Sed ſciendum eſt actionem in rem propriè dictam quæ ſpecialiter rei vindicatio appellatur iure quidem ciuili ita fuiſſe prodi-

tam & comparatam, vt non alii competat quàm ei qui rem suam esse intendit, id est, qui dominus est rei, §. 1. *de action. Instit.* & *d. l.* 23. *D. de rei vindicat.* Prætorem tamen eam ad alios quoque casus induxisse in quibus actor aut Dominus quidem non est, sed esse fingitur, aut neque dominus est, neque esse fingitur, sed ius aliquod in re habet quod ad dominium aliquatenus accedit, vt intelligi facilè potest, *ex* §. *sed istæ, & quibusdam sequentibus, Instit. de actionib.* Quinimo, Prætorem paulatim & gradatim eam actionem ita perduxisse, vt eam etiam creditoribus Pigneratitiis dederit, quamuis neque dominium, neque ius ei simile, sed ius tantùm pignoris in re habet, qui processus & productio actionis in rem in istum quoque casum euidenter apparet, tum ex serie & connexione §. *item seruiana, cum superiorib.* §§. *d. tit de action.* tùm ex verbis *l.* 14. *qui autem,* §. 1. *D. de pecunia constit.* quibus dicitur vtilitatem pignoris irrepsisse, tum denique ex ipsa appellatione; nam hypothecaria actio vindicatio quoque dicta est, non quidem rei vindicatio propriè, hoc est dominii & proprietatis, sed vindicatio pignoris, *l.* 16. *si fundus,* §. 3. *in vindicatione, l.* 28. *si legat, l.* 29. *Paulus,* D. *h. t. l.* 4. & *vlt.* I. *de remissio. pignor. l.* 2. I. *si vnus ex plurib. heredib. l.* 12. *creditor,* D. *qui potiores in pign. habeant. l.* 9. *de pignerat. actione,* §. Verum ergo est hypothecariam esse actionem in rem, & cæteris in rem actionibus connumerari, *d.* §. *in vindicatione, d. l.* 2. *l.* 9. *eos, qui potiores in pign. habeant. l.* 8. *si hypothecas, de remissione pignoris* I. Sed qualem qualem actionem in rem, vt loquitur *l.* 3. §. 2. D. *ad exhibend.* quæ verba summè notanda sunt. Innuunt enim inter actiones in rem alias aliis magis in rem dici posse, qualis scilicet est in primis quæ domino datur & deinceps aliæ, quò magis ad eam accedunt, inter quas vltimum locum tenent Seruiana, & quasi Seruiana, id est hypothecaria, *d. l.* 3. quæ scilicet ab intentione dominii prorsus separantur, *d. l.* 1. §. *cum prædium,* D. *h. t.* atque ideo ab actione in rem propriè dicta meritò distinguntur locis ante citatis. In eo autem similes sunt rei vindicationi, quòd nempe possessionem rei auocent à detentore quamuis nudam, *l.* 66. *si cum venditor,* D. *de euictionib.* nudam scilicet à fructibus qui agenti propriâ actione in rem debentur, §. 1. *de officio Iudic. Instit.* ac consequenter corpus ipsum rei euincant & auferant, *l.* 69. *si hominem,* D. *de solution.* non quidem iure dominii, sed iure nexus, id est pignoris, *l.* 4. I. *de remiss. pignoris,* sic enim obligatio pignoris appellatur, *l.* 7. *ibid. l. vlt. si aliena res,* & *l.* 1. *si pignus pignori,* quod similiter videre est in vindicatione seruitutis, in qua quis loci corpus quo iter debetur vindicat per consequentias seruitutis non iure dominii, *l.* 4. *loci,* D. *si seruit. vindic.* cui consequens est, vt hypotecharia actio rei vindicatio simpliciter interdum appelletur, *l.* 12. *Paulus,* §. 1. *quib. mod. pign.* iure scilicet pignoris, vt ipso contextu.

Ad L. 19. Sicut vim.

HAc lege duæ potissimùm regulæ continentur. Prima est, creditorem pigneratitium de casu fortuito non teneri. Altera, de dolo & culpa teneri, sed & de custodia. Prima regula probatur, *l. 25. seruo*, I. *h. t. l. 5. quæ fortuitis*, *S. de pignerat. actio l.* 13. *si cum venderet*, §. 1. *D. eod. tit. & l.* 23. *contractus*, *in f. D. de regulis iur. &* §. *vlt. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Secunda probatur, *d. l.* 13. §. 1. *d. l.* 23. *d.* §. *vlt. l.* 4. §. *si creditor*, *l.* 6. *creditor*, *S. de pignerat. actio. & l. 9. Prætor*, §. *à Pretore*, *D. de reb. auctorit. iud. possid.* Sed circa secundæ regulæ interpretationem alia est sententia Cuiacii, alia Glossæ & veterum; hi enim existimant creditorem dolum & latam culpam, atque etiam, leuem præstare, non tamen leuissimam, vt Glos. *hîc*, *& d. l. 9.* §. *est præterea*, *& l.* 18. §. *in rebus*, *D. commodati*, Bartholus, *ad d. l.* 13. §. 1. quod apertè probari putant, *ex d.* §. *vlt. quib. mod. re contrahitur obligatio.* vbi ad custodiendum pignus exacta diligentia creditori sufficit, quæ minus est quàm exactissima, §. *vlt. de societate*, *instit.* at Cuja. distinguendum esse putat, sicut in commodato distinguitur, *in l.* 5. *si vt certo*. §. *nunc videndum*, *& l.* 18. *in rebus*, *D. commodat.* quia hac in re pignus & commodatum comparantur, *in ead. l.* 18. *& in d. l.* 13. §. 1. nempe, vt si pignus creditoris tantùm gratiâ contrahatur, exactissimam diligentiam præstare teneatur quam nomine custodiæ significari putat, *hac nostrâ l. & d. l.* 13. §. 1. in quibus dolum accipit etiam pro lata culpa quæ ei affinis est, *l* 32. *quod Nerua*, *D. depositi*, *l.* 8. *quæsitum*, *vers. nec immerito D. de precario*, *l.* 233. *sedere*, *& l.* 226. *magnam*, *D. de verb. signif.* culpam autem pro leui tantùm & custodiam pro exactissima diligentia. Sed si pignus etiam debitoris gratiâ contractum quoque sit, vt eo casu creditor non nisi exactam diligentiam præstet, *d.* §. *vlt. instit. quib. mod. re contrah. obligat.* in quo §. putat. ille supplendum verbum, *plerumque*, cùm dicitur indefinitè pignus vtriusque gratiâ dari tam debitoris quàm creditoris. Et tandem concludit nullam hac in re differentiam esse inter pignus & commodatum. In eo ergo Glos. & Cuiacius conueniunt, quòd vterque custodiam, *in hac l. & d. l.* 13. §. 1. accipiat pro diligentia. Sed in hoc maximè differunt, quòd Glos. simpliciter diligentiam dicat, & exactam intelligat, id est, quam diligens paterf. solet adhibere, *l.* 14. *ea igitur*, *D. de pignerat. actio.* Cujacius verò exactissimam diligentiam intelligi velit, hoc est, non modò eam quam diligens paterf. adhibere solet, sed etiam quam alius diligentior adhibere posset, id est diligentissimus; ea enim est exactissima diligentia, §. *item is cui*, *vers. ac is*, *instit. quib. mod. re contrah. obligat. d. l.* 18. *in rebus*, *D. commodati*, *l.* 1. §. *is quoque*, *de obligat. & action. D. &* §. *vlt. de societate*, *instit.* Verius tamen est, creditori exactam tantùm diligen-

tiam in pignore præstare, vt Glossa sentit. nam id apertissimè probatur, *d. §. vlt. instit. quib. mod. re contrah. obligat.* & *d. l.* 14. *etiam*, D. *de pignerat actio.* Neque obstant quæ in contrarium à Cujac. afferuntur; nam comparatio cõmodati & pignoris, quâ solâ ille nititur est circa dolum & culpam tantùm, non circa custodiam, in qua separantur, vt liquidò apparet ex *d. l.* 13. *si cum venderet*, §. 1. D. *de pignerat* & *ex d. l.* 18. *in rebus*, *in f. principij.* D. *commodati*, vbi præterea illa comparatio fit eo tantùm casu quo vtriusque vtilitas in commodato versatur, sicut in pignore. Et quamquam *in l.* 23. *contractus*, D. *de regul. iur.* diligentia in commodato, pignore, aliisque quibusdam contractibus, desiderari generaliter dicatur, hoc tamen intelligendum, non ex æquo, sed pro modo cuiuscumque contractus, vt rectè ibi Glossa, & *in d. l.* 13. §. 1. diligentiæ enim varius modus esse potest, *l.* 32. *quod Nerua*, D. *depositi*, & *d. §. vlt. de societate.* Adde quod, distinctio quam ad commodati similitudinem Cujacius adhibere vult in deposito apertè refellitur, *d §. vlt. quib. mod. re contrah. oblig.* vbi pignus indistinctè vtriusque gratiâ contrahitur, quibus verbis vim infert, dum contra contextus fidem vult subintelligere *plerumque.* Refellitur item aperttissimè *in d. l.* 18. *in rebus*, D. *commodati*, in cuius principio cùm Iurisconsultus distinctionem adhibeat in commodato, vtrùm accipientis tantùm gratiâ fiat, an etiam dantis simul, pignus tamen commodato in vltimo tantùm casu comparat, quia nempe non nisi vtriusque gratiâ fiat, comparaturus procul dubio & cum primo, si pignus accipientis tantùm gratiâ fieri posset, quod neque vllo iuris loco fieri posse dicitur, neque pignoris naturâ admitti potest, neque vllo exemplo explicari & demonstrari; illud enim quod à Cujacio hîc affertur in creditore qui pignus accepit crediturus etiam sine pignore, nihil ad rem facit, quia & illo casu manifestum est creditorem proniorem fieri propter pignoris dationem, atque ita semper debitoris quoque vtilitatem in pignore versari. Non omittendum custodiæ verbo in contextu nostro significari curam rei diligentem, *l.* 32. *quod Nerua*, D. *depositi*, & *d. l.* 5. *si vt certo*, §. *nunc videndum*, *vers. custodiam*, D. *commodati*, §. De custodiæ verbo vide Cuia. hîc.

Ad L. 20. *Creditor.*

PRima regula istius leg. est, creditorem ad petitionem debiti vrgeri minimè posse, quæ reperitur, *l.* 24. *persecutione*, I. *h. t.* & generalis est ad omnem obligationem, sicut & nomen creditoris, *toto tit. §. vt nemo inuitus agere vel accusare cogatur.* Actio enim est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, ius, id est, facultas & potestas, non ergo necessitas, *arg. l.* 8. *sæpe*, *D. de officio Præs.* & *l.* 40. *non quidquid D. de iudiciis*; nam hoc ius actoris causâ datur, qui consequenter cogi

non potest, *arg. l. 6. quamuis*, D. *de pignerat. actio.* Quod & aliâ ratione probatur; nam in controuersiis rerum corporalium non est prodita actio ei qui possidet, §. *æque, vers. quod genus, Instit. de actionib.* nulla ergo debitori datur actio quâ creditorem inuitum vrgere possit ad agendum, *d. l.* 20. *&* *d. l.* 24. *h. t.* vrgere, id est cogere & compellere, *d. rubricâ, vt nemo inuitus, & l. vlt. S. de vsuris pupillarib.* Et hoc est quod dicit Iustin. *in f. nou.* 112. *de litigiosis, collatione* 8. legis priuilegium quæ nolentibus non imponit necessitatem proprias actiones mouere, Iulianus Anteceſſor regulam appellat *ead. nou.* quæ tunc locum habet, cùm res integra est; nam si quis aduersarium vel in ius tantùm vocauerit, etsi litem nondum fuerit contestatus, eam tamen prosequi debet, vt fusius exponitur, *in* §. *vlt. d. Nou. & Authent. qui semel, S. quomodo & quando.* Regulæ tamen exceptio est, *in l.* 5. *diffamari, S. de ingenuis manumiss.* vt nempe is qui ne in ius quidem aduersarium vocauit, sed de eius statu obloquitur, putà vulgò iactans eum seruum vel libertinum esse, actionem suam instante aduersario mouere compellatur; ex qua lege composita est actio in vsum fori quæ vulgò dicitur super lege diffamari, vel secundum formam legis diffamari, vt Cuia. etiam refert in fine recitationis *ad illum tit.* in postumis. Esse verò casum specialem *in d. l.* 5. scribit ibi Glossa, cuius ratio videtur huiusmodi, quòd nempe causæ status ad rempublicam aliquatenus pertineant, *l.* 1. *de collusione detegenda, D. & l. vlt. C. eod. tit.* ideoque ius hoc singulare in iis admittatur, quod ad alias causas non videtur producendum, *l.* 14. *quod, vero, D. de legib.* quamquam vulgò in causis quoque priuatis & pecuniariis vsurpatur, putà, si quis aliquem in ære suo esse, id est, debitorem suum, in eius iniuriam iactitet, aut sese habere in eum paratas actiones, qua de re videnda *glossa pen. in f. ad d. l.* 5. *&* *glos. ad tit. vt nemo inuitus in f.* Exceptio alia regulæ esse creditur, *in d. l. vlt. S. de vsur. pupill.* Sed verius est aduersarium ibi non cogi ad agendum, sed tantummodo prouocari & interpellari, factis scilicet denunciationibus, nec non etiam contestatione apud acta iudicis, non tamen, vt iudex de causa cognoscat & pronunciet, vt *in d. l.* 5. Reliquæ exceptiones quas Glos. congerit *ad d. l. vn. S. vt nemo inuitus agere vel accusare cogatur*, non sunt veræ exceptiones, vt & Glossa agnoscit; nam in iis non cogitur præcisè aliquis agere, sed nisi egerit, cùm id ratione sui officii deberet, negligentiæ & culpæ nomine tenetur.

Altera regula huius leg. est, pigneratitiam actionem debitori aduersus creditorem dari, non solùm debito soluto, sed etiam eo consignato atque deposito, si oblatum accipere creditor recusauerit, *l. vlt. de luit. pign. & l.* 2. *de partu pignoris*, I. Et ratio est, quia ius pignoris eo modo tollitur, non minus quàm solutione, *l.* 19. *acceptam, S. de vsuris, l.* 9. *nec creditores, S. de pignerat. actio. d. l.* 2. *l.* 5. *si residuum, l.* 8. *si priusquam*, I. *de distract. pignor. & l.* 1. *qui potiores in pign.* I. Obseruandum autem

quod hîc admonet Cuia. nos in vſu fori valde abuti nomine & remedio conſignationis, cùm pecuniam recuſante creditore accipere, deponimus apud mercatorem, qua in re fraus plerumque adhiberi ſolet. Nam conſignatio non eſt depoſitio pecuniæ, quæ ſola iure non ſufficit, ſed obſignatio facta teſtibus adhibitis ſacculi quo pecunia condita eſt, *l. vlt.* D. *de lege commiſſ. l. 9. obſignatione*, I. *de ſolutionib.* vt deinde pecuniæ obſignatio illa fiat depoſitio, vt nemini ea pecunia vſui interim eſſe poſſit.

Ad Leg. 21. res obligatas.

REgula iſtius leg. ita eſt intelligenda, non vt exterus in caſu propoſito, dominus pignoris non fiat ſolutione debiti: nam id dubitatione caret, ſed vt dominium adipiſci deinde non poſſit occaſione eius ſolutionis. Ea verò probatur, *l.* 1 *D. quib. modis pignus vel hypoteca ſol.* ex qua etiam ſpecies facti poni poteſt, *& l.* 25. *ſolemnibus, S. de rei vindicat.* reſtringitur autem nominatim in extero, hoc eſt, in eo qui non ſit creditor; nam ſecundus creditor, ſi priori ſoluat, in locum eius ſuccedit, ac per hoc vendere pignus poteſt, *l.* 5. *cum ſecundus, D. de diſtract. pignor.* & conſequenter eius dominiũ certo caſu adipiſci, vt, I. *de iure dominij impetr.* exterus, niſi id nominatim actum ſit, ſoluendo non ſuccedit in locum creditoris in iure pignoris, *l.* 1. *de his qui in prior. credit. locum ſucced.* I. quia nempe tali ſolutione pignus omnino liberatur, vt eſt in contextu, ſed ſuccedit tantùm in obligationem & perſonalem actionem: habet tamen retentionem, *d. l.* 1. quaſi pignoris, *arg. l.* 13. *Iulianus*, §. *offerri*, D. *de actionib. empti*, quâ etiam ratione qui captum ab hoſtibus redemit, in cauſam pignoris retinet nec dominus efficitur, *l.* 2. I. *de poſtliminio reuerſ. & redempt. ab hoſtibus.* Prædictam autem differentiam inter exterum & creditorem oſtendit *l. ſeq. h. tit.* vbi poſterior creditor ſolutione, vel quod idem eſt, obligatione ſolemni confirmat ſibi pignus, ac conſequenter dominium eius adipiſci poteſt.

Ad L. 22. Secundus.

HÆc lex collata cum ſuperiori oſtendit exterum ſolutione debiti ius pignoris in ſe non transferre: At ſecundum creditorem transferre, atque ideo pignus ſuum antea infirmum, quia prior creditor potior erat, ſibi confirmare ſuccedendo in locum prioris, *leg. 5. cum ſecundus*, D. *de diſtract. pign. & l. 5. prior.* I. *qui potiores*, quod etiam facit oblatione debiti, vt eſt in contextu, oblatione ſcilicet ſolemni quam ſequatur obligatio & depoſitio, vt dictum eſt, *S. l.* 20. *creditor*; nam tria illa debent concurrere, *l.* 1. *qui potior.* I. ſed vnius mentione reliqua hîc ſignificantur, vt & *in l. 9. obſignatione*, I. *de ſolutionib.* Et hæc eſt prima regula huius legis. Altera eſt ſecundum

creditorem qui prioris ius in se transtulit solutione vel solemni consignatione posse petere & accipere à debitore sortem, tam prioris nempe creditoris, quàm suam, itemque vtriusque sortis vsuras quæ fuissent præstandæ ab ipso debitore, non tamen vsurarum vsuras; quæ regula probatur etiam & explicatur, *l. 12. creditor*, §. *sciendum*, *D. qui potiores*. Ratio autem dubitandi in eo est, quòd secundus creditor vsuras quas priori præstitit contendat esse sortis partem, quod ad ipsum attinet, licet ratione eius qui accepit sint vsuræ, *l. 58. qui negotiatione*, §. *ex duobus*, & §. *vlt. D. de administr. tut.* & *l. 10. idemque*, §. *si procurator*, *in f. D. mandati*, ideoque eius summæ quam pro vsuris priori soluit vsuras sibi deberi, vt *locis proximè citatis*. Cui rationi obuiam itur *in d. l. 12.* §. *sciendum*, illis verbis, *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum*, quibus significatur secundum creditorem ideo soluisse, vt in prioris locum succedens pignus sibi confirmaret, atque ideo prioris ea in re personam sustinere, & consequenter pecuniam quam pro vsuris priori soluisset vsurarum loco æstimari ex persona prioris, non loco sortis ex sua ipsius persona. Ex quibus à contrario intelligitur aliud ius esse in extero, quia scilicet alienum negotium gerit non suum, *d.* §. *sciendum*.

Ad L. 23. Maior.

REgula istius leg. talis est, Pignoris conuentionem nudo pacto remitti, cuius explicatio perdificilis. Primò enim dubitatur, vtrùm regula de vtraque pignoris specie intelligatur, hoc est tam de pignore quod traditione contrahitur, quódque pignus propriè dicitur quàm de eo quod nudâ conuentione, id est, de hypotheca, *l. 1. & l. 9. D. de pigner. actione*. Dubitandi autem ratio est, quia prout quidque contractũ est ita & solui debet, vt cùm re contraxerimus re solui debeat, *l. 80. prout*, *D. de solutionib. l. 46. quamuis saltus*, *D. de acq. vel amitt. possess. l. 35. nihil tam naturale*, *& l. 195. ferè 2. D. de regul. iur.* quare cùm pignus specialiter dictũ re contrahatur, §. *vlt. Instit. quib. modis re contrahitur obligatio*, ideoque pignus corporale appelletur à Iustiniano, *No. 7. de non alienandis seu permutandis c. 6.* id est, §. *si autem creditor*, *collat. 2.* meritò dubitari potest, an quod in nostra leg. dicitur, de sola hypotheca intelligatur quæ nudâ conuentione contrahitur, præsertim cùm in contextu de pignoris conuentione remissa nominatim agatur. Verius tamen est, regulam tam ad pignus quàm ad hypothecam pertinere, & illud quoque nudo pacto remitti, vt apertè probatur, *d. l. 9. si rem*, §. *omnis*, *D. de pigner. actio.* vbi inter alios modos soluendi & remittendi corporalis pignoris nuda conuentio connumeratur. Probatur etiam, *l. pen. & vlt. I. de remiss. pignor.* itemque, *l. 2. eod. tit.* vbi generaliter dicitur pignoris obligationem consensu dissolui, quod tam de pignore quàm de hypotheca rectè Glossa intelligit. Neque obstat, quod lex nostra de pignoris conuentione remissa

missa loquatur; nam pignus corporale non fit sine conuentione & pacto, *l. vlt.* I. *de luitione pignoris*, vt nec vllus contractus, *l.* 7. *iurisgentium*, *D. de pactis*. Non etiam obstat, quòd pignus re & traditione contrahatur; nam, quamquam nullus sit magis naturalis modus rei soluendæ quàm is quo contracta est, *d. l.* 35. *D. de regul. iuris*, non ideo tamen negatur, quin & aliis modis dissolui possit, vt docet Gloss. *in ea l. & in d. l.* 80. *prout*, *D. de solutionib.* ideoque *in d. l.* 195. *D. de regul. iuris*, additur particula *ferè*. Adde quod pignus re siue traditione contrahi dicitur, *l.* 1. D. *de pignerat. actione*, quatenus tantùm creditor qui pignus accipit re obligatur, & de ea restituenda tenetur actione pigneratitiâ debitori, §. *vlt. Instit. quib. modis re contrahitur obligatio*. At quatenus res ipsa creditori obligatur iure pignoris, & hypothecaria ei datur etiam aduersus debitorem ipsum, pignus consensu & conuentione contrahitur, quæ distinctio apertè probatur, *l.* 2. *iunctâ gloss.* 7. *quæ res pignori obligari possunt*, illis verbis, *cùm constet pignus consensu contrahi*, in qua leg. de pignore corporali agitur, hoc est, de instrumentis emptionis pignori positis, & hoc sensu accipiendum est quod generaliter dicitur, *in d. l.* 2. I. *de remissione pignoris*, obligationem pignoris consensu & contrahi & dissolui, vt nempe ea regula non minùs ad pignus propriè dictum quàm ad hypothecam pertineat, quod apertissimè etiam probatur, *l.* 1. §. *cum venditor*, *D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur*, vbi etiam prædicta distinctio manifestè innuitur, cùm dicitur pignoris pactum voluntate solutum, pactum, inquam, quamuis de pignore traditione & re contracto ibi agatur, quo ex loco præterea probatur pignus etiam tacito consensu & pacto solui, vt & *l.* 2. I. *de remiss. pignoris*. Secunda dubitatio est, vtrùm pignore vel hypothecâ consensu solutis obligatio pignoris & quæ ex ipsa datur hypothecaria actio tollatur ipso iure, an per exceptionem pacti elidatur, quod tractat Gloss. *in hac l. & l.* 17. *si tibi*, §. 2. *de pignore*, *D. de pactis*, & variis distinctionibus explicare frustra conatur. Ipso iure autem dicitur tolli obligatio siue actio, cùm iuris vi & potestate esse desinit, & nulla iam est, *l.* 27. *si noxali*, *D. de noxal. actionib.* vt exceptione vel defensione reo opus non sit, cùm conueniri non possit. Per exceptionem autem elidi actio dicitur, cùm non est perempta & sublata, verùm si intendatur & proponatur, exceptione summouetur & inefficax inutilisque redditur & quasi conflictu tollitur, *l.* 17. §. 1. D. *de pactis*, pressurâ & collisione atteritur infringitur & infirmatur, *l.* 12. *qui æquitate*, D. *de doli mal. & met. except. l.* 112. *D. de regul. iuris*. Hoc est enim propriè elidere actionem, *l.* 27. *si vnus*, §. *pactus*, D. *de pactis*, *l.* 2. §. *& generaliter*, *D. de doli mali & metus except.* siue elidere ab actione, vt loquitur *l.* 4. I. *de ordine cognition.* Hoc ergo casu competit quidem actio, sed exceptione tollitur: superiori non competit quia ipso iure iam fuit sublata, *l.* 17. *si tibi*, §. 1. *quædam*, & §. 2. *de pignore*, D. *de pactis*. Sic autem definienda est proposita dubita-

tio, vt dicamus pignus non quidem ipso iure tolli, cùm consensu tollitur, sed tolli remedio exceptionis, quod planè probatur, *d. l. 2. de remiss. pign.* I. & certâ iuris ratione; nam ea in quibus ius continetur, hoc est, quæ iuris sunt, & in iure consistunt, ipso iure tolli possunt: illa verò in quibus factum versatur, id est, quæ facti sunt infecta nullo iure fieri possunt, hoc est, ipso iure tolli, qualia sunt pacta in quibus hæc ipsa ratio redditur, *in d. §. pactus, & in prin. de replicat. Instit. illis verbis, namque nihilominus hoc verum manet,* quæ locum quoque habet in aliis omnibus quæ facti sunt, *l. 12. in bello,* §. 1. *D. de captiuis & postliminio, & l. 2. D. de vsufructu ear. rerum.* pignus ergo quod consensu & pacto constituitur, non ipso iure per contrarium consensum & pactum tolli potest, sed exceptionis ope. Neque obstat *d. l. 17. §. 1.* vbi quædam actiones ipso iure per pactum tolluntur; nam ibi agitur de pactis legitimis in quibus ius continetur; *l. 6. legitima,* D. *eod. tit. de pactis.* Item non obstat quod in hac nostra leg. dicitur, creditorem non posse pignus persequi post pactum remissionis, vnde Glossa infert, pignoris obligationem ipso iure per pactum fuisse sublatam; nam intelligendum est, creditorem non posse persequi cum effectu, quia scilicet exceptione submouetur, vt, *d. l. 2.* I. *de remissione pignoris.* quæ interpretatio apertè probatur, *l. 40. lecta, ad finem, vers. non enim.* D. *de rebus cred.* vbi disertè dicitur, pecuniam propter exceptionem peti non posse; si enim effectum inspicis, nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. 112. nihil interest,* D. *de regul. iur.* Item non obstat, quòd obligationes in iure consistunt, *Instit. de reb. corpor. & incorporal.* etiam naturales, quales ex pacto nasuntur, *l. 5. in his,* §. *imperator,* D. *de solution.* atque ideo naturalis obligatio per pactum introducta ipso iure per aliud pactum tollatur, vt colligit Glossa *ex l. 95. stichum,* §. *naturalis,* D. *de solutionib.* vbi naturalis obligatio iusto pacto ipso iure tollitur, pacto inquam iusto, id est, iuri consentaneo. Nam ipso iure duobus modis obligatio vel actio tolli dicitur. Primo quidem propriè, cùm iuris ciuilis potestate sic aboletur quasi nunquam fuerit, ita vt ipso iure quis actionem iam non habeat, vt supra expositum est. Altero impropriè, cùm actio quidem sublata non est, atque ideo competit, sed tamen à Prætore denegatur perinde atque si non esset, vt apertè dicitur in hac ipsa quam tractamus quæstione de pignore per pactum tollendo, *l. 27. si noxali,* D. *de noxal action.* illis verbis, *dici potest, &c.* quibus improprietas significatur. Quo sensu videtur accipiendus *d. §. naturalis*; in eo enim pactum & iusiurandum comparantur, & vtroque naturalis obligatio tolli dicitur ipso iure. At certum est iureiurando non tolli propriè actionem, sed Prætorem eam denegare, *l. 7. ait Prætor,* D. *de iureiura. & §. æque si debitor, Instit. de exceptio.* oppositâ nempe iurisiurandi exceptione, si planè constet iuratum fuisse; nam si ambigatur an iuratum sit, tunc Prætor actionem dat, adhibitâ illâ

exceptione de cuius scilicet veritate cognoscat iudex datus, *l. 9. nam postea, in prin. D. de iureiur.* quod summè notandum; nam idem locum habebit vbicumque Prætor actionem quæ iure competit iustiore aliqua de causa denegat, vt tamen euentu inspecto perinde sit, atque si ipso iure actio sublata fuisset, idque dici etiam impropriè possit, licet propriè aliud sit ipso iure, sublatam esse actionem, aliud verò actionem denegari oppositâ exceptione, *l. 1. §. 6. si libertatis, D. quarum rer. actio non datur.* Et illo sensu potest etiam explicari quod supra obiectum est ex nostro contextu, creditorem pignus persequi non posse, & *ex d.l. 40. lecta*, D. *de reb. credit.* pecuniam propter exceptionem peti non posse, vt scilicet intelligamus illis quoque casibus actionem denegari à Prætore oppositâ scilicet exceptione de qua non ambigatur.

Vltima dubitatio est in his verbis contextus, *cùm hoc solum pactum vel iurisdictio tueatur*; nam particula illa, *vel*, apertè innuit aliud esse præter iurisdictionem, quod hoc solum pactum, id est nudum tueatur, cùm tamen certum sit solam iurisdictionem, id est, Prætorem qui iurisdictioni præest pacta tueri, *l. 7. iurisgentium*, §. *ait Prætor*, D. *de pactis*. Sed dicendum est etiam ius ciuile pacta nuda tueri, quoties insunt contractibus, non quidem quasi pacta, sed quasi partem contractus quem informant, *d. l. 7. §. quinimo*, D. *de pactis*: pactum autem dissoluendi pignoris inest contractui pignoris qui est bonæ fidei, §. *bonæ fidei, Instit. de action.* nam in bonæ fidei contractibus regula est, vt pacto conuento non solùm reformari, sed & tolli obligatio possit, *d. l. 7. §. adeo, & l. 27. si vnus*, §. *pactus*, *eod. tit.* Pactum ergo hoc remissi pignoris Prætor tuetur datâ exceptione debitori, si creditor agat hypothecariâ aut etiam denegatâ creditori actione. Tuetur & ius ciuile datâ pigneratitiâ debitori quasi pignore resoluto & liberato vi illius pacti quod contractui inesse creditur.

Glossa eam difficultatem non attingit, nec Cuia. nisi quod in recitationibus *ad tit. de remissio. pignoris*, I. particulam, *vel*, pro coniunctione accipi vult: sed hoc non tollit dubitationem; nihil enim refert, vtrùm, *vel*, interpreteris pro, *&*, vel pro, *etiam*.

Ad L. 24. Persecutione.

HÆc lex exposita est cum authentica seq. *in l. 14. distractionis.*

Ad L. 25. Seruo.

REgula leg. est, interitu pignoris debiti petitionem non tolli, vt in locis à Glossa citatis, licet ius pignoris pereat, *l. 8. sicut*, D. *quib. modis pignus vel hypotheca soluitur.*

Ad L. 26. Si tibi.

REgula legis est, actionem furti pigneratitio creditori competere, non domino pignoris, §. *furti autem, Instit. de obligat. quæ ex delicto nascuntur*, iuncto ibi Theophilo; ita tamen vt totum quidquid percepit debito imputet, *l. 22. si pignora*, D. *de pignerat. actio.* & quod debitum excedit debitori præstet, *l. 15. creditoris*, D. *de furtis*, nisi si ipse debitor furtum pignoris fecerit, *d. l. 22.* Malè autem Gloss. regulam ita distinguit, vt creditor agat furti in solidum si culpâ suâ pignus amiserit; alioqui non agat furti in solidum, sed in summam debiti & vsurarum, *l. 14. eum qui*, §. *idem scribit, de furtis*; nam talis distinctio apertè refellitur, *l. 89. creditori, eod. tit.* vbi creditori generaliter actio furti in summam pignoris non in summam debiti competit, id est, omnimodo in solidum, *l. 15. creditoris, ibid.* vbi ratio redditur, quia non credito tenus eius interest, sed in totum pignus, hoc ideo, quia expedit ei, pignori potiùs incumbere quàm in personam agere, *d.* §. *furti autem.* Neque obstat *d.* §. *idem scribit* qui Gloss. fefellit; nam ibi est casus specialis in quo creditor furti actione iam fuerat consecutus quantum sibi debebatur, atque ita solutum fuerat ius pignoris, ideoque si iterum subripiatur pignus, non habet furti actionem creditor, quia iam eius non interest, soluto quippe pignore, nisi si culpa eius fuerit subreptum; tunc enim eius interest eoquod teneatur actione pigneratitiâ debitori de pignore restituendo. Cuia. ad finem *l. 19. h. tit.* malè vt opinor scribit furtum interdum esse casum fortuitum, & tunc non teneri creditorem, neque id probat *l. 14. eum qui*, §. *idem scribit*, D. *de furtis.* Dicere quidem potuit furtum aliquando posse contingere sine culpa creditoris.

Ad L. Vlt.

HÆc lex valde difficilis est, siue verba spectes, siue mentem, nec satis adhuc explicata. Est autem de negotiatoribus quibus pecunia credita est sub generali bonorum omnium hypotheca, qui ipsi deinde militiam aliquam venalem acquirant liberis propriis vel etiam aliis cognatis vel extraneis. Et vult hæc lex, vt possint huiusmodi militias iure hypothecæ vindicare & agere hypothecariâ actione aduersus liberos vel cognatos negotiatoris qui tales militias tenent, etiam si creditores non probent eas militias ex pecuniis negotiatorum fuisse comparatas, dum tamen liberi vel cognati contrarium non probent, hoc est, se ex suo patrimonio dedisse pecunias quibus militiæ fuerint comparatæ. Idemque lex vult, si extraneis quibusdam negotiatores militiam acquisuerint, dummodo eo casu creditores probent militiam de pecuniis ne-

gotiatorum fuisse acquisitam. Denique hoc vult lex, vt quemadmodum generaliter permissum est creditoribus militias quorumlibet debitorum suorum hypothecariâ actione aduersus ipsos dum viuunt persequi, nec non etiam post mortem eorum exigere illam pecuniæ quantitatem quæ in solatium amissæ militiæ heredibus liberis vel vxori benignè indulgetur, ita etiam idem liceat specialiter creditoribus in negotiatorum personis, qui scilicet, vt ante expositum est, militiam liberis suis vel aliis cognatis comparauerint, hoc est, vt creditores possint eas militias iure hypothecæ persequi dum viuunt qui eas tenent & post mortem eorum definitam pecuniam quæ indulgeri solet exigere in solutum. Quæ omnia in futurum cauentur, nec locum habent in militiis quæ liberis vel cognatis, vel etiam extraneis iam sunt acquisitæ ex pecuniis negotiatorum, hoc est, vt in iis non detur hypothecæ persecutio vel pecuniæ post mortem indultæ exactio. De militiis ergo agitur *hac leg.* non omnibus quidem, sed iis tantùm quæ vendi aut ad heredes transmitti possunt, vendi, inquam, ab iis qui eas habent. Militia autem distinguenda est à dignitate, vt apparet vel ex ipsa rubrica, *qui militare possunt*, I. *lib.* 12. nam dignitates eorum quidem qui iurisdictioni præsunt, id est magistratus, vendi non possunt inter priuatos, imò nec à fisco, licet olim certam pecuniæ quantitatem pro iis suffragii nomine soleret fiscus accipere, *No.* 8. *vt iudices sine quoquo suffragio fiant*, §. *hæc autem, collat.* 2. Iunctâ Iuliani interpretatione *No.* 161. *de prouinciarum Præsidib. c. vlt. l.* 6. *Sancimus, ad l. Iuliam repetund.* I. quod Iustinianus etiam innuit *in f. confirmationis Instit.* quæ suffragii præstatio pro aliis dignitatibus præter iudiciarias fisco infertur, vt constat *ex d.* §. *hæc autem.* Est verò militia officium munus gradus locus in aliquo ordine siue agmine militari, vel ciuili, siue schola, *l.* 5. *qui militare possunt, toto tit. de priuilegiis eorum qui in sacro palatio militarunt, & toto tit. de priuilegiis scholarum lib.* 12. I. *l. vlt. S. de locato.* Statum vocat *l.* 5. *iubemus, S. de officio Magistri officiorum*, vt vulgò appellare solemus, siue quis sit de numero statutorum, siue supernumerarius, qui & substitutus, *No.* 77. *de æqualitate dotis*, §. *his consequens, vers. quia verò, coll.* 7. *l.* 7. *vnicuique, & l.* 11. *si quis de proximis sacrorum scrinior. lib.* 12. I. ex qua militia siue officio & statu, & eius occasione militantes habent stipendia, salaria, annonas, solatia, & priuilegia ex imperiali munificentia, *Nou.* 53. *de exhibend. & introducendis reis*, §. *optimum quoque, collat.* 5. *l.* 22. *Lucius, de legat.* 2. *l.* 52. *creditor*, §. 2. *inter venditorem, de actionib. empti, D. l.* 6. *restituenda, S. de aduocatis diuers. iudicior. l.* 30. *omnimodo, S. de inofficioso testam.* Quia autem omnis militia publica est & ab ipso Principe pendet, *d.* §. *optimum quoque*, militiæ generaliter non sunt in commercio, sunt tamen nonnullæ quæ non solùm legari, sed etiam vendi possunt, *d. l.* 22. *Lucius, d. l.* 5. *qui militare possunt*, I. *lib.* 12. *d. l.* 6. *d.* §. *inter venditorem*, quales esse militias adiutorum Quæstoris, silentiariorum & do-

mesticorum docet Cuia. *ad d. Nou. 53. parte* 4. nonnullæ etiam quæ in heredes sub certa definitione transmitti possunt, vt est in nostro contexta quæ verba Cuiacius in recitatione ad hanc leg. sic interpretatur, non vt militia ipsa ad heredes transmittatur, sed vt is qui in locum defuncti militis subrogatur, cogatur heredibus vel vxori præstare certam summam solatii loco, qui casus militiæ vel scholæ placitum dici solet, vt deinde exponemus, quam interpretationem tradit etiam *ad d. No.55. parte* 4. At idem ipse *ad No. 35. & ad l. vlt. de proximis sacror. scrinior. l. lib.* 12. aliter interpretatur, nempe vt ipsa militia ad heredes transmittatur, sed cum certa pecuniæ taxatione quam pro introitu præstare debent, *l. pen. §. pen. & vlt. D. de legat.* 3. qui introitus debitum appellari videtur, *l.* 1. *ad l. Iuliam de ambitu*, I. Exemplum autem militiæ quæ in heredes transmittitur sub certa pecuniæ præstatione pro introitu est in adiutoribus Quæstoris, *No.* 35. Verior tamen est prima interpretatio, vt militiam transmitti in heredes intelligamus, quatenus certa pecunia iis ab eo qui in militiam succedit datur, *l.* 30. *omnimodo*, *S. de inoffic. testam.* quod in nostra leg. apertè probant verba hæc, *& post mortem eorum exigere*, *&c.* quibus interpretatur quod ante de transmissione dixerat. Probat etiam hæc ratio, quòd nempe lex nostra vindicationem militiæ iure hypothecæ non dat, nisi quamdiu viuit qui militat, datura procul dubio post mortem & in heredes, si ad eos ipsa militia transmitteretur, quemadmodum dat in pecuniam quæ heredibus præstatur in solutum, de qua sola loquitur, *d. l.* 30. *d. No.* 53. *§. optimum quoque*, *& d. No.* 97. *de æqualitate dotis*, *§. his consequens*, *vers. quia verò*. Ea autem pecuniæ præstatio casus militiæ appellatur, *d. §. optimum*, *& d. vers. quia verò*, *& à Iuliano No.* 47. *c.* 5. vbi etiam appellat scholæ placitum, vt lex nostra commune militantium placitum. Et ratio nominis est, quia qui moritur, suo loco, id est, militia cadit, vt loquitur Iulian. *No.* 26. & quia pecuniæ præstatio fit ex placito & definitione scholæ, siue ordinis & consortii totius, nisi cum lege certâ iam definita est, quò pertinent illa verba contextus, *vel diuinæ sanctionis tale præstantis beneficium*, cuius rei exemplum est, *in l.* 11. *si quis in sacris*, *iuncta l.* 7. *vnicuique*, *de proximis sacror. scrinior. lib.* 12. I. vbi etiam priuilegii nomine id concedi dicitur; nam generaliter casus militiæ ex munificentia & benignitate Principis indulgetur, *d. §. optimum quoque.* Et an casus militiæ etiam dictus, quòd ea pecuniæ quantitas cadat in scholam & ordinem quasi caducum aliquid, quod tamen liberis & aliis cognatis nec non vxori potius conceditur, *d. l.* 7. *&* 11. Duo ergo in quibusdam militiis fauorabiliter recepta sunt, nempe vt vendi possint, & vt mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perueniat, vt apertè traditur *in nostra l. & in d. l.* 30. *S. de inofficios. testam.* At vt possint hypothecæ obligari, tardiùs & post multas dubitationes receptum est, *d. No.* 53. *de exhibend. reis*, *§. optimum quoque*; neque enim hac in re

valet regula quam Cuia. tradit *ad d. No. §. 4. ex l. 1. S. res alien. gerentibus non interdici rer. suar. alienation. l. sed & quod, §. 1. & l. 11. si is qui, §. 1. D. de pignor.* scilicet vt quod vendi potest pignerari etiam possit; nam ea regula locum habet in iis quæ iure communi vendi possunt, quales non sunt militiæ, *l. vlt. de proximis sacror. scrin. lib. 12.* I. in quibus præterea facilius fuit venditionem admittere, quàm hypothecam, quia is qui emit recipitur nihilominus & subrogatur publicâ auctoritate, *l. 13. comperimus, de proximis sacror. scrinior.* I. & quasi eligitur. *No. 35. de adiutor. Quæstoris.* At hypotheca fit priuato consensu, & rem quæ publica est obligationi priuatæ subiicit, ac consequenter distractioni publicæ quæ sine contumelia & infamia quadam esse non potest, §. 1. *qui & quib. ex caus. manumitt. non poss. l. 3. de inoffic. testam. C. Theod.* Sed tandem tamen hypotheca quoque certis militiis admissa est, quod lege definitum fuisse scribit Iustinia. *d. §. optimum quoque*, vbi Glossa intelligit hanc nostram leg. malè; nam *in §. quod ita obtinere, eiusdem legis*, nominatim dicitur id iam fuisse generaliter permissum. Quare *in d. §. optimum quoque*, legem interpretor Imperatorum rescripta, quibus paulatim tale ius receptum est, commiseratione creditorum, vt ibidem Iustinianus refert, qui etiam in nostra leg. noui iuris quod in ea constituit argumentum & fundamentum sumit ab illo iure quasi iamdiu certo & constituto, vt quemadmodum licet debitoris cuiuscumque militiam supradictæ conditionis iure hypothecæ, quamdiu ille viuit, persequi, & post mortem eius casum militiæ vindicare, hoc idem liceat in negotiatorum personis, qui scilicet ab iis militiam comparauerint, vt in casu nostræ leg. quæ verba in negotiatorum personis neque Accursius assecutus est, qui ea non de ipsis negotiatoribus accipit, sed de iis quibus militia fuerit comparata, quasi ipsi eatenus negotiatores quoque dicantur. Neque etiam interpretes qui existimant hoc intelligi de negotiatoribus qui ipsi sibi militiam comparauerint, cùm tamen in toto contextu militia dicatur empta liberis vel cognatis negotiatoris, vel etiam extraneo, nunquam verò ipsi negotiatori, quamquam non dubium quin idem eo casu multo magis dicendum esset. *No. 136. cap. 2.* Cur ergo dicit in negotiatorum personis, cùm tamen certum sit creditores actionem hypothecariam non aduersus ipsos sed aduersus militantes intendere, vt perspicuum est ex contextu, illis verbis, *creditum ab his qui militarint exigere, &c.* & rursus istis, *licet ipsi militantes, &c.* Hæc autem ratio est, quia cùm res tota ad ipsos negotiatores pertineat, & machinatio ab ipsis adhibita fuerit, vt est *in prin. leg.* perinde videtur atque si in ipsos actio dirigererur, quasi re verâ in rem ipsorum militia fuerit comparata, & militantium nomen dicis causâ & in fraudem accommodatum, *arg. cap. 3. I. d. No. 136* Sed quâ iuris ratione potest dari hypothecaria actio aduersus ipsos militantes, cùm constet militiam ne ipsis quidem negotiatoribus quorum pecunia comparata

sit hypothecæ obligari, nisi id conuentum sit, vt docuimus, *S. ad l. 17. quamuis, h. t.* & apparet, *ex l. 7. licet*, I. *qui potiores*, & *l. 5. procuratoris*, §. *planè, de tributoria actione.* Placet uerò Cuiacij sententia in recitatione *huius l.* & *ad d. No. 136. c. 2.* vt intelligantur negotiatores mutuam pecuniam accipientes conueniſſe, vt res inde comparatæ obligarentur iure hypothecæ, & hanc esse solemnem eorum conuentionem, cùm mutuum accipiunt quam primis nostræ leg. verbis significari putat, ex qua sententia emendandum est quòd S. diximus in proponenda leg. specie hypothecã bonorũ generalem interceſſiſſe. Illam veròconuentionẽ negotiatoribus fuisse solemnẽ probat Cuia. *ex l. 122. qui Romæ*, §. *Callimachus, D. de verb. obligat.* & *l. 34. cum tabernam, D. de pignor.* quibus addi potest Iuliani *No. 118 c. 3.* non tamen certò probat talem conuentionem in hac nostra leg. interceſſiſſe. Sed illud apertè constat *ex d. No. 136. c. 2.* vbi Iustinianus de hac nostra leg. agens ostendit, eam huic soli rationi esse innixam, quod velit præsumi militiam ex ipsa creditoris pecunia fuisse comparatam, quam præsumptionem ibi quoque innuit in contrarium, si fortè is qui pecuniam mutuam ab argentario accepit militiam sibi vel alii de suo patrimonio comparauerit, non tamen si ab alio negotiatore; nam in argentariorum contractibus singularia multa recepta sunt propter singularem eorum in res vtilitatem quam sæpius inculcat Iustinianus, *in ead. Nou.* ita vt tandem in omnibus eorum contractibus inducta sit hinc inde tacita hypotheca, edicto Iustiniani de argentariorum contractibus *c. 3*, Neque obstat quod in contextu bis dicatur militiam ex pecuniis negotiatoris emptam fuisse, quasi scilicet hoc sufficiat, neque requiratur, vt sit empta ex ipsa creditoris pecunia, quæ res me in opinionem induxerat præceſſiſſe hypothecam omnium bonorum. Nam hoc dicitur, quia modò non sit alterius patrimonio empta, præsumitur comparata ex pecunia creditoris, quod erit magis perspicuè explicandum. Sed rursus quæritur, quare hæc lex non similiter prospiciat, si negotiator machinatione quadam & in fraudem creditorum res alias liberis suis vel aliis de suo comparauerit. Ratio autem hæc videtur, quia militia personæ cohæret, ita vt ne patri quidem per filiumf. acquiratur, *l. 3.* §. *quod si quid minori*, D. *de minoribus*, & quia ius hypothecæ non facilè extenditur ad militiam, vt ad res alias, *d. No. 53.* §. *optimum quoque.* Ideoque in militiis aliis comparandis faciliùs à negotiatoribus fraus potuit adhiberi, ac consequenter speciali remedio huic fraudi lege istâ prospectum est; nam in cœteris videtur sufficere, *l. 3. in prin. D. quæ in fraudem creditorum*, & si quæ sunt alia iuris remedia, vt *toto tit. C. plus valere quod agitur quàm quod simulatè concipitur*, & *d. No. 136. c. 3.*

AD

AD TITVLVM IN QVIBVS CAVSIS PIGNVS TACITE' CONTRAHATVR, COD.

SIC hæc rubrica in emendatis codicibus concipitur, & à Cuiacio: vulgò tamen, vt in digestis, additur, *vel hypotheca*, sed pignoris nomine solo hypotheca quoque hîc intelligitur propter promiscuam appellationem. Est verò pignus tacitum quod reuera quidem contractum non est, sed quod iuris intellectu, id est, interpretatione & præsumptione contractum esse creditur tacitâ conuentione, *l.* 3. *&* *vlt. h. t. l.* 4. *&* *l.* 7. *in prædiis*, D. *eod. tit.* siue breuiùs pignus præsumptum, *d. l. vlt.* vel pignus lege datum, *l.* 1. D. *h. t.* atque ideo non propriè pignus, sed velut pignus & vice pignoris *l.* 1. *&* 2. *eod.* Tacita autem hypotheca facilè potest intelligi, quia nudâ conuentione hypotheca contrahitur. At difficilius est animo concipere, quomodo pignus tacitè contrahi possit, cùm sine traditione non contrahatur, §. *item seruiana*, *Instit. de action.* traditio autem naturalis sit & manu fiat non iuris intellectu, §. *per traditionem*, *Instit. de rer. diuisio.* vbi Theophilus eam definit de manu in manum translationem, sicut etiam definitur in veteri glossario. Sed pignus tacitum accipere debemus, non-quia traditio tacita iuris intellectu inducatur nisi rarò, sed quia traditione vel quasi traditione re verâ interueniente tacita pignoris conuentio iure præsumatur. Exemplum est, *in l. vlt. h. t.* in rebus inuectis & illatis ab inquilino in domum conductam, quæ pro pensionibus locationis domino iure taciti pignoris obligantur; nam illatio & inuectio pro traditione est, *l.* 9. *si ego*, §. *si res*, *ver. hæc igitur res*, D. *de iure dotium*, & dominus per causam domus suæ res inductas possidere videtur, & pensionis nomine eas percludere & retinere potest, ne foras efferantur, *l. pen. D. h. t.* quod apertè apparet in rebus quas colonus in fundum conductum induxit. Nam quamuis nuda conuentio pignoris interceſserit, non tamen hypotheca contrahitur, sed pignus propriè dictum, *d.* §. *item seruiana*, *vers. seruiana*, quia inductio pro traditione est, &

ex ea inductione res pignori expreſsè obligantur, & non hypothecæ ex conuentione, *l.* 11. *potior*, §. *ſi colonus*, *D. qui potiores in pign.* Aliud exemplum taciti pignoris eſt, *in l.* 5. *Pomponius*, §. 1. *D. h. tit.* nam ſi pro eo fideiubeam qui rem meam creditori ſuo iam pignori dederat, non meâ voluntate, atque ideo inutiliter, *l.* 2. *ſi aliena res pignori data ſit*, I. hoc ipſo quod fideiuſſi, intelligor mandaſſe creditori rem meam eſſe pignori obligatam, id eſt, tacitè cum eo conueniſſe, vt res ei eſſet pignori, quo caſu traditione opus non eſt, cùm res ſit penes ipſum creditorem, *l.* 62. *ſi rem*, *D. de euiction.* & §. *interdum*, *Inſtit. de rer. diuiſ.* Item aliud exemplum *in l.* 8. *cum debitor*, D. *h. t.* in qua animaduertendum eſt, eſſe tacitum pignus, licet res expreſsè pignori data ſit, quia non accipitur pro ſimplici pignore, quale apertè contractum eſt, ſed pro ea ſpecie quæ antichriſis dicitur, cùm nempe fructus pignoris pro vſuris cedunt intra legitimum modum, *l.* 33. *ſi pecuniam*, *D. de pignerat. actio. l.* 6. *ſi ſeruus*, *S. quod cum eo.* Item aliud *in l. vlt.* D. *h. tit.* quod rectè Cuia. explicat illo parat. Et denique aliud, cùm venditor rem venditam pignoris loco retinet, quoad emptor ſatisfaciat, *l.* 31. *quod ſi velit*, §. *Marcellus*, D. *de Ædilitio edicto*, & *l.* 13. *Iulianus*, §. *offerri*, *D. de action. empti*, in quo §. dicitur quaſi pignus, non quòd verè pignus non ſit, vt ibi Gloſſa putat, ſed quòd eſt tacitum; nam alioqui pignus ſimpliciter dicitur, *l.* 22. *hereditas*, *D. de hereditate vel action. vendita.* Poteſt quoque taciti pignoris exemplum afferri *ex l.* 3. *h. t.* in fructibus prædii pignori dati; nam ea lex tam in pignore quàm in hypotheca prædii poteſt intelligi. Poſſunt & alia exempla reperiri. Hypothecæ autem tacitæ exempla proponuntur, *in l.* 1. 2. 4. 5. & 6. *h. t.* qualia nouellæ Imperatorum conſtitutiones in multis caſibus induxerunt, vt ait *l. vn.* §. & *vt plenius*, *de rei vxoriæ actio. S.* & *l.* 1. *S. comm. de legat.* vbi talis hypotheca datur legatariis in rebus defuncti, vt mulieri in rebus viri, *l.* 12. *aſſidui*, I. *qui potiores*, & pupillis ac minoribus in bonis tutorum & curatorum, *l.* 20. *pro officio*, *S. de adminiſtratione tutor.* Vide alia duo exempla quæ expoſui *ad l.* 17. *quamuis*, *S. de pignorib.* vbi etiam contrà docui non eſſe tacitam hypothecam, *in l.* 5. & 6. *D. qui potiores*, vt vulgo malè creditur.

Ad L. 1.

AIT lex, vniuerſa bona eorum qui cenſentur vice pignorum tributis obligata eſſe, hoc eſt tacito hypothecæ iure teneri. Ex quo ſequitur, vt ſi tributum ſuâ die non fuerit redditum, res debitorum protinus iure pignoris diſtrahantur, *l.* 5. *cum poſſeſſor*, §. *vlt.* D. *de cenſibus.* Ab exactoribus tributorum, *l.* 8. *etiam*, *S. de furtis*, & *tit. de capiendis & diſtrah. pign. tributor. causâ*, I. permiſſu ſcilicet iudicis, & ſub haſta, vt moris eſt in fiſcalibus de bitis, *l.* 2. & 3. I. *ſi propter publicas penſitationes venditio fuerit celebrata*, & *rubricâ*, *de fide & iure haſtæ fiſcalibus*, I. *lib.* 10.

Tributa autem quamuis distinguantur ab annonis, *t. de annonis & trib. l. eod. lib.* tamen tributorum appellatione hîc intelligo quascumque functiones pensitationes & collationes quæ à prouincialibus fisco debentur, *d. tit. de capiendis & distrah. pignorib. trib. causâ & d. tit. si propter publicas pensitationes*, atque ita pecuniam tributi pro quibuscumque speciebus intelligo, *in d. l.* 5. §. *vlt.* Præter verò prædictam pignorum capionem, vt loquitur *l.* 2. *de distrahend. pign. quæ tributorum causâ tenentur, Cod. Theod.* tributarii carcerem olim patiebantur, & adhuc etiam si res exigat custodiam militarem, *l.* 2. *de exactionib. tribut.* I. *lib.* 10. vt quasi iudicati & condemnati, *l.* 1. *S. de cessione bonorum.* Hanc autem tacitam hypothecam induxit summus tributorum fauor in quibus esse reip. neruos nemini dubium est, *l.* 1. §. *in causa, D. de quæstionib.* quia ad vsum exercitus pro communi salute poscuntur, *l.* 2. *d. t. de exaction. trib.* & ad reliquas necessitates publicas, vt exponit *No.* 101. *cap. vlt.* Cæterum illa verba contextus, *bona eorum qui censerunt*, tacitè innuunt non omnes censeri; censentur enim Prouinciæ quæ ideo tributariæ seu stipendiariæ dicebantur, non Italicum solum, vel etiam coloniæ iuris Italici, *l.* 1. *& vlt. D. de censibus*, & §. *per traditionem, institut. apud Theophil.* Quinimo & in ipsis Prouinciis tributariis immunitas quibusdam conceditur, *l.* 3. *D. de censibus.*

Ad L. 2.

HOc vult hæc lex, bona eius qui cum fisco contrahit tacitè obligari hypothecæ, quod etiam probatur, *l.* 28. *si qui mihi, & l.* 46. *aufertur*, §. *fiscus, D. de iure fisci, l.* 2. *de priuilegio fisci, & l.* 2. *de seruo pignori dato manumisso, S.* vbi dicitur hoc esse priuilegium fisci. Fiscus est ærarium Principis, *l.* 1. §. *ex illa, D. ad l. Cornel. de falsis, l.* 2. *&* 3. *S. de quadrienn. præscr.* pro publico enim thesauro ærarii dicitur fiscus, vt scribit Asconius in Diuinationem. Habet autem iura singularia, id est priuilegia multa, *d. tit. de priuileg. fisci, & toto tit. de iure fisci*, D. *&* C. eius enim causam ob necessitates publicas potiorem esse oportet, *l.* 1. *de condiction. ex lege S.*

Ad L. 3. *Quamuis.*

HÆc lex duas regulas continet. Prima est, prædiorum pignori vel hypothecæ nominatim obligatorum fructus censeri quoque tacitè obligatos, quod in partu quoque obtinet, *l.* 29. *Paulus*, §. 1. *D. de pignorib l.* 1. I. *de partu pign.* ad quam regulam hîc *& l.* 1. §. *cum prædium*, D. *de pignor.* malè refert *legem* 7. *in prædiis, D. h. tit.* quod secuti sumus, *ad l.* 7. *vsucapio, S. de pignorib.* nam vt rectè Cuia. scribit, *dicta lex* 1. §. 1. *illa septima, D. h. tit.* non est de fructibus fundi pignerati sed de fructibus fundi locati, vt explicabimus, *ad l.* 5. *si non.* I. *h. tit.* Hæc autem regula procedit, quamdiu prædia manent de-

bitoris, ſiue ipſe poſſideat, ſiue poſſeſſionem tranſtulerit in creditorem; quia fructuum dominium ad eum peruenit. At ſi prædiorum dominium in alium fuerit tranſlatum, fructus qui deinde naſcentur non erunt obligati hypothecæ, etiamſi extent, *d. l.* 29. §. 1. Ratio eſt, quia hi fructus nunquam debitoris fuerunt, *d.* §. *cum prædium*, res enim quæ debitoris non eſt, nec aliquando futura eſt, pignori obligari ab eo non poteſt, *toto tit.* I. *ſi aliena res pignori data ſit*, *& l.* 15. *& quæ nondum*, §. 1. D. *de pignoribus*. Sed ſi is in quem ſunt tranſlata prædia non fuerit factus dominus, ſed ſit tantùm bonæ fidei poſſeſſor, tunc fructus extantes tacito iure hypothecæ tenebuntur: conſumpti verò non poterunt repeti hypothecariâ actione, *d.* § *cum prædium*, *& l.* 16. *ſi fundus*, §. *in vindicatione*, D. *de pignorib.* Ratio eſt, quia fructus extantes pertinent ad dominum prædii: conſumpti verò non item, §. *ſi quis à non domino*, *Inſtit. de rerum diuiſio. l.* 48. *bonæ fidei*, D. *de acquir. rer. domin. l.* 22. *certum*, §. *de rei vindicat.* Neque profectò video quicquam in hac quæſtione intereſſe, vtrùm fructuum hypotheca ſit tacita vel expreſſa, licet alio caſu interſit, vt *l. pen. D. h. t.* nam quod *in d.* §. *cum prædium*, fit mentio pignoris expreſſi, id ex facto relatum eſt, non diſcriminis alicuius causâ, quamuis Cuiacio aliter videatur. Altera regula eſt, rem emptam ex fructuum pretio non eſſe in eadem cauſa, id eſt, non cenſeri tacitè obligatam; nam nec rem ex nummis pigneratis emptam ideo pigneratam eſſe definitum eſt, *l.* 7. *idemque*, §. *vlt. D. qui potiores*, vt nec illam quæ ex pecunia mutua creditur, *l.* 17. *quamuis*, *S. h. t.* nec enim ius pignoris eo vſque extendere viſum eſt, ex quorum placitis regulæ iſtius leg. veniunt, vt verba ipſa innuunt.

Ad L. 4. Satis notum.

BOna Primipilaris fiſco tacitè eſſe obligata nulla dubitatio eſt *ex leg.* 2. *h. tit.* quia is cum fiſco contrahit, vt docet Cuia. *h.* parat. an potius contraxiſſe intelligitur, *l.* 1. *S. de condict. ex lege*, *l.* 15. *ſi non verum*, *S. de donationib. inter vir. & vxor.* In poſthumis ad hunc tit. idem Cuja. dicit teneri quaſi ex contractu, quod verius. Sed & dos vxoris eius eodem iure tenetur, vt dicitur *in hac l.* contra regulam *tit. ne vxor pro marito*, *S.* hoc enim eſt priuilegium Primipili præter alia quæ refert Cuia, *ad l. pen.* I. *de primipilo*, *lib.* 12. quod hîc dicitur ſatis notum & ratione conſtitutum: rationem autem intelligere poſſumus, quia vtilitas publica præferenda eſt contractibus priuatorum, *l.* 3. *de primipilo*, I. *lib.* 12. *l.* 1. *S. de condict. ex lege.* Vel etiam quia dos vxoris eſt in bonis & patrimonio mariti, *l.* 30. *in rebus*, *S. de iure dotium*, quam rationem Cuia. affert in parat. *S. de priuilegio fiſci*, quæ apertè demonſtrat à contrario, quare reliqua bona mulieris quæ ſunt extra dotem non teneantur, *l.* 1. *illo t.* Obſeruandum autem Cuia. exiſtimare eodem paratit. & iſto, idem eſſe

circa dotem, cùm maritus ex alia quacumque publica functione tenetur, quod putat probari argum. à contrario, *l. 3. S. ne vxor pro marito*, quod tamen ibi Gloſſa negat rectè inferri, cui aſſentior; dos enim ibi excipitur, non quod ea pro mariti obligatione teneri poſſit extra cauſam Primipili, ſed quod ibi de patre mulieris agatur, cui nullum ius in dote eſſe poteſt, conſtante matrimonio, ſed tantùm in reliquis bonis quæ extra dotis cauſam filiæ ſuæ aſſignare voluit. Sed quia dos eſt mulieris patrimonium, vt eſt in noſtro contextu, iunctâ Gloſſâ, & reuera ac naturaliter in dominio ipſius, in dominio verò viri legum tantùm ſubtilitate *d. l. 30. S. de iure dotium*, *l. quamuis*, *D. eod.* & hac ipsâ ratione vtitur Cuiac. in poſtum. ad hunc titulum idcirco tacita hypotheca quæ fiſco in dotem datur *in noſtra leg.* ita temperatur, vt prius excutienda ſint omnia bona mariti ac nominatorum ipſius, vt eſt in contextu, quamquam alioqui creditor cogi non poſſit debitores actione perſonali conuenire, vel eorum fideiuſſores aut nominatores qui fideiuſſorum loco ſunt, *l. vlt. quo quiſque ordine conueniatur*, I. *lib.* 11. & perſecutionem pignorum omittere vel ſuſpendere, *l. 24. perſecutione*, *S. de pignorib.* Nominatores autem intellige qui primipilarem ad eam functionem quaſi idoneum nominauerunt, quod & in aliis muneribus fit, *l.* 11. *nominatori*, *S. de pignorib. & tit. de periculo nominator. lib.* 12.

Sed iam de ipſa primipilaria functione dicendum: qua in re ante omnia is qui in legionaria militia Primipilus vel Primopilus olim dicebatur diligenter diſtinguendus eſt à Primipilo & Primipilari, de quibus *in noſtra leg. & in aliis Cod. vtriuſque locis*, agitur. Nam priſcus ille Primipilus fuit primæ cohortis Centurio qui aquilæ præfuit, ac per hoc caput legionis, vt Vegetius appellat lib. 2. de re milit. c. 2. hoc eſt, primus in ipſa legione & clariſſima dignitate ornatus, vt Dioniſius halicarn. ſcribit lib. 9. & magnis commodis auctus, vt cod. lib. docet Vegetius cap. 21. Et qui eo munere defuncti fuerant Primipilares dicebantur, de quibus fortaſſe accipienda *l. 23. pater*, *D. de adimend. legat.* in qui Papinia. refert, patrem teſtamento voluiſſe filiam ex ratione Primipili commodorum trecentos aureos accipere, & *l. 32. pediculis*, §. *quidam*, *D. de auro & argento legato*, vbi Paulus ſcribit Primipilarem vxori ſuæ argentum eſcarium legaſſe. Dixi fortaſſe, quia & Primipilares de quibus hîc agimus ſua commoda poſt adminiſtrationem habuerunt, *l. 1. de Primipilo*, I. *lib.* 12. quos miror Cuiacium confundere cum primipili Centurione, parat. *de priuilegio fiſci*, *S. & ad hunc tit. in poſtum.* Noſtri enim Primipilares ne milites quidem fuere niſi impropriè, & ab iis ac veteranis diſtinguntur, *l. vlt.* §. *patrimoniorum*, *D. de munerib.* ſed officiales & apparitores cohortales, vt oſtendit rubrica de cohortalibus principibus, cornicularíis, & primipilaribus, I. *lib.* 12. *l. 4. officiales*, & *l. 27. S. de Epiſc. & Cler.* & Primipilares dicti in ipſa adminiſtratione ſiue Primipilarii, *l. 5. de cohortal. & l. 2. de filiis offic.* I. ac conſequenter

poſt adminiſtrationem exprimipilares ſiue exprimipilarii, *l.* 13. *nullum, de cohortalib.* I. *l.* 21. *& l. pen. C. Th. eod. tit.* Munus autem ipſum quod adminiſtrant dicitur primipilus, vt Gloſſa rectè interpretatur, *l.* 1. *de condict. ex lege, S.* atque ita diſtinguendus *tit. de primipilo*, I. *lib.* 12. à dicto tit. *de cohortalib. primip. cornicul. & primipilarib.* Ideoque malè Cuia. *ad l.* 2. *de primipil.* I. primipilum dicit perſona ipſa Primipilaris; nam *toto illo tit.* primipilus nihil aliud eſt quam ipſe primipilatus, ipſa adminiſtratio, vt lex 1. oſtendit, adminiſtratio, inquam, primipilaria, vt dicitur, *l.* 1. *de priuilegio fiſci, S.* & hoc ſenſu dicitur primipili ſarcina & onus, *hac noſtra leg. & l.* 11. *ſi tutores, S. de compenſationibus*, debitor ex primipilo vel ob primipilum, *l.* 1. *S. de condictio. ex lege, l.* 15. *ſi non verum, S. de donationibus inter vir. & vxor.* primipili causâ, *l.* 2. 3. 4. *de primipilo*, I. & ſimilia (& hoc etiam ſenſu, *in l.* 7. *de cohort.* I. is qui huic functioni obnoxius eſt non antè vacationem obtinet, quàm ſi omne quod primipilo debetur expenderit, & eodem ſenſu Cuia. ipſe *ad l.* 3. *de cohort.* I. primipilum definit annonæ militaris exhibitionem & curam; nam primipilarium hoc munus fuit annonas militares, id eſt, alimonias militum ſuſcipere, ea denique in horreo publico peruehere & deferre militibus deinde erogandas, *l.* 6. *& l.* 17. *de cohortalib. C. Th.*) ad quarum ſuſceptionem & exactionem ſtationarios habuiſſe videntur, *l.* 2. *eod. tit.* atque ideo milites paſcere dicuntur, *d. l.* 6. & munus ipſum dicitur paſtio primipili, *l.* 6. *de diuerſ. offic. C. T.* ſiue paſtus primipili, *l.* 3. *&* 7. *de cohort.* I. Dicitur etiam adminiſtratio, *l.* 1. *S. de priuilegio. fiſci, l.* 1. *de primipilo*, I. & procuratio, *l.* 8. *de cohort. C. T.* In ea verò functione exhibenda Primipilares grauia ſuſtinent detrimenta, *l.* 6. *eod.* & de propriis facultatibus expendere coguntur, *l.* 7. *eod. tit.* §. 1. ideoque ſarcina & onus appellatur, vt ante dictum eſt, cui ſubiiciuntur cohortales, ſiue cohortalini, id eſt officiales ordinariorum iudicum. Iſti enim eâ ſunt conditione vt poſt exacta & emenſa militiæ cohortalis ſtipendia veterani iam facti primipili munus ſuſtinere cogantur, *l.* 61. *de hæreticis, C. Th.* etiam poſt principatum & corniculatum, *l.* 10. *de cohort, C. Th.* neque antea miſſionem obtinere poſſunt, licet peracto labore militiæ, *l.* 3. *& l.* 7 *eod. tit.* I. vbi hæc functio extrema militiæ deberi dicitur, ideoque primipili neceſſitas appellatur, *l.* 4. *S. de epiſcop. & cler. l.* 7. *&* 8. *de cohort. C. T.* aliorum autem iudicum officiales & apparitores huic muneri non videntur fuiſſe obnoxii, quod de officialibus Præfecti Vrbi nominatim dicitur, *l.* 6. *de diuerſ. offic. Cod. Th.* deſtinabantur autem Primipilares, & mittebantur, non ſolùm ad paſcendos milites limitatenſes, *l.* 3. *de cohort. Cod. Th.* ſed etiam ad comitatenſes *l.* 17. *eod. tit.* non vnus ſed plures, *l.* 9. *ibid. & l.* 5. *eod. tit.* I. idonei ſcilicet, *d. l.* 7. ideoque nominatione creantur, vt ante dictum, quod ita intelligendum, vt minùs idonei de ſuis facultatibus quod huic functioni debetur inferre teneantur, *arg. l.* 17. *ordina-*

riorum & l. 14. I. *de cohort.* Neque verò existimo Centurionem primipili tale aut simile munus exhibuisse, nec Lipsius lib. 6. de milit. ro. cap. 8. quicquam refert huiusmodi, qua in re grauiter fallitur Cuia. qui ad hunc tit. in postum. *& ad d. l.* 23. *pater, D. de adimend. legat.* his verbis Vegetii in eam sententiam abutitur, hic tanquam caput totius legionis merita consequebatur & commoda, quæ habentur lib. 2. c. 8. quibus significari putat totius legionis commoda, stipendia, & annonas militares eum accepisse & erogasse, cùm tamen Vegetius de commodis ipsius Centurionis loquatur, quasi capitis totius legionis, non autem de commodis legionis: quod apertiùs explicat c. 21. eiusdem libri, vbi ait eum ex omni legione infinita commoda consequi; nam quod attinet ad annonam militarem ea tunc cura fuit Præfecti legionis, vt idem Veget. scribit c. 9. In iure autem nostro nullam reperio mentionem Centurionis primipili. Quinimo nec *in toto tit. de erogat. milit. an.* I. vllam inuenio Primipilii mentionem, nec *in ipsa l. vlt.* vbi plures nominantur ei rei deputati. Imò *in l.* 9. 11. *&* 14. *ibid.* Susceptores Actuarii, Optiones, & Opinatores annonam militarem exigunt suscipiunt & erogant, quod distinctione aliquâ opus habet. Hoc certè obseruatione dignum & singulare in Primipilaribus, quod etiam eo munere defuncti manent, tamen in perpetuum subiecti præceptis Præfecti Pr. & publicis vtilitatibus, neque exequendarum necessitatum nunc a declinare queunt, ideoque nunquam se clero vel monasterio deuouere, quod omnibus tamen aliis Officialibus Rationalibus certis conditionibus permissum est, *l.* 4. *Officiales, & l.* 27. *quisquis emensis, D. de episc. & cler. & l.* 7. *pen. de cohort. C. Th.* Itaque Exprimipilares videntur esse quasi agentes in rebus Præfectorum Pr. vt nempe iis vtantur ad publicas necessitates, & ita intelligendũ est quod dicitur, *in l.* 10. §. *pen. D. de excusat. tut.* primipilo functum ad militares necessitates rursum vocari, vbi Cuia. intelligit curã annonæ, quamquã non facilè crediderim tam graue munus iterari, sed id potius ad leuiora munera & honoratiora referrem. An igitur exprimipilares sunt eâ conditione quâ euocati in militia? Solos verò Cohortales huic functioni obnoxios reperio non Apparitores superiorum Magistratuum, vt ante dixi: Cuiacius tamen *ad l.* 8. *de excusat. tutor.* D. scribit, sed non probat Primipilares fuisse in palatina militia, & officio Magistratuum. Certè *in l.* 10. *in prin. eod. tit.* Modestinus apertè loquitur de Primipilaribus qui in caligatis militiis vel aliis militauerunt. Atqui probauimus in legionaria militia olim Centurionem primipili non curasse annonam militarem, sed præpositum legionis: itemque sub imperatoribus militarem annonam in legione videri erogatam ab obtionibus, non à Primipilaribus. Res profectò non mihi liquet. Quid si dicamus in vnoquoque officio apparitione & cohorte magistratuum fuisse suos Primipilares de ipso corpore qui vniuerso corpori pastum exhiberent. Pro qualitate autem magistratuum varia

fuit dignitas apparitorum, ita vt nonnulli essent militaris ordinis, vt officiales Magistrorum militum, *l. 2. de apparit. magistr. mil.* I. qui vt est in notitia militum in numeris atque in officio deputantur. At contrà Cohortales non videntur numero militum habiti, vt probatur, *l. 4. de cohort.* I. *& l.* 12. *C. Th. eod. tit.* si modò illas ll. negatiuè legas ex nostra emendatione, vt consequenter Primipilares in caligatis militiis intelligamus, non in legionaria militia, sed in officiis quæ militum numero habentur. Nec verò leue munus pastum exhibere vni apparitioni; nam in officio Præsidum per Illyricum sunt centum homines, *l. 9. de cohortalibus*, I. In officio Proconsulis Africæ quadrindenti, *l. 2. de apparitor. Proconsul.* I. In officio Comitis orientis sexcenti, *l. 1. de apparitor. Comit. orient.* I. Quid si & è legionaria militia dicamus fuisse Primipilares? sub imperatoribus certè in ipsa fuerunt, cùm ducibus munera & sportulas dedisse dicuntur, vt S. docuimus. Et qui, *in l. 6. & 17. C. Th. de cohortalib.* mittuntur ad pascendos limitatenses & comitatenses, illi non dicuntur fuisse ex cohortalibus, nec explicatur quo ex corpore fuerint, & verba hæc *d. l.* 10. *D. de excusatio. tut.* ἀπὸ κάλιγας στρατείας καὶ τὰς λοιπὰς, videntur innuere Primipilarios ex ipsis militijs fuisse in quibus pastum præberent, & obseruandum obiter, *in prin. d. l.* 10. quod de absentibus reipub. causâ subiicitur, non esse ad Primipilarios referendum. Item obseruandum, *in f. l. 8. eod. tit.* Primipilares definiri qui primipilo functi, si Ant. Augustino credimus; nam vulgaris interpretatio habet qui exercent primipilum. Sed credo Augustino, vt definitio pertineat ad exprimipilares; nam qui moriuntur non peractâ functione, non intelliguntur primipilarii in hac causa. Cæterum olim primipili Centurio fiebat deinde Eques, vt docet Lipsius loco supradicto. Sic Primipilarius post emeritam militiam fit perfectissimus, vel ducenarius, vel centenarius, vel egregius, *l. 3. de cohort. C. Th.*

Ad L. 5. Si non inducta, & L. vlt.

HÆc duæ ll. sunt de inductis & illatis in prædia conducta, sed lex 5. est de solis prædiis rusticis, lex vlt. de solis vrbanis. Duæ autem sunt regulæ præcipuæ ex his obseruandæ. Prima est, vt quæ in prædia vrbana inducta illata sunt ab inquilino pignori esse credantur, quasi id tacitè conuenerit. *d. l. vlt.* Altera est, vt quæ in prædia rustica inducta illata sunt à colono pignori non sint, nisi id nominatim conuenerit, *d. l.* 5. vtraque coniunctim traditur, *l. 4. D. h. t.* Sed præterea prima regula probatur, *l. 2. 3. 4. §. 1. 5. in prin. 6. & l. pen. D. h. t. l. 4. item quia, D. de pactis, l.* 11. *solutum*, §. *solutam, D. de pignerat. actio.* Hæc autem locum olim tantùm habuit in vrbe Româ vtrâque & territorio earum, *l. vlt. h. t.* hoc est, veterc & noua, quæ Constantinopolis, *l. 4. S. de operib. public. l. 6. omni, S. de Sacros. eccles.* & territorio inquam, id est, terminis & finibus

nibus earum, *l. vlt. D. de officio Præfecti vrbi*, *l.* 239. *pupillus*, §. *territorium*, *D. de verb. signif.* Ideoque hæc regula loquitur de prædiis vrbanis; vrbis enim appellatione per excellentiam Roma intelligitur: cæteræ autem ciuitates dicuntur, *l.* 6. *inter pœnas*, §. 7. *constitutum*, *D. de interdict. & regulat.* & quamquam vrbs strictè accepta muris finiatur, *l.* 2. *l.* 87. *vt alfenus*, *& d. l.* 239. §. *pupillus*, *D. de verb. signif.* tamen per interpretationem ad territorium extenditur, vt videre est, *in d. l. vlt. D. de offic. Præ. Vr.* Ratio autem quare hæc tacita hypotheca in domibus & habitationibus prouincialium non haberet locum, videtur, quia deterius ferè in omnibus fuit ius Prouinciarum, *in prin. de excusat. tut.* §. *per traditionem*, *de rer. diuisio. in prin. de vsucapion. Instit. & l. vn. de vsucap. transfor. S.* & quia in vrbe talis hypotheca magis necessaria propter innumeram multitudinem inquilinorum & cænacullariorum, vt appellat *d. l.* 11. §. *solutam*, *D. de pignerat. actio.* At Iustinianus tandem *in nostra l. vlt.* eam regulam ad omnes quoque prouinciales extendi voluit. Neque huic regulæ obstat, quòd *in l.* 1. D. *de migrando*, mancipium in habitationem inductum pignori non teneatur; nam ibi de certis aliis rebus nominatim conuenerat, vt pignori essent locatori, ex quo tacitæ hypothecæ mancipi censetur renunciatum. Nec verò mirum expressam hypothecam fuisse contractam, vbi lex dabat tacitam; nam & hoc in aliis similibus casibus plerumque fit, vel vt aliquid addatur, vt *in d. l.* 1. vbi conuentio est non solùm de allatis & inductis, sed etiam de ibi natis factisuè, vel vt aliquid detrahatur, vt ibidem; nam reliquæ res pignori eximuntur, & *l.* 5. *vers. item illud*, D. *h. t.* vel denique maioris cautionis & tollendæ dubitationis gratiâ, vt obseruat Gloss. *ad l.* 6. *aliàs* 68. *si seruus communis*, §. *locaui tibi*, D. *de furtis*, *& l.* 1. §. *cum prædium*, *D. de pignorib.* Quinimo existimat Cuia. *in d.* §. *locaui*, solemnem eam conuentionem de hypotheca fuisse in locationibus ædium, atque hinc tandem manasse tacitum ius hypothecæ, quasi cõuentum semper intelligatur, quod moris esse & consuetudini conueniri, & eo sensu intelligit quod dicitur, *in l.* 4. *D. h. tit. ad* §. *item seruiana*, *in commentario tit. de actionib. Instit.* Altera regula quæ est de rusticis prædiis apertè probatur, *d. l.* 4. *D. h. t.* §. *interdictum quoque*, *Instit. de interdictis*, *l.* 1. *D. de Saluia. interdicto*, & ex Theoh. §. *item seruiana*, *&* §. *præterea*, *Instit. de actionib.* & denique his nostræ leg. 5. verbis, *quæ pignoris teneri causâ placuerat*, in quibus Glossa malè hæret, si modò ea per parenthesim legas & referas ad illata & inducta, non ad mancipia. Species namque legis ita ponenda est, vt inter locatorem & conductorem fundi generaliter conuenerit, inducta & illata fore pignori, deinde quæstio sit de quibusdam mancipiis quæ locator contendit fuisse in fundum inducta, atque ideo ex illa generali obligatione pignori teneri: conductor autem neget inducta, super qua controuersia rescribit Imperator, vt si ea mancipia non fuissent inducta, neque alioqui specialiter

pignori obligata, non poſſint retineri obtentu penſionis non ſolutæ, ſed vt locator ſolutionem penſionis ſi quæ debeatur ſolito modo exigeret, hoc eſt, actione perſonali locati conducti. Cæterum, quia frequenter dubitari potuit, an aliqua eſſent inducta & illa in prædium ruſticum, & conſequenter, an tenerentur pignoris iure ex generali cõuentione, moris fuit, vt ſciente locatore, id eſt domino fundi inductio & illatio eorum fieret quæ pignori habere vellet, vt ſcilicet de iis liquidò cõſtaret, & omnis dubitandi occaſio amputaretur, atque hoc ſenſu accipiendam puto vexatam illam *legem* 5. *certi iuris*, *S. de locato*, in qua certi iuris eſſe dicitur in rebus inductis illatis in domum conductam non eſſe neceſſariam ſcientiam domini, quia ſcilicet ex ſola inductione vel illatione citra vllam cõuentionem tacito iure pignoris omnia tenentur: at in inductis illatis in fundum ea ſola quæ voluntate & ſcientiâ dominorum coloni in fundum conductum induxiſſent pignoris iure teneri. Ex quo ſequitur in prædijs ruſticis duo requiri, quò inducta & illata pignori ſint. Primum, generalem obligationem inductorum & illatorum ſecũdum ſcientiam & notionem domini de inductis & illatis, vt certò conſtet de iis quæ eius voluntate ita ſunt inducta & illata vt pignori teneantur, & quibus contentus eſſe voluit. Ideoque reliqua omnia quæ deinde inducuntur inferuntur, vt in dies fieri ſolet, pignori non tenebuntur. Si aliter dictam *l.* 5. *certi* intelligas, ſequeretur ex ſola ſcientia & voluntate domini induci tacitum pignus in illatis & inductis in prædium ruſticum citra vllam conventionem, quod omnino falſum eſſe prædicta regula manifeſtè probat, niſi fortè eam ſententiam ſequaris quam exponit Cuia. *ad l.* 4. *D. de pactis*, *& ad noſtrum tit.* in poſtumis, vbi voluntatem & ſcientiam pro expreſſa conuentione interpretatur, *in d. l.* 5. ſed quantùm tamen, & verborum proprietas repugnat, ac ille agnoſcit. & lex de ſolius domini, id eſt, locatoris voluntate & ſcientia loquitur: conuentio autem pignoris non niſi vtriuſque voluntate fieri poſſit, id eſt, locatoris & conductoris. Adde quòd ipſe Cuia. *ad d.* §. *item Seruiana*, *in commentario tit. de actionibus*, ab ea ſententia diſcedit, & in aliam delabitur, nempe vt de pignore conueniſſe videatur, ſi volente locatore colonus quædam induxerit intulerit, & vt conſequenter vel nominatim paciſci vel volente locatore inferri oporteat, quibus verbis tacitum pignus admittit eo caſu in prædiis ruſticis contra prædictam regulam, & aperta verba *l.* 4. *D. h. t.* Prædictæ autem duæ regulæ non certò iure conſtitutæ ſunt, ſed ex vſu & obſervatione deductæ, *d. l.* 4. Vt enim docet Cuia. *h. tit.* in poſtum. *& ad d. l.* 61. *ſi ſeruus*, §. *locaui*, *D. de furtis*, quæ moris & conſuetudinis ſunt in contractibus ea paulatim in ius commune tandem tranſeunt, vt iam attigimus. Moris ergo fuit in locatione ruſticorum prædiorum nominatim paciſci, vt fructus pignori eſſent, *d.* §. *locaui*, ex qua obſeruatione tacitum pignus in fructibus inductum eſt, *l.* 7. *in prædiis*, *D. h. t.* quare cùm fructuum obligatio ſufficeret, non ſolebant

inducta illata obligari, atque ideo tacitum pignus in iis non est inductum, sed manifestarium requiritur. At quia prædium vrbanum nullos fert fructus qui possint pignori obligari, moris fuit inducta & inuecta expressè obligare, vt *d. l.* 1. D. *de migrando*, ex qua consuetudine tandem factum est, vt tacitum pignus in illatis & inuectis in habitationem intelligatur, quamd ifferentiærationem inter prædia rustica & vrbana assignat Cuia. *d.* §. *locaui*, item, *in d. l.* 4. D. *de pactis*, *in d.* §. *item Seruiana*, & *ad hunc tit.* in postumis, atque in ipso parat. quæ mihi vera videtur.

Ad L. Pen. si mater.

DAtur hac lege tacita hypotheca in bona secundi mariti, qui mulierem liberorum primi matrimonii tutricem in vxorem duxerit, antequam illa aliu n tutorem eis obtinuerit, & rationem tutelæ reddiderit, ac reliqua persoluerit, quod etiam probatur, *l.* 2. *S. quando mulier tut. off. fun. pot. & nou.* 22. *de nuptiis*, §. *si autem tutelam*, *col.* 5. vt non solùm bona mulieris tacito pignore teneantur, vt innuit particula *quoque* in contextu, quod in omnibus tutoribus generale est, *l.* 20. *pro officio*, *S. de administratione tut. l. vnica*, §. 1. *& vt plenius*, *S. de rei vxoriæ act.* sed etiam bona mariti. Ratio redditur *in d. l.* 2. ne quid incuriâ, ne quid fraude depereat, incuriâ, inquam, dum vterque ad vota festinat, fraude verò dum maritus prædo occasionem captat sub nuptiarum obtentu, vt *dicta lex* 2. significat, & dum mulier ipsa nouo marito res filiorum addicere studet, *l.* 22. *lex quæ tutores*, *S. de admin. tut.* Sic per contrarium dos mulieris pro administratione viri Primipilaris tacitè obligatur, *l.* 4. quod verisimile sit eam fraudis esse participem.

AD TITVLVM SI ALIENA RES PIGNORI DATA SIT, COD.

HIVS Tituli magnus & frequens in rebus vſus, non ſolùm circa ſpecies in eo expoſitas, ſed etiam circa nobilem illam quæſtionem quæ in foro ſæpius ventilatur, & in qua definienda Sapientiſſimi Senatus Toloſani diuiſa ſunt impræſentiarum tribunalia & conſilia. An nempe res quæ ſubiacent reſtitutioni tacito pignoris iure teneantur, patre dotem filiæ defunctæ repetente, hoc eſt, an res aliena pignori eſſe illo caſu cenſeatur. Pone Titium à patre ſuo heredem inſtitutum & rogatum de hereditate alteri poſt mortem reſtituenda, eúmque dotatam vxorem duxiſſe, quâ defunctâ neque dos ipſa extet, neque vlla propria mariti bona, conſumptis ſcilicet omnibus, vel non ſufficientibus, ſed tantùm res fideicommiſſariæ reſtitutioni obnoxiæ. Quæſtionis eſt, an pater mulieris ius hypothecæ in eas res habeat ad dotis repetitionem? Præcipua verò ratio dubitandi, quia pater intendit actioni ex ſtipulatu quæ pro repetenda dote competit tacitam hypothecam ineſſe in omnes res mariti, *l. vn.* §. *& vt plenius, C. de rei vxor. actione*, & in iis connumerari oportere res ſubiectas reſtitutioni, quia verum ſit, maritum earum heredem, id eſt, dominum aliquando fuiſſe, eáſque in bonis ſuis habuiſſe: eam autem actionem ſecundum ſui naturam in heredem mulieris tranſire, §. *maneat, &* §. *procul dubio, ead. l.* patri verò qui dotem dedit etiam tacitam ex ſtipulatu actionem iure ſuo competere, §. *accedit in f. ibid.* Contrà verò fideicommiſſarius negat res ſubiectas reſtitutioni maritum vnquam in bonis ſuis iure poſſediſſe, quia nempe reſtitutionis conditio inerat: quinimo eas magis alienas aperto iure cenſeri, atque ideo ne expreſſé quidem & nominatim hypothecæ ſubiici potuiſſe, *l. vlt.* §. *ſed quia noſtra, C. cõmun. de legat.* cùm Seruiana etiam actio declaret euidenter iure pignoris teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerint, & per alium rem alienam inuito domino pignori

obligari non posse certissimum sit, *l. 5. cum res, & l. 6. quæ prædium, h. tit. l. 6. qui filios, tit. seq. l. 3. l. 15. & quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. de pignorib.* Cuius controuersiæ definitio à sacro oraculo expectanda, hoc est à Senatu omnium iuris religiosissimo, cuius est non solùm interpretatione ius producere & supplere, sed etiam ius facere, *l. 9. non ambigitur, l. 12. non possunt, & l. seq. D. de legib.* Si tamen quid de ea quæstione sentiam quæsieris, dicam breuiter ne ipsi quidem mulieri, nedum alii tacitam hypothecam in rebus quæ restitutioni subiacent iure dari posse, & aliam longè esse mentem *No. 39. de restitutionibus, & ea quæ parit in vndecimo mense*, §. *quamobrem*, *collat.* 4. ex quo decerpta est *authent. res quæ, C. commun. de legat.* quod firmissimis & indubitatis argumentis facilè probare possum. Primo enim *d.* §. *quamobrem* hoc solùm continet vt liberis institutis & de restituenda post mortem hereditate grauatis sit facultas & licentia, si legitima portio non sufficiat aliquid delibare ex fideicommisso, & adiungere legitimæ ad constituendam idoneam dotem marito vel vxori donationem propter nuptias, & eatenus alienare vel hypothecæ subiicere res subiectas restitutioni, quod etiam perspicuè repetitur, *Nou. 108. de restitutionib. coll. 4.* istis verbis, *& si quidem aut dotem voluerit dare, aut sponsalitiam largitatem, oportet ei hoc permitti agere, hoc videlicet quod nostrâ continetur iam lege in qua ei omnino non negauimus talem deminutionem.* Si ergo liberi facultate sibi permissâ non vtantur, fideicommissum integrum & illibatum manet, quemadmodum cùm heres facultate detrahendæ quartæ vti non vult, *l. 1. C. ad L. Falcid.* Quod enim potestati permittitur non subiicitur iuris necessitati, atque ideo non fit ipso iure, *l. 40. non quidquid, D. de iudiciis.* Secundò & consequenter dictus §. nullam inducit tacitam hypothecam, sed de expressa nominatim loquitur, quæ ab ipsis liberis fuerit contracta in rebus restitutioni subiectis, quod sole clarius verba hæc demonstrant, *Sancimus*, inquit, *secundum hunc modum excipi modis omnibus ad restitutionem nuptialia documenta, & super his factas donationes aut hypothecas* De factis ergo hypothecis No. loquitur, non de præsumptis & tacitis. Quæ ratio facit, vt existimem necesse etiam esse res ipsas nominatim & in specie nominare, aut certè generaliter res subiectas restitutioni, neque sufficere generalem bonorum propriorum hypothecam, cùm eâ appellatione non contineantur res fideicommisso subiectæ, *l. vlt.* §. *sed quia nostra, C. commun. de legat.* nisi fuerint nominatim affectæ, & ideo Glossa, *in l. 22. mulier*, §. *cum proponeretur, D. ad SC. Trebell.* dotis quantitatem datam intelligi ex rebus restitutioni subiectis. Scrupulum tamen iniicit quod dicitur, *in* §. *hæc igitur omnia, d. No. 39.* ibi, *& hoc trahere ad insidias restitutionum*; nam videtur intelligere dotis vel donationis constitutionem alioqui generaliter factam posse trahi ad res subiectas restitutioni, nisi dicas ea verba intelligi, cùm augmentum nominatim fit de rebus restitutioni subiectis. Tertiò, pendente semel ma-

trimonio non licet coniugibus in fauorem matrimonij hypothecam constituere super rebus restitutioni subiectis ad augendam dotem vel donationem propter nuptias quamuis paruam & mediocrem. *d.* §. *hæc igitur.* Multominus ergo soluto matrimonio licebit inducere tacitam hypothecam ad dotis restitutionem in fauorem mulieris vel alterius; nam quod in d. §. prohibetur iis qui matrimonium contraxerant, No. prohibitum quoque intelligo quotiescumque matrimonium iam contractum est, tunc enim cessante necessitate conciliandi matrimonij augmentum non potest intelligi aliâ mente factum quàm in euersionem fidicommissi.

Ad L. 1.

PRima regula huius leg. est, Procuratorem contra domini voluntatem rem immobilem pignori frustra dare, quæ etiam probatur, *l. vlt. h. t. l. 7. si pupillorum*, §. *vlt. D. de reb. eor. qui sub tutela.* Rei autem immobilis mẽtio fit *in hac l. & d. l. vlt.* ex ipsius facti de quo agebatur specie; nam alioqui idem esse puto in rebus mobilibus, *argumento l. 63. procurator totorum*, *D. de procurator.* cùm regula huius tituli sit generalis, *l. 6. quæ prædium, in f.* I. & nominatim ad res quoque mobiles pertineat, *l.* 3. I. *h. tit.* Tres verò exceptiones Glossa affert ad hanc nostram leg. Prima est, si procurator liberam administrationem habeat, nam tunc rectè pignori vel hypothecæ rem domini dare potest, cùm id filiof. Velseruo qui liberam peculij administrationem habeat concessum sit, *l.* 18. *si conuenerit*, §. *vlt. cum l. seq. D. de pignerat. actio.* quasi ex tacita domini voluntate, vt innuit *l.* 20. *aliena ibid.* pro obligatione scilicet peculiari, non pro aliena, *l.* 1. §. 1. *D. quæ res pignori.* Secunda est, si procuratori quamuis liberam administrationem non habenti mandatum fuerit pignori dare, *l.* 11. *solutum* §. *vlt. D. de pignerat. & de l.* 20. *ibid.* Tertia est, vniuersorum bonorum administratio procuratori permissa est ab eo qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere; nam & hoc casu procurator rectè pignori dat, licet neque liberam administrationem habeat, neque speciale mandatum, *l* 12. *vel vniuersorum*, iunctâ Glosså *D. de pignerat actio.*

Altera huius leg. regula est, Creditorem in casu proposito, quamuis hypothecariam actionem habere non possit, cùm pignus nullum sit, si tamen possideat, & pecuniam in rem domini versam constabit, pignoris retentionem habere & doli mali exceptione defendi ad summam duntaxat eius quod numeratum est, quod retentionis remedium in alijs quoque casibus obtinet deficiente hypothecariâ actione, vt in casu *l.* 1. *in prin. D. de pignorib.* Item in casu *l.* 1. *in prin. D. quib. mod. pignus vel hypotheca sol.* Item in casu *l. vn.* I. *etiam ob chirograph. pecun. pignus teneri posse:* Item in casibus *l.* 14. *vtere & l.* 16. *si prædium*, *S. de prædiis & aliis reb. min.* Item in casu *d. l.* 7. *si pupillorum*, §. *vlt. D. de reb. eor. qui sub tutela.*

nus, §. *offerri*, *D. de action. empti*, *l.* 22. *hereditatis*, *de hered. vel actio. vend. & l.* 78. *fistulas*, §. *qui fundum*, *de Ædilit edicto D.* vbi venditor quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit, si pretium non numeretur, nisi quis hoc vltimo casu putet esse verum pignus tacitè inductum à lege, vt etiam hypothecaria actio venditori possit competere, si possessionem amiserit, quamquam Glossa neget esse verè pignus *ad d.* §. *offerri.* quibus scilicet casibus & similibus possidenti quidem retentio quasi nomine pignoris datur, sed non persecutio amissæ possessionis per hypothecariam actionem, qua in re distant hi casus à vero pignore, in quo non solùm possidenti datur exceptio & retentio, sed etiam non possidenti actio hypothecaria, *l.* 2. *S. per quas personas nobis acquiritur*, Cœterum hæc verba in contextu, *dumtaxat quod numeratum est*, significant hanc retentionem non dari propter impensas in pignus vel circa pignus factas, quamquam in vero pignore illa in summam debiti computentur, siue quis agat hypothecariâ, siue retentione vtatur, *l.* 6. *in summa*, S. *de pignorib.* Dabitur ergo retentio in nostra leg. in eam dumtaxat quantitatem quæ numerata est

Ad L. 2.

HÆc lex regulam & exceptionem continet. Regula est valde generalis & certissima, Rem alienam citra domini voluntatem pignori obligari per alium non posse, atque ideo pignus non consistere, *l.* 5. *cum res*, *& l.* 6. *quæ prædium*, 7. *h. t. l.* 6. *qui filios*, *tit. seq. l.* 2. *D. d. pigner. actio.* siue is sit procurator, seruus, colonus, actor, seu conductor, *l.* 1. *& vlt. h. t.* siue tutor, aut curator, *l.* 3. *& pen. h. t.* siue filius, *l.* 4. siue mater, *l.* 6. I. *h. tit.* siue socius, siue frater *l.* 2. *S. communi diuid.* siue maritus, *l.* 5. *si fine*, *S. ad sc. Velleia.* siue alius quicumque. Dixi, citra domini voluntatem, quia voluntate domini aliena res pignori dari potest, cuius etiam ratihabitio post factum sufficit, quia retrahitur ad tempus dati pignoris, *l.* 20. *aliena res*, *D. de pignerat. actio.* Neque verò regulæ obstat, si dixeris rem quæ venditionem recipit etiam pigneratitiam posse recipere, *l.* 9. *sed & quod*, *l.* 11. *si is qui bona*, §. *vsus fructus*, *D. de pignorib. l. vn. S. rem alienam gerenti non interdici rerum suarum alienat.* Rei autem alienæ venditionem consistere, licet res emptori auferri à domino possit, *l.* 28. *rem alienam*, *D. de contrah. emptione.* Nam vt rectè & vno verbo respondet Glossa in nostra leg. venditio personam, pignus rem afficit, quod ius explicat, *ad d. l.* 28. hoc est, venditor tenetur tantùm vacuam rei possessionem tradere & euictionem præstare, quod facere potest, etiamsi dominus non sit. At *l.* 63. *sæpe*, *vers. is vero*, *D. de re iudic.* debitor ius pignoris in re tenetur constituere creditori, quod actionem in rem, id est, hypothecariam ei pariat, quod nullus facere potest nisi dominus. Denique venditio ex sola personali obligatione constat:

pignus verò non niſi ex obligatione rei & perſonæ ſimul, quam ſolutionem Cuiac. ſequitur hoc parat. & fuſiùs explicat in poſtumis ad hunc tit. vbi etiam addit *dict. legem* 28. eſſe intelligendam de re noſtra non de, aliena, vt quæ res noſtra venditionem recipit, pignerationem quoque, recipiat. Item non obſtat quod ſeruitutes ruſticorum prædiorum pignori dari poſſunt, *l.* 12. *ſed an viæ*, *D. de pignor.* cùm tamen ſeruitutes non ſint in bonis, *l.* 1. *de vſufr. legato*, *D.* nam, vt Cuiac. rectè ad hunc tit. in paratit. & in poſtumis, non ſunt etiam omnino extra noſtra bona, *d. l.* 1. Dici etiam poteſt id fuiſſe ſingulariter receptum propter vtilitatem contrahentium, vt innuit *d. l.* 12. quod tamen receptum non eſt in vrbanis ſeruitutibus, *l.* 11. *ſi is qui*, §. *vlt. eod. tit.* quia eius ſunt naturæ, vt neque creditor iis vti poſſit, neque emptor, ſi pignus diſtrahere creditor velit. Item non obſtat, quòd Gloſſa *in d. l.* 6. *tit. ſeq.* objicit de redempto ab hoſtibus qui vinculo pignoris retinetur, *l.* 2. 8. 11. 13. *de poſtliminio* I. *l.* 43. *ſenatus*, *in fin. D. de pignorib.* cùm tamen homo liber dici non poſſit eſſe in bonis cuiuſquam, *l.* 6. *qui filius*, *tit. ſeq.* neque in ſui ipſius dominio, *l.* 13. *liber. homo*, *D. ad l. Aquil.* Nam ibi non eſt pignus ciuile, ſed naturale, *d. l.* 2. *de poſtliminio*, id eſt, retentio quædam, donec redemptus pretium ſoluat, *l.* 20. *qui teſtamento*, *D. qui teſtam. facere poſſunt*, ideoque *in d. l.* 2 redemptus dicitur eſſe in cauſa pignoris, quæ verba innuunt, non eſſe propriè pignus, *l. vn. & cum triplic. S. de caducis tollend.* vbi quod dicitur in cauſa caduci non eſt propriè caducum. Denique non obſtat, quòd ego poſſum pignori dare rem mihi debitã quæ mea non eſt, *l.* 1. *in prin. D. de pignor. & l.* 3. §. *cum ex cauſa*, *D. qui potior. in pignore*, vel etiam rem mihi obligatam, *toto tit.* I. *ſi pignus pignori datum ſit*, quia non tam rem ipſam pignori obligo, quàm ius quod in ea habeo, vt docet Cuia. ad hunc tit. in parat. & in poſtumis: ſed verior fortè ratio in primo caſu, quia pignus videtur collatum in tempns quo res erit noſtra.

Exceptio autem regulæ hæc proponitur in contextu vt pignus rei alienæ teneat, ſi dominus ſciens hoc agi diſſimulauerit in fraudem creditoris ignorantis; nam tunc pignus tenet, quia ea diſſimulatio pro conſenſu habetur: ſic quoque Cuia. in poſtum. *l. vlt. h. t. l.* 5. *ſi ſine*, *S. ad ſc. Velleia. & l.* 11. *mulier*, I. *de diſtract. pignor.*

Sed Gloſſa *in noſtra l. & l.* 5. *S. ad ſenatus ſc. Vell.* putat hoc intelligendum, cùm dominus obligationi præſens fuit: at lex noſtra loquitur de ſciente, quod videtur ſufficere etiam ſine præſentia, & contrà præſentia nihil facere videtur, ſi adſit fraus, putà mulierem coactam à viro intereſſe obligationi. Facit *l.* 8. *ſicut*, §. *nam videtur*, *D. quib. mod. pign. ſol.* in qua fit mentio ſolius ſcientiæ. Et Cuia. in poſtum. ad hunc tit. ſcientiam accipit pro conſenſu, nec loquitur de præſeutia. Et hæc eſt ſententia Fulgos. *ad d. l.* 5. *ſi ſine voluntate*, *S. ad SC. Vell.*

Ad L. 3. Curator, & L. pen.

REgula harum ll. duplex est. Affirmatiua, Curatorem adolescentis vel tutorem pupilli propriam rem mobilem eius cuius negotia tuetur pignoris iure obligare posse, si in rem eius pecuniam mutuam accipiat. Negatiua, non si in suam. Affirmatiua probatur etiam in *l.* 16. *tutor*, D. *de pignerat. actio.* & trahitur ad curatorem furiosi. Ideo verò de re mobili loquitur, quia immobilis pignori dari non potest, quantumuis negotiũ pupillo vel adulto geratur, nisi accedente quoque Prætoris decreto, quia obstat oratio Seueri siue Senat. *l.* 1. §. 1. D. *de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis*, quod omnino congruit cum *d. l.* 16. vbi hæc verba, *si tutor lege non refragante dederit rem pupilli pignori*, de ea oratione sunt accipienda, vt ibi rectè Cuia. & ita exponenda, si rem mobilem pignori dederit, quia tunc oratio non refragatur, sed in immobilibus tantùm quæ sine decreto obligari non possunt, *l.* 5. *magis*, §. *idem prætor*, & *l.* 7. *si pupillorum*, §. 1. & *sequentib.* D. *de reb. eor.* excepto casu *l. vlt.* §. *defensionem*, *S. de administr. tut.* Obseruandum autem quod Cuia. docet *ad hunc tit. in postumis*, nempe pignus à tutore vel curatore datum, etiamsi in rem pupilli vel adolescentis, non valere ipso iure, sed per tuitionem Prætoris, quod optimè probatur, *ex d. l.* 16. & *l.* 18. *si conuenerit*, §. *vlt. D. eod. tit.* atque ideo creditori non directam hypothecariam competere, sed vtilem, quod tamen *in nostra l.* 3. *vel pen.* non exprimitur, vel quia satis intelligitur ex supradictis locis, vel potius, quia hodie hæc subtilitas superuacua est, *l.* 47. *actio*, D. *de negotiis gestis.* Cœterum Glossa *in nostra l.* 3. & *in d. l.* 16. existimat pignus hodie sine decreto non valere, nec in rebus mobilibus, exceptis iis quæ seruando seruari non possunt, putà vestibus detritis, & fructibus ac reditibus, *l.* 22. *lex quæ*, *in f.* iunctâ Glossâ *S. de administrat. tutorum.* Sed fallitur, quia *d. l.* 22. de sola venditione nominatim loquitur non de hypotheca vel pignore mobilium, in quibus manet illibata tutoris & curatoris potestas. Neque verò placet, quod Cuia. in postum. regulam nostram producit ad procuratorem, si fortè in rem domini pecuniam acceperit; nam *l.* 1. *S.* non distinguit, sed generaliter exceptionem tantùm dat creditori, non actionem vllam; præterea cùm hodie nihil inter directam & vtilem actionem intersit, frustra adhiberetur ea distinctio in procuratore. Denique multùm differt procurator à tutore vel curatore; ille enim alienandi vel obligandi nullam potestatem per se regulariter habet, vt exposuimus ad *l.* 1. isti verò loco domini habentur, & tradendo res mobiles alienare potuerunt, *l.* 58. *interdum*, §. 2. *qui tutelam*, D. *de furtis*, & hodie etiam aliquatenus possunt, vt dictum est, & omnino etiam res mobiles pignori obligare pro negotio pupilli, vt dicitur *in nostra l.* 3. & *pen.* & apertè definitur, *in l.* 7. *item*, §. *sed & si*

filiusf. D. *ad Senatusc. Maced.* vbi filius non potest dare pignori quamuis in rem patris maximè necessariam & per se fauorabilem. Sed iam de negatiua regula aliquid dicamus, cuius exceptio proponitur, *in l. pen.* si post perfectam ætatem, id est, annum vigesimum quintum consensum accommodauerit is cuius res à tutore vel curatore in proprium negotium pignori obligata est; tunc enim pignus conualescit, non quasi ex post facto, sed quasi ab initio valuerit, quia ratihabitio retroducitur & recurrit ad tempus quo de pignore conuenit, *l.* 16. *si fundus*, §. 1. *D. de pignorib.* quæ exceptio in alijs quoque personis qui rem alienam pignori dederunt locum habebit, vt definitur *l.* 20. *aliena res*, *D. de pignor.* Addendum est, primam regulam obtinere non solùm cùm tutor aut curator pecuniam mutuam accepit in rem pupilli vel adolescentis, sed etiam cùm aliter eius negotium gerit, & propter contractus fidem pignus dare cogitur. Sed *in nostra l.* 3. *& pen.* casus frequentior proponitur, non quòd alij excludantur; non enim ob pecuniam tantùm, sed & ob aliam causam pignus dari potest, *l.* 9 *si rem* §. 1. D. *de pignerat.*

Ad L. 4. *nec si maior.*

REgula est, filiumf. quamuis perfectæ ætatis, rem patris eo inuito obligare non posse, quæ etiam probatur, *l.* 7. *item*, §. *sed etsi filiusf. D. de Senatus Maced.* ex qua valde obseruandum idem esse, etiamsi in rem patris maximè necessariam pignus datum fuerit, quamuis aliud in tutore & curatore obtineat. Ratio dubitandi, quia filiusf. etiam viuo patre dominus quodammodo existimatur, *l.* 11. *in suis*, *D. de liberis & postumis*, & eadem persona cum patre, *l. vlt. S. de impub. & aliis substit.* & quia quidquid acquirit, patri acquirit, *l.* 79. *placet*, *D. de acquir. vel omitt. hered.* atque ita patris negotium semper agere videtur, quod sufficit in pignore dato à tutore vel curatore, *l.* 3. *S.* Quæ ratio dubitandi in aliis quoque casibus locum habet, *l.* 23. *filius*, *S. de pactis*, *l.* 7. *nec filius*, *S. de rebus credit.* Ratio verò decidendi est, quia quasi dominium filij & vnitas cum persona patris fictione tantùm iuris intelliguntur, cui veritas præualet, quia filiusf. acquirere potest, non deminuere, *l.* 22. *filiusf. D. de solutionib.* & patris conditionem meliorem facere, non deteriorem. Vult autem Glossa hanc regulam valere etiam in re peculiari, quod verum est; aliud enim est administrare, aliud alienare, vel obligare *l.* 7. *qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro emptore*, quod tamen intelligendum est adhibitis exceptionibus quas exposuimus *ad l.* 1. *S.* Obseruandum autem regulam loqui, quando pignus patre inuito datum est, cùm tamen in alijs personis regula concipiatur de domino vel inuito vel etiam inscio, *l. vlt. h. t.* nempe vt inutilis sit datio pignoris, non modo si nolente domino datum sit, sed etiam, si eo inscio & ignorante, *l.* 22. *si Titio*, *D. de pignorib.* sit inquam generaliter inutile pignus, si sine voluntate domini datum sit, *l.* 1, *h. t. l.* 41. *rem alienam*,

D. de pigner. actio. & & l. 5. si sine, S. ad SC. Velleian. An ergo hoc erit in filjsf. speciale propter rationes prædictas, vt pignoris datio teneat etiam si inscio patre facta, dummodo non inuito & volente? Minimè certè; nam inuitum hac in parte accipere debemus, non eum tantùm qui contradicit, verùm quoque eum qui consensisse non probatur, atque ideo inscium & ignorantem, *arg. l. 8. filiusf. §. inuitum, D. de procuratorib. l. 4. de seruitut. vrb. præd. D.* qui etiam rectiùs inuitus dicitur quàm qui dissensit, vt ait *l. 45. in eo iure, § deinde, D. de ritu nuptiarum*, quod apertè probo, *ex l. 6. quæ prædium*, I. *h. t.* vbi inuitus tam inscium & ignorantem, siue alioqui non consentientem quàm nolentem & repugnantem significat, nam ibi generalis regula ad quascumque personas, & generalior quàm *in l. vlt.* quod etiam disertè probatur in specie proposita *l. 7. item, §. sed & si filiusf. D. ad SC. Macedon.* vbi pignus à filiof. datum est patre absente & ignorante.

Ad L. 5. cum res.

QVamuis certissimum sit pignus rei alienæ sine domini voluntate non tenere, *l. 6. quæ prædium*, I. *h. t.* & consequenter necesse sit pignus esse in bonis debitoris tempore conuentionis, *l. 15. & quæ nondum, §. 1. D. de Pignorib.* si tamen postea res in bonis debitoris esse incipiat, pignus conualescit plerisque casibus, qui à regula excipiuntur. Primus est, cùm quis pignori bona futura generaliter obligat; nam licet ea non sint sua, sed aliena tempore conuentionis, recepta tamen est conuentio generalis in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum, vt inquit *l. 1. in prin. D. de pignorib.* quod etiam confirmatur, *l. 7. idemque, §. 1. qui potiores D.* quò etiam pertinet *l. 15. grege in prin. D. de pignor.* imò, quia moris fuit talem conuentionem adhibere, *d. l. 15. & quæ nondum, §. 1.* eo tandem cautum est, vt sub obligatione omnium bonorum futura contineantur, licet de iis non sit expressè conuentum, *l. vlt. Cod. quæ res pignori.* Ratio verò, cur generale pignus rerum quas in bonis non habemus in hoc casu receptum sit, hæc est, quòd effectus conuentionis in illud tempus suspendi & conferri intelligitur, id est, quo res in bonis nostris fuerint, & hoc pignorum vtilitas extorsit, quæ paulatim irrepsit, *l. 14. qui autem, §. 1. D. de pecunia constituta.* Secundus casus sit, cùm in speciem alienæ rei pignoris conuentio collata est, *d. l. 1. D. de pignorib.* id est, in certum corpus, qui casus multas distinctiones habet; nam si res ita est aliena, vt tamen is qui eam pignori dat ius aliquod in ea vel ad eam habeat, pignus aliquando valet, valet putà si res mihi debita sit, nam possum eam pignori dare antequam mihi possessio tradatur, id est, antequam mea facta sit, *l. 3. §. 1. D. qui potiores in pignore*, neque pignus hoc casu ex post facto conualescit, sed statim ab initio valet. Ratio est, quia obligatio quâ res illa mihi debetur est, in bonis meis, *l. 49.*

bonorum, §. *vlt.* D. *de ver. sign.* id autem apud se quis habere videtur de quo habet actionem, *l.* 142. *id apud*, *eo tit.* Sed huius tamen pignoris effectus in illud tempus collatus intelligitur, quo res mea erit. Item, si quis in re aliena ius superficiarium habeat, eam pignori legitimè dare potest, pignúsque statim consistit, *l.* 13. *grege*, §. *& in superficiariis*, D. *de pignoribus.*; nam superficiarius in rei alienæ superficie iura domini habet, *l.* 1. §. *quia autem*, *D. de superficieb.* & superficiaria in bonis nostris computantur, *d. l.* 49. *bonorum*, §. 1. Item, si quis bonâ fide rem alienam iusto tit. possideat, pignori dare potest, *l.* 18. *si ab eo*, *D. de pignorib.* quia quæ bonâ fide possidemus in bonis nostris computantur, *d. l.* 49. *bonorum* §. 1. Idem dicendum, si quis in aliena re ius pignoris habeat, *toto tit. I. si pignus pignori datum sit*; nam pignori rem pigneratam dari posse prudentibus placuit, *d. l.* 13. §. 1. quia creditor in pignore plus iuris quàm dominus ipse aliquatenus habet, *l.* 63. *sæpe*, *vers scientibus*, *D. de re iudicata.* Si autem res ita sit aliena, vt nullum ius in ea habeam, tunc etiam eam pignori vtiliter dare possum, dummodo sub conditione, si mea facta fuerit, si in dominium meum peruenerit, *l.* 16. *si fundus*, §. *aliena*, D. *de pignorib. l.* 7. *idemque*, §, 1. *D. qui potior. in pign.* nam quamuis pignus sit interim in pendenti, si tamen existat conditio, pignus ab initio constitisse intelligitur, quia retroagitur conditio ad tempus conuentionis, *l.* 11. *potior, in prin. D. qui potiores in pign. habeant.* Sed quæstio præcipua est, cùm res aliena purè & absolutè datur pignori ab eo qui nullum ius in ea habet, si deinde res in bonis eius esse incipiat, an & quatenus conualescat pignus. Definitur autem *hac nostrâ l.* 5. ordinariam quidem actionem, id est, hypothecariam non dari creditori, sed tamen æquitatem facere, vt facilè vtilis ei detur, vbi obiter obseruandum non esse negligendam differentiam actionis directæ & vtilis, licet *in l.* 47. *actio*, *D. de negotiis gestis*, dicatur hanc subtilitatem hodie superuacuam esse. Ordinaria autem actio in hac nostra leg. dari non potest sed vtilis, quia certum est pignus ab initio nullum fuisse, sed conualescere per tuitionem Prætoris, atque ideo debitorem illud à creditore repetere summo iure posse siue pigneratitiâ, siue rei vindicatione, & non posse repelli exceptione pignoris, sed doli mali, *l.* 7. *item*, §. *sed etsi filiusf. D. de SC. Macedon.* Et hæc locum habent, cùm creditor ignorans bonâ fide pignus accepit; sic enim intelligenda est nostra *l.* 5. *& l.* 9. *qui Balneum*, §. 1. *D. qui potior.* An creditori qui non ignorauit alienam dificiliùs vtilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio, vt est *in prin. l.* 1. *D. de pignorib.* difficiliùs inquam, quia & creditori qui non ignorauit vtilis actio interdum dari potest. finge pignus eum accepisse à procuratore quem liberam administrationem habere putauit, vel à tutore aut curatore quem pecuniam in rem pupilli vel adolescentis accipere credidit. Sanè his & similibus casibus scientia rei alienæ obesse non debebit creditori agenti, postquam debitor pignus in bonis habere

cœpit: facilis tamen erit possidenti retentio iisdem casibus, quia fauorabiliores rei quam actores. Neque obstat superioribus *l. 25. cùm vitiosè, D. de pignoribus*, vbi nec retentioni locus est, cùm vitiosè vel inutiliter contractus pignoris intercedit; nam hoc intelligendum, cùm talis manet contractus, non si conualescat tuitione Prætoris, & detur vtilis actio, vel etiam retentio. Cœterũ, quod in contextu nostro dicitur, vtilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ dari, duobus modis Glossa interpretatur, nempe vel de ipsa pigneratitia propriè dicta, vel de hypothecaria quæ interdum pigneratitiæ nomine significatur. Primo modo hic erit sensus, vt quemadmodum in er debitorem & creditorem datur actio pigneratitia ad exemplum scilicet directæ & contrariæ, cùm res alia pignori data est, quia licet nullum stricto iure sit pignus, qualis qualis tamen obligatio quoad ipsos contracta intelligitur, vt inuicem teneantur, *l. 12. rescriptum*, §. 1. *D. de distractio. pignor. l. 9 si rem alienam, in prin.* & §. *is quoque, D. de pignerat. actio*, & *l. 6. quæ prædium*, I *h.t.* Ita etiam eo exemplo datur creditori actio hypothecaria vtilis aduersus debitorem scilicet in cuius bonis res postea esse cœperit; nam & aduersus ipsum debitorem generaliter perinde hypothecaria competit, atque contra extraneum, *l. 9. nec creditores*, §. 1. *S. de pigner. actio. l. 21. si inter*, §. 1. & §. *si res, D. de pignorib.* Secundo modo hic erit sensus, vt quemadmodum ordinaria actio hypothecaria datur aduersus quemcumque creditori, cui pignus iure obligatum est ab eo qui rem habet in bonis: Ita quoque illius exemplo detur hypothecaria vtilis aduersus quemcũque creditori qui rem alienam pignori accepit, postquam ea in bonis debitoris esse cœperit. Hoc verò modo pigneratitiæ nomine hypothecaria in contextu intelligenda erit, quod certum est interdum fieri, vt *in l. 11. si mater*, §. *vlt.* & *l. pen.* §. *Latinus Largus, D. de exceptione rei iud. l. 9. Titius, D. quib. mod. pign. l. 3.* §. *est autem personalis, D. ad exhibendum*, & *l. 7. communi diuidundo*, §. *inter eos, D. communi diuid.* nam licet doctrinæ gratiâ pigneratitia vt plurimum dicatur actio personalis, quæ debitori datur ad repetendum pignus solutâ pecuniâ, vt *toto tit. S. de pignerat. actione & consimili tit. D.* hypothecaria autem actio realis quæ creditori datur ad pignoris persecutionem, quandoque tamen pigneratitiæ nomen pro hypothecaria vsurpatur, quia ea quoque actio de pignore est, vt ait Glossa, *ad d. l. 9.* quamquam tamen à contrario hypotecaria nunquam dicatur pro pigneratitia, vt recte docet Cuja. *ad l. pen. S. de pignerat.* licet Bartolus *ad l. vlt. C. de sacros. Eccles.* pro pigneratitia hypotecariam personalem dixerit, & hanc posteriorem interpretationem sequitur Cuja. *ad hunc tit. in postumis*, & *ad l. 1. D. de pignorib.* vbi rectè obseruat vtilem actionem, *in nostra l. 5.* & *in d. l. 1.* appellari quæ comparata sit ad exemplum hypothecariæ, quamquam & ipsa hypothecaria vtilis sit ad exemplum Seruianæ §. *item Seruiana, instit. de action.* atque ideo vtilem ordinariam videri quodammodo directam alterius comparatione

quæ ab ea manat. Ordinariam dico, vt in noſtro contextu; nam quamquam Cuja. hîc *& ad l.* 1. promiſcuè dicat, directam pro ordinaria, prior tamen Gloſſæ interpretatio mihi magis placet, vt pigneratitiam *in noſtra l.* propriè accipiamus pro actione in perſonam, quæ datur debitori contra creditorem ſolutâ pecuniâ ad reuocandum pignus. Primò, quia non inuenio *in ll. C.* pigneratitiam accipi pro hypothecaria, vt à iuriſconſultis factum eſt, *in Digeſtis*, cùm nondum ea nomina eſſent inter ſe planè diſtincta. Secundò, quia ſatis confuſum videretur, pigneratitiæ nomen impropriè, *in hac leg.* accipere, & ſtatim propriè *in l. ſequenti.* Denique & præcipuè quia ex ea interpretatione ſequeretur hypothecariam in caſu propoſito dari contra quemcumque poſſeſſorem, cùm tamen ea tantùm competat contra ipſum debitorem, ſicut & ipſa pigneratia contraria, cuius exemplo datur, vt S. expoſitum; nam contra tertium poſſeſſorem non poteſt iſto caſu hypothecaria competere, *l.* 41. *rem alienam, verſ. non eſt idem, D. de pignerat. actione*, cujus rei hæc ratio ſignificatur, *in d. l.* 41. quia vtilis contraria pigneratitia contra debitorem qui rem alienam pignori dedit, ideo præcipuè conceditur, quò enim ex ſuo mendacio arguatur (mendacium ſemper in re eſt, cùm alienum pignus obligatur, licet ab ignorante) ſi excipiat pignus non tenere, replicatione doli repelletur, quod improbè reſiſtat, vt eſt *in f. illius l.* At ea ratio ceſſat in tertio poſſeſſore cum quo nihil conuentum eſt; quæ differentia valde obſeruanda. Atque ita tota illa *lex* 41. excepto *verſ. non eſt idem*, de pigneratitia actione accipienda eſt de qua poſt dictum *verſ.* tractare pergit *in verſ. neque, vſque ad f. legis*, ſicque accepta optimè ſuo tit. congruet & conſentiet omnino cum *l.* 22. *ſi Titio, S. de pignorib.* quæ etiam de pigneratitia propriè ſumpta eſt accipienda cum Gloſſa, & nihilominus pertinebit *ad t.* quia ea definitur, quatenus pignus conualeſcat. Quamquam Cuia. hîc in poſtumis, & *ad d. l.* 1. *D. de pignoribus*, & ad ipſam *l.* 41. exiſtimet in vtraque leg. pigneratitiam dici pro hypothecaria, & alteram cum altera omnino pugnare, atque vltimam præualuiſſe, quod idem eſt ac ſi diceret correxiſſe, vt in Gloſ. quæ profectò abſurda ſunt & in libris Iuſtiniani minimè admittenda.

Ad L. 6. quæ prædium.

EX hac leg. tres regulæ colligi poſſunt. Primam expoſuimus *S. ad l.* 5. nempe, re alienâ pignori traditâ qualemqualem obligationem inter debitorem & creditorem inde oriri, & pigneratitiam actionem inuicem locum habere. Vltimam expoſuimus *ad l.* 2. *S.* nempe, alium rem alienam inuito domino pignori obligare non poſſe. Quare ſecunda ſola ſupereſt explicanda, nempe, iure pignoris teneri non poſſe niſi quæ obligantis in bonis fuerint, quæ probatur, *l.* 15. *& quæ nondum*, §. 1. *& l.* 3. *D. de pignorib. l.* 6. *qui filios*, I. *tit. ſeq. l.* 5. *S. h. t. l.* 8. *pignus, S. de*

pignerat. actione, l. 6. qui balneum, §. *Titia*, D. *qui potiores*, & *aliis locis passim*, ex quibus constat sufficere rem esse in bonis obligantis, quibus verbis continentur, non solùm quæ dominii nostri sunt, sed etiam quæ ad nos iure aliquo pertinent, *l.* 49. *bonorum*, §. 1. & *vlt. l.* 181. *verbum illud, de verb. signif. l.* 23. *ante omnia*, *D. de probation.* & generaliter rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus, *l.* 52. *rem in bonis*, *D. de acquir. rerum dominio.* Itaque & non dominus pignori dare potest, modò rem in bonis habeat, *l.* 14. *si non dominus*, *D. qui potiores*, quales sunt fructuarius, *l.* 11. *si is qui*, §. *vsusfructus*, D. *de pignorib.* emphyteuta, superficiarius, *l.* 16. *tutor*, §. *vlt. D. de pignerat. actio.* qui seruitutem habet, qui bonâ fide possidet, is cui res debetur, vel cui pignori obligata est, & similes, de quibus diximus *ad l.* 2. & *ad l.* 5. *h. t.* Hæc autem locutio manauit ex veteri differentia dominii; nam olim fuit dominium duplex, aliud in bonis siue naturale, id est ciuile, *l. vn. de nudo iure quirit. tollendo*, *C.* quod mancipatione in iure cessione & vsucapione contingebat, vt videre est *apud Vlpia. tit.* 1. §. *in bonis t.* 19. §. *pen.* & *tit.* 22. §. *cum seruum.* Vnde dominus bonitarius & dominus ex iure quiritario *Theophilo*, §. & *deditios*, *Instit. de libertinis.* Sublatâ autem eâ dominiorum differentiâ ex vno solo dominii genere constituto in bonis appellatio cœpit vsurpari eo sensu qui supra expositus est, quia qui tale ius habet specie ipsâ & naturaliter dominus rei esse apparet, *l.* 4. §. *si rem, iunctâ Glossâ*, *D. de vsu patio.* & *vsucapion.* Cæterum, quod in contextu probatio nostræ regulæ ab ipsa Seruiana actione petitur, id est hypothecaria quæ propriè quasi Seruiana dicitur, §. *item Seruiana*, *Instit. de action.* simile est ei quod dicitur, *in l.* 10. *pignoris*, *C. de pignerat. actio.* vbi etiam testimonium dicitur à natura pigneratitiæ actionis. Quibus ex locis obseruandũ ius suum ex ipsis actionibus, hoc est ex formulis & verborum conceptionibus quibus olim constabat. Vnde totus liber Pandectarum viceſimus qui est de pignoribus & hypoth. appellatur liber singularis ad hypothecariam formulam, siue liber hypothecariæ ab ipso Iustiniano, *oratione ad Antecessores*, §. 4. *tertii insuper*, vt diximus ad rubricam de pignoribus. Et hoc sensu actiones inter iuris partes connumerantur, *l.* 2. §. 6. *nouissimè D. de origine iuris.* Quod fieri videtur *in l. vlt.* I. vt ibi exponemus. Sed quæ est ratio dubitandi in specie nostræ legis? An quia cùm res à matris liberalitate fuisset profecta, æquum videri potuit pignoris in ea constituendi licentiam illi non denegari? An quia diceretur destinationem magis donandi, quàm perfectam donationem fuisse, *arg. l.* 11. *cum de bonis*, I. *de donation.* An potius, quia donatori licet aliquo casũ pignori obligare rem donatam, nempe ante traditionem, vt *in l. vlt.* §. *Lucius*, D. *de donation.* quia nondum est aliena. Ideoque in contextu nostro ponitur translatum fuisse prædium in donatarios.

Ad L. vlt.

REgula istius legis explicata est, *S. ad l.* 2. Quare verborum tantùm explicatio supereſt. Ait *per ſeruum*: quia in eo dubitandi ratio ſpecialis, quòd negotium domino ſuo gerere intelligitur, eíque ſemper acquirit, *l.* 19. *placet, D. de acquir. vel omitt. hered.* & quòd propter rationem quæ per poteſtatem contingit vna perſona cum domino eſſe videatur, *l.* 10. *ſi Pamphilo, D. de optione legata, &* §. 32. *at ſermo, Inſtit. de legatis, apud Theoph.* & ex ipſius domini perſona ſolùm cenſeatur alioqui pro nullo, §. *ſeruus etiam alienus, de heredib. inſtit. & in prin. de ſtipulat. ſeruor. apud Theoph.* ſicut de filiof. dictum eſt, *ad l.* 5. *S.* & denique quod ſeruo plerumque totius domus & patrimonii adminiſtratio & procuratio committatur, *l. vlt. D. de offic. Præſid.*

Ait *per procuratorem*, de quo dictum eſt *in d. l.* 1. *S.* quamquam ibi propriè de procuratore negotiorum geſtorum agi videatur: hîc verò de procuratore rerum & patrimonii, quæ conditio ſeruilis eſt & ſeruili obſequio proxima, *l.* 34. *ſi quis procurationem, de Decurionibus lib.* 10. I.

Ait *colonúmue*. Quo nomine poſſumus intelligere vel eum qui ad pecuniam numeratam conduxit, *vn Fermier ou Rentier*, vel partiarium qui quaſi ſocietatis iure & damnum & lucrum cum domino fundi partitur, *vn metayer, l.* 25. *ſi merces*, §. *vis maior, D. locati.* Poſſumus quoque intelligere colonum cenſitum qui à ſeruo parum diſtat, *l.* 19. quæ græca eſt, *& l.* 21. *ne diutius, de agricol. & cenſit.* I. *lib.* 10. & terræ cui aſcriptus eſt quodammodo pars eſt & membrum, *l.* 23. *cum ſatis, eod. tit.* aut etiam liberum hominem colonariæ conditionis qui terram dimittere non poteſt, *l.* 8. 19. *& l. pen. ibid.*

Ait *actorem*, hoc eſt eum qui res alienas agit, *l. vlt. D. de officio Præſid. l.* 2. *de liberali cauſa C. Th.* iunctâ Aniani interpretatione, qui à procuratore rerum ſolo nomine aut certè parum diſtat Martialis 5. lib. epigram. 52.

Vxoris res agit, inquis,
Iſte meæ, ſanè certus & aſper homo eſt,
Procuratorem vultu qui præferat ipſo,

Ideoque actor & procurator plerumque coniunctim dicuntur, *l.* 1. *ne liceat potentioribus, S. & apud Paulum lib.* 1. *tit.* 12. §. *pen. & l.* 7. *ſi conſenſit,* §. 1. D. *quib. modis pignus,* vbi actor ſeruus eſt, vt *d. l. vlt. D. de officio præſid. & Iuſtin. de iniuriis*, §. *ſed pœna.* quamquam tamen & homo liber actor eſſe poſſit, neque hoc libertati officiat, *l.* 10. *liber,* §. 5. *de liberali cauſa, d. l.* 2. *C. Th. eod. tit.* Sed quia miniſterium vile eſt à ſeruo ſæpius adminiſtratur, *l.* 1. *de ſolutionib. & liberationib. debitorum ciuitatum lib.* 11. *C.* aut certè à libertino, *d. l.* 2. *C. Th.* neque homo liber ad huiuſmodi miniſterium etiam pro republica ciuitatis cogi poteſt, *l. vn*

ne quis

ne quis liber inuitus actum reip. gerere cogatur, I. *lib.* 11. quinimo seruus in eam rem vtilior censetur, ideoque nonnulli se venundari patiuntur ad actum gerendum, *l. 6. si quis filio*, §. *irritum*, D. *de iniusto rupto.*

Ait denique, *conductorem*, qui parum differt à procuratore rerum & patrimonii; conductionem enim speciem esse procurationis certissimum est, *No. Theod. ne curialis prædium alterius conducat.* Ideo autem isti omnes hîc coniunguntur, quia in omnibus eadem ferè ratio dubitandi propter commissam administrationem, & quia inter eos tanta similitudo, vt nonnullis solo nomine distare videantur, & promiscuè appellari solent pro arbitrio dominorum, aut more locorum, atque etiam pro ambitione ipsorum qui specioſa nomina sibi asciscunt, indicat Ausonius epist. 22. in qua & in carmine subiecto idem promiscuè dicitur, procurator, villicus, ἐπίτροπος, sicut *in l. pen. in prin.* D. *de adimend. leg.* villicus & actor pro eodem appellatur, & *in l.* 15. *item apud*, §. 31. *Prætor*, D. *de iniur.* dispensator, qui actor *in d.* §. *sed pœna*, *de iniur. Instit.* licet tamen villicus & dispensator distinguantur, *l.* 166. *vrbana*, D. *de verb. signific.* Non omittendum in prin. nostræ legis nexum simpliciter dici pro obligatione pignoris, quod verbum eo significatu frequens, vt *l.* 4. & 7. I *de remiss. pignor. l.* 2. 7. & 17. I. *de distract. pign. l.* 2. & 9. D. *de pignerat. actio. l.* 2. *de his qui in priorum credit. locum succed.* I. in quo verbo latet prisci iuris vestigium scitu dignum.

Nexus in pignore dicitur, vt opinor, ad differentiam alterius pignoris quæ fiducia appellatur; nam in fiducia fit mancipatio, id est, transfertur dominium pignoris interpositâ fide redhibendi & restituendi, vt hodie fit in venditione cum pacto redimendi, vt videre est apud Paulum, *lib. sent.* 2. *tit.* 13. qui, *lib.* 1. *tit.* 4. & *lib.* 5. *tit.* 1. duas illas species commemorat, & *lib.* 3. *tit.* 6. §. *rem legatam*, & §. *seruis legatis*, & Pithœus de fiducia tractat duobus locis ad Licinium. At in pignore fit tantùm nexus neque dominium transfertur. Nexum enim intelligo obligationem, sed solemniter & iure ciuili contractam per æs & libram scilicet, vt in loco Varronis 6. de lingua latina ad finem lib. pag. 89. qui refertur in lexico, & Festus loco citato, Brisson. in nexum fol. 427. p. 2. Duplex namque fuit obligationis species, nexus scilicet, id est, solemnis & ciuilis obligatio, qualis deinde facta est stipulatio, & obligatio simpliciter dicta, id est, naturalis siue iurisgentium; sic enim omnia ferè gemina in iure, vt docui nescio quo loco. Et tandem ciuiles modi obsoleuerunt & naturales manserunt, dum scilicet facilitati studetur, & scrupulosæ solemnitates paulatim vt odiosæ abolentur. Et verisimile est nexum fuisse adhibitum in rebus tantùm mancipi obligandis, vt dixi *ad initium tit. de obligatio. Instit.* & innuere videtur *l. vn. S. de vsucapio. transfor.* & fortè illa verba Varronis, nexum Manilius scribit omne quod per

libram & æs geritur, in quod sunt mancipi (quamquam tamen de eo deliberandum) Nexus vero fiebat tantùm in Italico solo, non in prouinciis, *d. l. vnica*, Vnde fortè differentia Italicorum contractuum & prouincialium, *l. 1. de annali. except. Italici contractus* quam obseruauit Marsil. *ad l. 15. 12. Tabul.* citato loco Aggeni Vrbici in quo stipendiarii agri nexu non habentur, sed mancipatio eorum legitima esse potest. Quod vltimum mirum est, cùm stipendiarii siue prouinciales non sint domini, sed possessores tantùm. Et Cuia. eundem locum citans obseru. c. 3. negatiuè legit, sed nec mancipatio &c. Quia ergo in Italico solo fiebat nexus non in prouinciis, consequens fuit pignoris nexum in prouinciis locum non habuisse, *arg. leg. vlt. S. de pignorib.* An igitur hypotheca locum habuit in prouinciis, vt nempe fieret non solùm conuentione nudâ, sed etiamtraditione rei, vt pignus, sed naturaliter, non nexu? quod probabile videtur. Cæterum, contrarietas inter Manilium & Sceuolam apud Varronem sic videtur posse conciliari, vt nexus sit obligatio tantùm atque ideo distinguatur à mancipatione, quæ est dominii translatio. Mancipatio tamen possit habere nexum, hoc est aliquam obligationem per consequentias, putà obligationem duplæ, vt dixi in parat. *de acquir. rerum domin.* quod tamen refellit Hotomannus in lexico, vbi ait mancipationem non posse dici nexum eâ ratione, quia mens præcipua contrahentium sit dominium transferre, non obligare. Tamen Tullius dicit in topicis traditionem nexû, qui tamen in oratione pro domo sua distinguit ius mancipii à iure nexi, vbi, pignus, vt opinor, intelligit. Sed hæc omnia erunt accuratius & maiori otio retractanda. Vide me parat. *de acq. rer. domin.* pag. 8. & pag. 14. & *initio de testament. Instit.* Sed hoc me malè habet quod nexus dicatur fieri per æs & libram, at quod fit per æs & libram imaginaria venditio est. Sequitur ergo nexum esse imaginariam venditionem, at simplex obligatio non est venditio, nisi dicamus nexum quidem esse obligationem tantùm, non venditionem, sed non fuisse adhibitam nisi per accessionem venditionis, vt nempe non quæcumquæ obligatio diceretur nexus, sed illa tantùm quæ accederet venditioni.

Si nexus nihil aliud fuisset quàm obligatio, vt hodie nihil aliud est, absurda esset locutio *in nostra leg.* cùm dicit nexum non facere nisi personam quæ iure potuit obligare; hoc enim esset idem inculcare ac si diceret obligationem non facere nisi personam quæ iure potuit obligare: imo nihil est absurdi & nihil verius quàm eum tantum obligare qui iure potuit.

Ait in contextu, iure & legum auctoritatibus, id est, constitutionibus vel legibus, si quæ leges etiam fuerunt. Item iure quod scilicet ipsâ actione continetur, vt exposui *ad l. 6. h.t.* legum autem auctoritates

intelligo responsa prudentum, qui auctores, quia ius & leges interpretantur & producunt, *l. 2. §. 7. post originem, D. de origine iuris.* Quod si legas iuris & legum auctoritatibus, vt *in C. Th.* ius intelligam pro interpretatione, & leges pro constitutionibus. Auctoritas actionis in personã, *Instit. de action.* & sicut dicit hîc, iure & legum auctoritatibus declaratur. Sic *in l. pen. de pigner. actio. S.* pigneratitiæ actionis natura declaratur. An igitur ius pro iure constituto intelligamus siue ciuili siue prætorio, & legum auctoritas pro auctoritate quacumque quam ius approbat, putà auctoritate prudentum vel auctoritate actionum, quæ videtur esse pars auctoritatis prudentũ à quibus actiones sunt compositæ, Edicta Prætorum non modicam iuris auctoritatem obtinere dicuntur, §. *Prætorum quoque, Instit. de iure natur.* prudentum auctoritas, §. *his legibus, D. de origine iuris*, qui & auctores præcisè dicuntur, §. *post originem ibid.*



AD TITVLVM DE ACTIONIBVS

INSTIT.

IVSTINIANI ipsius verbis verè præfari possumus: *superest vt de actionibus loquamur*; nam cùm initio huius anni eam iuris partem interpretandam susceperimus quæ pertinet ad actiones, visum est eam commodissimè posse explicari, si priùs diceremus de iurisdictione & imperio magistratuum à quibus olim impetrabantur actiones, deinde de iudiciis in quibus scilicet excercentur, & tandem de actionibus ipsis.

Ad Principium.

AIt, *actio*, Theophilus hoc loco ait, actionem dictam esse, quòd vi & potestate ipsius reus agatur in ius, siue in iudicium, & quasi compellatur & protrudatur, quod verum non est; nam si ita esset, etiam actio realis personā afficeret, quod negatur, §. 1 I. Deinde in ius vocatio pendet ab imperio & auctoritate Magistratus; quare non à vi actionis, vt docuimus *in l. sancimus, C. de iudiciis.* Adde, actionem in iure dari & impetrari solitam; quare non ante eius potestas exercebatur, quàm in ius ventum esset & iudicium acceptum. Præterea, probatum etiam est, *d. l. sancimus*, nullam olim vocationem fuisse in iudicium, hoc est, apud iudices Pedaneos: sed loco vocationis interpositam stipulationem Prætoriam iudicatum solui, quæ continebat clausulam rectè defendi, ex qua reus conueniebatur, si se in iudicio non stetisset. Actio itaque dicta est quasi actus legitimus; neque enim differentiam facio inter actus legitimos & legis actiones; nam mancipatio quæ refertur inter actus legitimos, *in l. actus* 77. *de regulis iuris*, appellatur legis actio, *l.* 4. *de adoptionibus*: actus verò legitimus siue legis actio generaliter nihil aliud est quàm actus excogitatus à iure ciuili certo & solemni ritu constans, quales sunt qui enumerantur, *d. l. actus.* Itemque adoptio, emancipatio, *d. l.* 4. *& l.* 3. *de off. Proconf. & l.* 1. *Cod. de adoptionib.*

Item cessio in iure, quam legis actionem appellat Boëtius in Topica Ciceronis ex Caio Iurisconsulto, & si qui sunt similes actus; plures enim sunt quorum omnium qui executionem habet magistratus, ille plenam legis actionem habere dicitur, *d. l. 1. Cod. de adopt.* Inter eos autem est actus quo persequimur in iudicio quod nobis debetur, ideoque talis actus appellatur legis actio, *l. 2. §. deinde ex his legibus, de orig. iuris*, & qui actionem intendit dicitur lege agere, vt à Gellio lib. 20. c. 9. vbi agit de vindiciis, & à Tullio pro Murena cùm insectatur formulas actionum his verbis, itaque irati illi quod sunt veriti, ne dierum ratione pervulgatâ & cognitâ sine sua opera lege posset agi, notas quasdam composuerunt, vt ipsi rebus omnibus interessent. Verùm, quia hic actus iuris sui persequendi in iudicio speciale nomen non habuit, vt reliqui, idcirco generis nomen sibi proprium fecit, vel etiam quia in eo actu maior cernitur iuris potestas & vis; reliqui enim consensu fiunt: & actio redditur in inuitum, *l. inter stipulantem*, §. 1. *de verb. obligat.* Itaque actionis nomine non reliquos actus legitimos aut reliquas legis actiones, sed hanc specialiter in iure intelligimus, de qua *hoc tit.* tractatur.

Ait, *Ius.* Ius, id est, res incórporalis in iure consistens. Iustinianus vtrumque contingens eleganter scribit, *in l. vlt. Cod. de long. temp. præscript.* subtili ingenio & diuino quodam motu actiones à maioribus excogitatas fuisse, vt illæ incorporales constitutæ ius suum vbicumque & ad effectus corporales extenderent, quod non modò locum habet cùm rem corporalem persequimur, sed etiam cùm iura seruitutum petimus, quia rem afficiunt, ideoque seruitutes prædiorum appellantur; actio enim, vt & reliqui actus legitimi, incorporalis est, neque ex eorum genere est quæ reuera & naturâ sunt, sed illorum quæ intelliguntur, iuris scilicet intellectu; ideoque in illis omnibus definiendis meritò iuris nomen vsurpatur, *tit. de reb. corporal. & incorpor. apud Iustinian. & l. 1. de rer. diuis.* Ergo, cùm actio definiatur ius, caue ne hoc loco ius, id est formulam interpreteris, quod iuris tamen doctissimis placuit, hæc enim quasi è diametro sunt opposita. Ius enim incorporale est, formula res corporalis, quæ tangi cerníque potest, quamquam non negauerim formulam pro actione quoque vsurpari, sed minùs propriè, & quatenus actionem contineat, vt *apud Vlp. tit. de dominiis, & tit. de fideicommissis, & aliis in locis.* Præterea, quemadmodum figurâ verborum non est obligatio, *l. non figura, de obligat.* ita nec concessio formulæ est actio, quæ rationes faciunt, vt neque apud Celsum *in l. nihil. de obligat.* vnde nostra definitio prompta est, accipere debeamus ius pro formula. Sanè cùm Iustinianus profiteatur se & Iurisconsultorum & Imperatorum verba ad sua tempora aptasse, *constit. de confirm. D. & Cod. & constit. de nouo Cod. faciend.* itemque, *constit. de emendat. Cod.* ineptissimus esset, si in definienda actione ius pro formula

acciperet, quamquam enim ab initio & longo etiam tempore actionum certæ & solemnes fuerint conceptiones, *d* §. *deinde*, tamen illæ sublatæ omnino fuerunt à Constant. *tit. de formul. & impetrat. act. subl. Cod.* & tempore Iustiniani omnia iudicia extra ordinem exercebantur, §. *vlt. de interd.* I. Quinimo, & ante ipsum Constantinum formulæ actionum cœperant abire in desuetudinem, neque valde accuratè obseruabantur conceptiones verborum, & iudicia incipiebant fieri extraordinaria, vt Paulus ostendit *in l. actio, de negotiis gestis.* Imò & publica iudicia, *l. ordo, de publicis iudic. l. vlt. de iniuriis.* Non est omittendum quod Glossa rectè colligit, ex illis verbis nihil aliud est, nempe olim quidem actionem aliud quoque fuisse quàm ius, quia & ipsa formula dicebatur actio *in l. si seruus nauem, de furtis.* Sed hodie nihil aliud esse quàm ius, sublatis scilicet formulis; nam si etiam nunc diceremus actionem esse formulam, sequeretur nullam esse actionem, cùm nulla sit formula. Igitur actio est ius, id est, res non consistens in corpore sed in iure, vt eleganter scribit Caius *t. de rebus in frag.* & est, inquam, res incorporalis siue iuris inuentũ cuius beneficio persequimur in iudicio quod nobis debetur.

Ait, *persequendi.* Verbum hoc generale est etiam ad actionem in rem & in personam, *l.* 28. *actio, D. de oblig. & act.* quamuis plerumque persecutio intelligatur, quæ non habet iuris ordinarii persecutionem, *l.* 178. *pecuniæ verbum, de verb. signif.* I. de qua non est actio sed cognitio magistratus, vt de fideicommissis dicitur, *ead. l.* quod explicat Vlp. *tit. de fideicommissis*, & ait *persequendi*, vt intelligamus actionem non modò dici tunc cùm intenditur, sed etiam cùm intendi potest, ex quo etiam probatur actionem malè definiri formulam; nam formula non erat iudicio accepto & intentatâ actione, cùm actor iam petere incipiebat, *l. amplius non peti, rem ratam haberi*: at actio est statim atque competit ius agendi etsi nondum intendatur.

Ait *in iudicio.* Non dubito, quin Iurisconsultus *in d. l. nihil aliud, de obligat.* intelligat apud Pedaneos iudices, non quòd iudicium ad ipsos magistratus referatur, quod suis locis probatum est, sed quòd tunc actio nunquam apud magistratus, sed apud iudices Pedaneos proponeretur, vt tractatu de iurisdictione expositum est. Sed cùm tempore Iustiniani ab his fuissent translata ferè omnino iudicia in ipsos magistratus, vt illo etiam tractatu dictum est, & *in tit. de iudic.* consequens est, vt hodie & iurisconsulti & Iustiniani præsertim hæc verba, *in iudicio*, interpretentur, siue iudicium agatur apud magistratus, siue apud Iudices datos, quamquam plerique hoc ad solos iudices datos malè referant.

Ait, *quod sibi debetur.* Debendi verbum propriè & strictè ad obligationem refertur, quæ causa est vt plerique æstiment hanc definitionem propriè pertinere ad actionem in personam, in quibus est D. Cui. *tit. de oblig. & act. in præfat.* qui tamen in prioribus adnotationibus

in Institut. ait hanc definitionem complecti vtramque actionem, quia id omne deberi videatur quod peti potest, quod probari videtur, *in l. non tamen, vt legat. nom. caueatur, D.* itemque in posterioribus adnotationibus, in quibus ait obligationis verbum latâ quadam significatione accommodari posse actioni in rem, quod rectè probat *ex* §. *item si iudicio, de except.* I. Itemque, *ex l. qui fundum* 20. *de euict.* & sanè Iurisconsultus, *in d. l. pecuniæ in fine*, Scribit verbum debendi omnem omnino actionem comprehendere, quod quamuis quidam velint restringere ad verba legis sequentia, tamen etiam ex his probatur, verbum debendi posse quoque pertinere ad actionem in rem, licet nulla subsit obligatio; nam ibi dicitur pertinere ad persecutiones, veluti fideicommissorum: at olim pro fideicommissis neque obligatio, neque actio erat, sed cognitione Prætoris, id est, officio eius petebantur, vt tradit *Vlp. d. tit. de fideicom.* & quæ pendent ex officio magistratus obligatione carent, *l. qui per collusionẽ, de action. empt. l. Quintus, de ann. legat.* Si ergo deberi dicatur quod versatur in persecutione extraordinaria, multò magis quod versatur in actione in rem. Adde, seruitutem mihi deberi rectè dici, *l. arbor, comm. diuid.* quamuis seruitus mea sit, *l.* 3. *de obligat. & act.* & petatur actione in rem. Item etiam deberi dicatur affectio, aut quid simile, *l.* 2. *Cod. qui dare tut.* & quamuis nostrum propriè dicatur quod est nostri dominii & quod debito opponitur, *l. Quintus, de auro & arg. legat.* §. *sic itaque discretis* I. *h. tit.* tamen nostrum generaliter dicitur quodcumque nobis ex quacumque obligatione debetur, vt in præcepto illo generali iuris, suum cuique tribuere. Denique cùm qui naturâ debent, debitores per abusionem intelligantur & dicantur, *l. fideiussor,* §. *fideiussor, de fideiussor. l.* 1. §. 1. *& vlt. de constit. pecun.* Eadem formâ is qui rem nostram tenet debitor dici potest. Quare nulla dubitatio est, quin hac definitione etiam actio in rem comprehendatur debendi verbo generaliter & latiùs accepto.

Ad §. Omnium autem actionum.

TRaditur hîc summa actionum diuisio, id est, primaria & præcipua; ducitur enim ex substãtia ipsa actionum, reliquæ verò ex adiunctis, ideoque minorem huius tit. partem occupat, pertinet enim vsque *ad* §. *sequens* I. Est autem huiusmodi, vt actionum alia sit in personam, alia in rem, *l.* 25. *actionum genera, de oblig. & act.* in personam dicitur, quia quemadmodum obligationum substantia non in eo consistit, vt aliquod nostrum corpus faciat, aut seruitutem, sed vt alium astringat ad dandum faciendum vel præstandum, *l.* 3. *obligationum substantia, eod. tit.* ita quoque actionum quæ ex obligationibus proficiscuntur substantia non propriè rem afficit, sed ipsam personam obligatam, atque in eam vis omnis & potestas eius dirigitur & intenditur: Quamquam tamen finis

illius circa rem aliquam versetur. Nam, vt initio dictum est, omnium actionum effectus corporalis est, ideoque *in l.* 28. *actio in personam, de obligat.* vbi consequenter dicitur etiam de actione in personam rei persequendæ gratiâ nihil immutandum; ait enim rei persequendæ gratiâ, vt ostendat effectum etiam actionis in personam esse corporalem & extendi in rem aliquam. Neque obstat quod vir doctissimus qui verba illa adulterina esse putat scribit, nempe actionem quæ pœnam & non rem persequatur non minùs esse personalem; nam verba hæc, rei persequendæ, quandoque quidem ponuntur ad differentiam persecutionis pœnæ, vt *in* §. *rei persequendæ* I. *h. t. & l.* 35. *in honorariis, & l.* 33. *constitutionibus, de oblig. & act.* Sed aliquando tamen generaliùs accipiuntur, vt *d. l. actio in personam*, vt scilicet pœnæ quoque persecutionem contineant; rei enim verbum maximè generale, *in fin. l.* 1. *de reb. cred.* At actio in rem inde nomen habet, quòd non personam afficiat, neque in eam vis aut verba illius dirigantur, sed in rem ipsam, cùm persona nullo iure sit nobis obligata, vt est *in hoc* §. ideoque quemadmodum actione in personam conuenitur persona, ita quoque actione in rem res ipsa, *l.* 19. *denique, de iure fisci, l.* 7. *D. de publican.* & vt actio in personam sequitur personam, ita & vindicatio sequitur rem, *l.* 1. §. *si heres, ad Trebell. & d. l. actionum genera.* Quare *in l.* 7. *cum debitoris, Cod. de iudic.* hanc assignauimus dubitandi rationem, quòd scilicet non ipsa persona serui quæ in iudicio stare non potest, sed ipsa res conueniretur.

Ait, *apud iudices arbitrosue.* Iudices ab arbitris ita olim distinguebantur cùm scilicet locus erat impetrationibus actionum, vt iudex esset qui esset datus in iudicio stricti iuris, Arbiter verò in actionibus bonæ fidei aut arbitrariis, *l.* 15. *à diuo Pio, in pr. & l.* 9. *furioso, de re iudic. & l.* 7. *ad leg. Iul. repet.* quod etiam ostendit Seneca lib. 3. de benef. cap. 7. his verbis, Ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem quàm ad arbitrum mittatur, quia illum formula includi, & certos quos non excedat terminos ponit, huius autem libera & nullis astricta vinculis religio. Item Cic. pro Roscio, cùm, inquit, Iudicium est certæ pecuniæ, arbitrium incertæ &c. Sed cùm fuerint formulæ sublatæ & magistratus ipsi cœperint iudicare, sublata videtur differentia iudicum & arbitrorum. Verumtamen non est sublata differentia ipsarum actionum, vt ostendimus *in l.* 7. *placuit. C. de Iudic.* Ideoque pro varietate actionum ipsi magistratus, modò iudicis, modò arbitri personam gerunt, hocque sensu hæc verba videntur accipienda.

Ait, *vel ex contractu vel ex maleficio.* Cùm antea propriis titulis docuerit quædam esse negotia & facta quæ propriè quidem dici non possint contractus aut maleficia, perinde tamen accipiantur quasi sint ex contractu vel ex maleficio, atque eodem iure censeantur, etiam quod attinet ad actiones, vt de indebito dicitur, *in l.* 5. *de oblig. & act. & S. tit de obligat. ex quasi contractu, & t. de obligat. quæ quasi ex maleficio nasc.*

nasc. dubium non est, quin his duobus verbis generaliter acceptis intelligat, non modò propriâ significatione contractus & maleficia, sed illa quoque quæ pro contractibus & maleficiis habentur. At Iurisconsultus, *l.* 1. *de oblig. & act.* contractus & maleficia propriè accipit; Ideoque subiicit, non modò ex illis oriri obligationes, sed etiam proprio quodam iure ex variis figuris causarum, quod referendum esse ad quasi contractus & quasi maleficia ostendit collatio *l.* 5. cum illa primas vtraque enim eiusdem auctoris est. Dicit autem proprio iure, quia obligatio nascatur ex causa proprii generis, non propriè ex contractu aut maleficio, sícque interpretatur D. Cui. *ad illam leg.* 1. & adfert *leg. rogasti, de præscriptis verb.* in qua non absimili formâ negotium dicitur proprii cuiusdam contractus, sed possumus interpretari rectè proprio iure, id est, singulari & speciali; nam obligatio ex contractu vel ex maleficio ab ipso iure proficiscitur. At obligatio ex quasi contractu vel ex quasi maleficio venit ab interpretatione iuris benigna, vt licet colligere, *ex principio d. leg.* 5. vbi Iurisconsultus vtitur his verbis, placuit, receptum est, vtilitatis causâ, quibus iurisconsulti frequenter demonstrant ea quæ non proficiscuntur ab ipso iure sed à iuris interpretatione.

Ait, *dare aut facere oportere & aliis quibusdam modis.* Vulgaris quidem & frequentior intentio actionis in personam hæc fuit, dare aut facere, vt *in l.* 1. *vt legator. nom. caue. l. si stipulatus* 76. *de verb. obligat. d. l.* 25. *actionum genera*, quod pluribus testimoniis confirmat Brissonius sub initium lib. 5. de form. Nam verbum faciendi latissimum est & generalissimum, vt contineat etiam traditionem & alia multa, *l. vbi autem* 75. §. 2. *de verb oblig. l. verbum facere* 218. *l. faciendi* 175. *de verb. signif.* vt scilicet illo verbo, *facere*, eius contrarium, *non facere*, etiam contineatur, *l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* Veruntamen, quia verbum hoc generalius est, vt non satis possit exprimere vim vniuscuiusque singularis actionis, ideo plerumque qui agit in personam intentionem suam aliis verbis & magis propriis & aliis modis concipit, putà, aduersarium debere tradere, soluere, numerare, præstare, aut simili aliquo modo, vt *d. l. verbum facere, & d. l. faciendi, & l.* 9. *non tamen, vt leg. nomi. caueat. & l.* 5. *diffamari, Cod. de ingen. manum.* quâ etiam ratione iurisconsultus in *d. l.* obligationum substantiam dixit, non modò dare aut facere, sed etiam præstare, atque ita sunt accipienda hæc verba, *& aliis quibusdam modis*, in nostro §. quæ nonnulli etiam referunt ad actiones in rem scriptas de quibus agemus commodiori loco.

Ait, *Possessor autem dominum eius se esse dicat.* Possessor quidem non habet necesse de dominio probare, nisi actor priùs probauerit, *l. qui accusare, Cod. de edendo*, sed necesse habet dominum se esse asseuerare, alioqui non esset locus actioni in rem, quæ est de controuersia proprietatis, *l. si debitor* 42. *de petit. heredit.* Reus ergo contrà vindicat, id est,

rem dominii sui esse ait, quod intelligitur ex Boetio in Topic. Cicer. loco supra citato, & ex Gellio lib. 20. cap. 9. & ex Plauto in Rud. act. 3. Sce. 1. his verbis, hunc meum esse dico, & ego item esse aio meum; Itemque ex Tullio pro Murena, fundus Sabinus meus est, imò meus. Quare in hac actione verissimum est, & maximè perspicuum, quod *l.* 1 *de exept.* dicitur, reum excipiendo actorem esse.

Ad §um. *Æque si agat quis.*

HVnc §. qui difficillimus habetur nos, vt spero, planum & perspicuum reddemus. Ait autem pro seruitutibus personarum, itemque prædiorum cùm rusticorum, tum vrbanorum, æque competere actionem in rem, atque pro rebus corporalibus, de quo tamen dubitari meritò potuit, quia actio in rem pro rebus corporalibus prodita est, *in l.* 1. *de rei vind.* D. At seruitutes sunt iura. Item quia actio in rem dominium vindicat & possessionem auocat, §. 1. *S. & l. officium, de rei vindic.* At seruitutum neque dominium neque possessio propriè dici potest, quibus etiam addi potest, actionem in rem non competere pro omni corporum genere, sed pro iis tantùm corporibus, quæ naturaliter sunt, non autem pro iis quæ propter nominis communionem, cui plures res subiiciuntur corpora quoque intelliguntur, verbi gratiâ peculium aut grex, *l. rerum mixtura, de vsurpat.* quamquam tandem etiam pro grege recepta est hæc actio, non tamen pro peculio, cùm non sit corpus naturale, *l. vindicatio* 56. *de rei vindic. & l.* 1. *eod.* Eademque actio similiter recepta est pro rebus incorporalibus, recepta, inquam, interpretatione, vt opinor, *argum. d. l. vindicatio, & l.* 2. *si seruit.* illis verbis, *ad exemplum.* In his autem rebus incorporalibus vindicandis duo singularia notantur *hoc* §. Primum est, quia pro rebus corporalibus prodita est actio tantùm quâ quis de iure suo affirmat & asserit, quam propterea confessoriam etiam appellat Theoph. id est, affirmantem & aientem, quamquam nomen hoc non vsurpetur nisi cùm de seruitutibus agitur, ad differentiam negatoriæ quæ in iis quoque tantùm locum habet. Actio verò nulla est prodita in rebus corporalibus per quam quis neget & agat de iure aduersarii, ratio est in promptu, quia vnusquisque de suo iure agere debet non de alieno, hoc est, actionem suam fulcire debet proprio iure, & non ex vicio aut defectu iuris aduersarii, *l.* 5. *vti frui, si vsusfr. pet.* quod etiam Theoph. hîc exponit, & sanè si quis rem possideat, non est illi opus quamdiu possidet actione vllâ perquam vel affirmet de suo, vel neget de aduersarii iure; sufficit enim illi quod possideat, *l.* 1. §. 5. *vti possid.* si verò aduersarius possideat certè ineptissimum esset agendo negare tantùm de iure aduersarii; Nam etsi ego intendam possessorem non esse dominum, non tamen continuò sequitur me dominum esse. Quinimo etsi probauerim eum non esse

dominum, si tamen non doceam de iure meo, ille vincet quia possidet, *d. l. vti frui*, quam etiam rationem Theophilus explicat. At pro seruitutibus ita permissum est agere, vt actor neget aduersario ius esse seruitutis, vt in hoc §. neque enim hîc obstat ratio superior; nam qui ita agit magis videtur agere de suo iure quàm de alieno, & eo ipso quo negat aduersarium ius habere seruitutis, eo ipso, inquam, affirmat de libertate prædii sui, & se habere ius prohibendi, quam differentiæ rationem videbis apud eundem Theoph. & apertè probatam, *in d. l. vti frui, & l. 4. loci corpus*, §. 3. *competit, si seruit. vindic.* Quare meritò Theoph. hîc *in fin.* §. *& gloss.* in verbo *Altius*, talem actionem ait esse vi ipsâ confessoriam & affirmantem, quamquam tamen in vsu loquendi confessoriam appellamus, quæ seruitutem asserit & vindicat: negatoriam verò quæ seruitutem negat, *d. l. vti frui, & l. 2. si seruit. vindic.* quæ etiam appellatur negatiua, *in prin. d. l. vti frui, & in h.* §. & contraria, *in l. sicut, si seruit. vind.* non vulgato quidem sensu, quo contraria directæ opponitur, sed quia est contra seruitutem, & rectè Glossa hîc admonet, has actiones metiri oportere ex vi ipsa & intentione, cùm plerumque confessoria proponatur figurâ verborum negatiuâ, & contrà, vt cùm intenditur ius esse altius tollendi, iure scilicet libertatis, actio negatiua est, *d. l. loci corpus*, §. 3 *competit*, quod & ex contrario intelligendum est. Alterum singulare est, quòd in rebus corporalibus actio nunquam possessori vltro datur, *d. l.* 1. §. 5. *interdictum autem, D. vti possid.* vltro, inquam, vt primus prouocet ad iudicium; nam si prouocetur, dum excipiendo contrà vindicat, agere quodammodo possessor videtur, vltro autem non datur actio, quia possessio sufficit, *d.* §. *interdictum autem*, sufficit, inquam, quia quamdiu quis rem possidet, ipsâ fruitur liberè, & finis actionis in rem est, vt possessio restituatur, *d. l. officium.* At in rebus incorporalibus non est ita; nam cùm in hoc nulla sit propria traditio aut possessio, sed possidere is intelligatur qui vtitur, manifestum est talem possessionem non pendere ex solo facto vtentis, sed etiam ex patientia aduersarii qui seruitutem debet, vt videre est, *in l. vlt. de seruit. & l.* 1. *in fin. de seruit. rust. præd.* Itaque in seruitutibus datur actio possessori vltro, cùm aduersarius non patitur eum liberè vti seruitute; nam si liberè vtatur, stultus esset possessor qui vltro ageret; quod & hoc casu verum est, non omnino possessorē esse qui vltro agit, cùm ei possessio eatenus auferri videatur, quatenus ab aduersario impeditur, & intelligendū est possessori vtramque actionem & negatoriam si neget seruitutem, & confessoriā si asserat dari, multòque etiam magis illis dari qui non possideant, *d. l. vti frui*, §. *vlt. l.* 6. *& si forte, si seruit. vind. & l.* 15. *si priusquam, de oper. nou. nuntiat.* & hic est scilicet casus, nempe in seruitutibus vnicus ille qui à Iustiniano hîc memoratur, in quo is qui possidet actoris partes sustinet, id est actor est, qui quamquam vnus genere sit, manat tamen latè per innumera exempla serui-

tutum, ideoque nihil mirum, si Iustinianus dicat in latioribus D. libris de eo casu opportuniùs apparere. Sic enim malo interpretari hunc vnicum casum cum nonnullis doctis viris, & maximè cum D. Cui. in prior. & poster. adnotat. *ad instit. & ad d. leg.* 15. *si priusquam*, quàm pro vno casu innumerabiles reponere, cùm vnusquisque ferè aliquem nouum casum pro arbitrio cõminiscatur. Cæterùm quod attinet ad actionem confessoriam altius tollendi, & negatoriam non tollendi breuiter sic est habendũ, vt quis intendat sibi ius esse altius tollendi, vel iure cõmuni & quatenus prædium liberum habet, vel iure seruitutis, *l.* 26. *Proculus*, *de damno inf. D.* si iure libertatis intendat se altius posse tollere, est actio negatiua verbis affirmatiuis, quia affirmat per consequentias prædium suum esse liberum, *d. l.* 4. *loci Corpus*, §. *pen. si seru. vind. D.* At, si idem asserat iure seruitutis, actio est confessoria, quia seruitutem asserit, sícque est intelligendum exemplum nostri §. Duobus autem modis potest quis intendere sibi ius esse altius tollendi propter constitutam seruitutem, quorum vnum D. Cuia. tradit *hîc, ex l. egi tecum, de except. rei iudic. l.* 21. *si domus*, *de seruit. vrb. prad. l.* 20. *si nihil*, *de seruit. rustic.* Alium Contius ex lege Zenonis græca, quæ est *sub tit. de ædificiis priuatis, Cod.* & intellige altitudinem ædificiorum illa lege definitam non causâ publicâ sed priuatâ, ne vicini sibi officiant luminibus, at consequenter possit quisque illi iuri renunciare, & id lex ipsa palam. Ait vtriusque exempli ratio similis; nam in vtroque ius altius tollendi ex seruitute est, & in vtroque libertas altius tollendi fuerat sublata, sed in primo seruitute, in altero lege.

Ad §um. *Sed istæ, & duos seqq.*

MAlè hîc constituunt nonnulli secundam actionum diuisionem; quamquam enim non negauerim ab ea differentia, quòd aliæ sint ciuiles, aliæ Prætoriæ, posse constitui diuisionem, vt *in fi. leg. actionum genera*, *de obligat.* tamen eam differentiam non hîc explicat Iustinianus, sed illam quæ ostendit alias actiones esse in rem, alias in personam, quam differentiam hîc explicat in actionibus Prætoriis. Atque id manifestissimũ est, ex serie contextus, & præsertim, *ex* §. *præiudiciales*, §. *sic itaque*, & §. *appellamus*, I. quibus apertè demonstrat se persequi primam & summam diuisionem actionum, vsque *ad* §. *sequens*, vbi de secunda incipit dicere. Cæterùm, non omnes actiones vnà & simul proditæ sunt, sed paulatim auctæ vsu ita exigente, *l.* 1. §. *deinde*, *de orig. iuris*, & *l.* 11. *quia actionum*, *de præscript. verb.* illæ quidem quæ compositæ sunt directis verbis ipsius legis, & quæ rectà proficiscuntur ab ipsa lege, aut eo iure quod legis vicem habet, appellantur ciuiles, imò & illæ quæ quamuis non contineantur verbis apertis leg. ipsius tamen mente continentur, & ad exemplum directarum vtilitatis causâ sunt introductæ, ex interpreta-

tione Prudentum, quæ idcirco vtiles dicuntur & ciuiles, §. *vlt. de L. Aquil. S. & l.* 1. *de præscript. verb.* nam & interpretatio Iurisconsultorum propriè ius ciuile, *d. l.* 2. §. *his legibus, de orig. iuris*, quia inest tacitè menti ipsius leg. & iurisconsultorum officium jus in melius producere, *d. l.* 2. §. *post originem*, id est, ad similes casus trahere, sed vbi & verba legis & mens eius aperta deficit, æquum tamen est actionem dari propter non absimilem rationem, tum quia interpretatio Prudentum id efficere non potest, necesse est recurrere ad aliud genus interpretationis quæ proficiscitur ex iurisdictione Prætoris, qui cùm sit viua vox juris ciuilis non modò illud interpretatur, sed etiam supplet & corrigit, non quidē quasi propriâ sua auctoritate; est enim magistratus non legislator, sed colore aliquo à iure ciuili petito & fictione aliquâ introductâ, vt exposuimus, *in l. placuit, Cod. de iudic.* & apparet in exemplis hîc propositis; namque in primo fingit eum vsucepisse qui non vsucepit, vt scilicet ad exemplum ciuilis actionis in rem possit illi accommodare actionem vtilem prætoriam, *l.* 35. *in honorariis, de obligat. & action.* quæ propriè publiciana appellatur, vt *in d. l.* & hîc *in* §. *namque*, è contrario verò in secundo exemplo fingit eum qui revera vsucepit, & consequenter dominus iure ciuili factus est, non vsucepisse, nempe vt vtilem actionem Prætoriam priori domino accomodare possit, ac si dominus adhuc esset rescissâ ipsâ vsucapione, quod fit vi ipsius actionis; eo ipso enim quod Prætor eam dat, vsucapionem ratam non habet, eámque rescindit, sícque ius ciuile impugnat, vt dicitur *in d. l. in honorariis*, non quidem palam, sed obtentâ eâ fictione, quasi non vsuceperit possessor, vt hîc *in* §. *rursus*, quæ actio publiciana appellatur hoc quoque casu, *d. l. in honorariis.* Quamquā autem omnes actiones à Prætore olim darentur & impetrarentur, non tamen ideo minus ciuiles erant quæ à iure ciuili proficiscebantur, vt videre est in actione commodati, & in actione petitionis hereditatis quæ ciuiles certè sunt, & tamen in Edicto Prætoris propositæ, vt videbis in prima glossa quæ dubitat, vtrùm actio quæ datur, *in l. electio*, §. 1. *de nox. act.* sit ciuilis, quamuis manifestè appareat prætoriam esse illo casu, *d.* §. 1. *& l. si plurium, eod.* Prætoriæ ergo actiones dicuntur, quia ex jurisdictione Prætoris nascuntur, vt *in hoc* §. *sed istæ*, non quia à Prætore dentur, & quod dicitur, *in* §. *non autem omnes*, I. *de perpet. & temp. act.* ciuiles actiones competere ipso iure, Prætorias autem dari à Prætore, ita est accipiendum, non quòd etiam ciuiles non darentur, sed quod ciuiles etiam nondum impetratæ competerent & ad actorem pertinerent, quamuis exerceri non possent nisi impetratæ: Prætoriæ autem neque competerent, neque exercerentur nisi prius impetratæ & datæ fuissent. Cæterum, *in* §. *sed istæ*, in illis verbis, *vel ex diuerso possessor*, rectè emendant possessorem, *ex* §. *rursus*, quod probat D. Cuiac. in prioribus & posterioribus adnotat. quamquam in posterioribus scribat vulgatam lectionem aliquatenus sustineri posse.

Ad §. Item si quis.

PRoponitur hîc actio quæ Pauliana appellatur, *l. videamus*, 2. §. *in Fabiana, de vsuris*, & Theoph. hîc quæ procul dubio est in rem, vt ex verbis huius §. apparet, & ex Theoph. atque ex serie & emendatione actionum realium prætoriarum : quamquam Glossa in verbo *eam rem* pro personali accipere videatur, & appellatur in factum prætoria scilicet, *l.* 10. *ait prætor*, *& l.* 14. *hac in factum, quæ in fraud. credit.* per quam rescinditur traditio rerum alienatarum fraudulenter à debitore, antequam scilicet res eius possiderentur à creditoribus auctoritate iudicis debiti sui seruandi causâ, & rescinditur traditio, id est, fingitur nihil fuisse traditum ; hoc enim agit Prætor, vt omnia perinde sint ac si nihil fuisset alienatum, *d.* §. *in Fabiana.* Non satis autem rectè Glossa in dicto verbo, *eam rem*, & *in l.* 17. *quod si in diem*, §. *idem scribit*, *de petition. hereditat.* Paulianam distinguit à Fauiana & Caluisiana quæ magnam similitudinem inter se habent, sed Pauliana est actio in rem quâ creditores vindicant res alienatas, non in suum dominium sed in dominiũ debitoris sui, vt scilicet illæ includantur nomine rerum debitoris quas possidẽt auctoritate iudicis, vt deinde etiam si opus sit distrahant debiti sui consequendi causâ. At Fauiana est in personam, *l.* 1. §. *hæc actio*, *si quid in fraud. patr.* & datur patrono ad reuocandas res quas libertus alienavit in fraudem eius portionis quæ debetur patrono in bonis liberti. Per hanc autem actionem non omnino rescinditur alienatio, vt per Paulianam, id est, non præcisè, *dictâ leg.* 1. *si quis in fraud.* Quare quod dicitur, *tit. si in fraud. patr. Cod. & d.* §. *in Fauiana*, auocari res & alienationem rescindi, intelligendum est non omnimodo neque absolutè, sed iuxta *d.* §. *si quis in fraud.* Ideoque patronus non tam in rem agit, quàm in personam cum possessore, quasi cum debitore, nempe quasi ex delicto vel quasi ex contractu, vt rectè Glossa in verbo, *eam rem*, & iurisconsultus, *in d.* §. *idem scribit*, non quòd patronus sit reuera creditor, *l.* 6. *de L. Corn. de falsis* ; Nam si esset verè creditor haberet Paulianam ipsam : Caluisiana verò etiam soli patrono competit, & distat à Fauiana quia Fauiana datur liberto testato, Caluisiana autem intestato, *l.* 3. §. *si intestatus*, *si quid in fraud. patr. D. & l.* 2. *Cod. si in fraud. patr.* & vtraque est in factum Prætoria, vt Pauliana quæ in factum Prætoria toties necessaria est, quoties deficit ciuilis directa & ciuilis vtilis, §. *vlt. de L. Aquil. S.* Atque hæc ferè ex D. Cuiac. in prior. adnotat. & *in tit. si quid in fraud. patr.* &, *si in fraud. patr. Cod. in parat.*

Ad §. Item Seruiana.

IN hoc §. præcipuè animaduertendum, quod docet D. Cuiac. in prior. adnotat. res coloni non teneri tacito iure pignoris, vt vult

Gloſſa, ſed opus eſſe conuentione expreſsâ, §. *interdictum*, I. *de interd.* & verbum voluntatis & ſcientiæ, *in l. certi iuris, Cod. de loc.* cui Gloſſa innititur, ſignificare conuentionem expreſſam, *l.* 5. *Pomponius, in quib. cauſ. pign.* Denique hoc maximè animaduertendum, nihil quidem intereſſe inter pignus & hypothecam, quod attinet ad hypothecariam actionem, vt hîc dicitur, maximam tamen differentiam eſſe inter hypothecariam actionem & pignoratitiam; nam hypothecaria in rem eſt, & datur creditoribus ad perſequendas res pignoris aut hypothecæ nomine ſibi obligatas aduerſus quemlibet poſſeſſorem, vt *in hoc* §. Pignoratitia verò eſt in perſonam, & datur debitori ad reuocandas à creditore res illi obligatas pignori vel hypothecæ, ſolutâ demum principali obligatione. Qua de re vide D. Cuiac. *de pignor. & hypothecis D. & de pigner. act. Cod. in parat.*

Ad §. *in perſonam, &* §. *de conſtituta.*

INcipit dicere de actionibus Prætoriis in perſonam, meritò autem ſummam actionum diuiſionem illuſtrare voluit exemplis prætoriis, quia dubitari poſſet, an prætor qui non habet poteſtatem legis condendæ ſed interpretandæ poſſit introducere actiones ex ſua iuriſdictione, cuius etiam dubitationis tollendę causâ pleriſque in locis exprimitur obligationes intelligi etiam quæ honorariæ ſint, vt *l. pecuniæ, in fin. de verb. ſignif. l.* 1. *&* 3. *de pecun. conſtit.* quamquam tamen infirmiores multò eſſent quàm Ciuiles, vt *in princip.* I. *de perpet. & temporal. actionib.* Quod autem hîc proponitur exemplum actionis, de conſtituta pecunia tres præcipuè quæſtiones habet. Prima quomodo hîc ex nudo conſenſu actio naſcatur? & dicendum naſci non ex nudo conſenſu, ſed quia conſtitutum ſimile ſit recepto, vt dicemus, quod eſt ciuile negotium, & ita ſentit Cuiac. Dici quoque poteſt hîc actionem dari, non tam ex conſenſu nudo, quàm ad coercendam fraudem eius qui fidem conſtituti fregit, vt idem auctor vult, *tit. de conſtit. pecunia in parat. Cod.* cuius opinionis argumentum facit *l.* 1. *in princip. eod.* Verior tamen ratio videtur, quia conſtitutum innititur priori obligationi vt iuſiurandum de qua amplius non quæritur niſi an ſit conſtitutum quaſi obligatio iuſta præſumatur. Quare conſtitutum non nouat priorem obligationem, vt Cuiac. parat. D. notat. *ex l.* 3. §. *in eum, de adminiſtr. rer. ad ciuitat. pertin.* conſtitutum enim fieri non poteſt niſi pro debito, *l.* 2. *de conſtit. pecunia, Cod. & l.* 1. D. *eod.* Imò nec ſi agatur conſtitutoria tollitur prior obligatio niſi liberatione ſecutâ, *l.* 18. *item,* §. *vlt D. eod.* & obligatio conſtitutæ pecuniæ & obligatio ſortis, id eſt obligatio principalis opponuntur *d.* §. *& l.* 22. *D. eod.* Secunda eſt, cui bono ſit introducta? quando nihil conſtitui poſſit quod non antè ſit debitum, *l.* 2. *Cod. de conſtit. pecun.* Et dicendum eam actionem eſſe vtilem,

tum proter naturales obligationes quæ sufficiunt ad constitutum, *l.* 1. §. 4. *h. tit. D.* tum vt quod in diem debetur aut certo loco, debeatur citeriori die aut alio loco, *l.* 1. §. *vlt. l. cum qui Ephesi, de pecun. constit.* Vltima est, quare sit constitutum introductum cùm stipulatio sufficere ad id videatur? sed dicendum stipulationem interponi non posse nisi inter præsentes intelligentes & loquentes, *l.* 1. *in princ. de verb. oblig.* & in constituto aliud est, *l. qui autem*, §. *constituere, de pecunia constit.* Dicit autem hîc Iustinianus fieri absque stipulatione, alioqui iure ciuili contrahi obligationem, quod est intelligendum, vt qui ex stipulatione tenetur non teneatur ex constituto, quia id non agebatur, vt apertè dicit *l.* 1. §. 1. *de pecun. constit.* Quare D. Cui. in posteriorib. adnotation. ad illud verbum, *iure ciuili*, videtur ita voluisse scribere, non prætorio tamen vt rei constitutæ, quod probant satis leges deinde ab eo adductæ, nempe *lex & habet*, §. *cum quis, & l. interdictum de precar.* Receptitia autem actio quæ hîc dicitur transfusa in actionem constitutæ pecuniæ videtur fuisse dicta eod. sensu quo receptum, *in l.* 1. *& in l.* 3. §. *si filiusfamilias*, *nautæ cauponæ*, quasi scilicet argentarii vel alii negotiatores qui pro alio constituerent se soluturos, aut reuera recepissent, aut recepisse intelligerentur id pro quo constituerent; nam aduersus eas tantùm personas datam fuisse eam actionem scribit hîc Theoph. & indicat finis *leg. vlt. Cod. de constit. pecun.*

Ad §. actiones autem de Peculio.

HAs actiones autem quales sunt, Iustinianus explicat *infra proximo tit.* quare non satis rectè Glossa earum tractatum atque etiam aliarum illis similium transfert in hunc locum. Nam, quemadmodum si quis substantiæ cathegoriam explicat, non persequitur animalium & rerum naturalium genera quæ sub ea continentur, ita quoque huic titulo explicando hic modus imponi debet, vt actionum exempla eatenus illustrentur, quatenus pertinent ad explicationem definitionis aut diuisionis, alioqui multa alieno loco congeret & vel in vno, §. explicando necesse habebit quam plures D. & Cod. titulos explicare, quod esset ineptissimum. De actionibus autem de peculio vide Iustinian. tit. seq. & Theoph.

Ad §. Item si quis.

REctè hîc notat Cuiac. in priorib. adnotat. hanc actionem esse vtilem ad instar iudicati, vt perinde quis teneatur hac actione, vt si aduersus eum fuisset pronunciatum, *l.* 11. *sed etsi possessori*, §. *vlt. l.* 29. *quod si iuraui*, *l. si duo*, 15. §. 1. *de iureiur.*

Ad

Ad §um. Pœnales.

Hîc proponit actiones prætorias quasdam quæ vel ex delicto nascuntur, ideoque Pœnales sunt. Quare non est dubitandum cum Glossa quin vltimis verbis huius §. Iustinianus significet solum Edictum quod habetur sub *titulo, ne quis eum qui in ius vocatur vi eximat.* Nam illud Edictum pœnale est, non in id quod interest, *l. pen. illo tit.* At Edictũ de quo Glossa ambigit, quod est *sub tit. de eo per quem fact. er.* est in id quod interest, non pœnale, *l. 3. illo tit.* quamuis aliquatenus pro pœnali habeatur, vt docet Cuiac. *tit. si mulier ventr. nom.* in parat. *D.* Denique ad ea quæ vulgò dicuntur de Albo Prætoris est locus insignis in Martyrologio Adonis 7. id. Septemb. his verbis, qui aduersus cultores Dei in foro crudelia edicta pendentia iectâ manu detraxit, ac minutatim discerpsit, quo facto multis suppliciis affectus vitam finiuit, quo etiam in loco appellat librum, quæ initio edicta dixerat, ex quo loco intelligimus eos qui edictum corrumpunt non modò coerceri prætoriâ hac actione, sed etiam quandoque seueriùs extra ordinem, vt docet Paul. 1. sentent. *tit. de iudicato, & l. pen. ad L. Cornel. de falsi.*

Ad §. Præiudiciales.

PRæiudiciales actiones duplici de causa dictæ videntur, & quòd aliis causis, si quæ interueniant, præiudicium per consequentias afferant, & quòd ante & priori loco disceptentur & iudicentur, verbi gratiâ, si quæstio sit de operis vel obsequiis libertorum, aut quo alio patronatus iure, & quis neget se libertum esse, priùs iudicandum est, an libertus sit, & si pronunciatum sit eum libertum non esse, sequitur etiam præiudicatum videri, non deberi obsequia, aut operas, aut quid simile, *l. vlt. si liber ingenuus esse dicitur.* Ex qua obseruandum præiudicialem actionem intentari posse, etsi nulla alia causa interueniat, quo casu non erit verè præiudicium inspectâ verbi proprietate & effectu ipso, quamquam vi & potestate præiudicium sit ex sui natura, quam differentiam Glossa rectè obseruauit paulò ante finem, neque verò præiudicia hæc propriè sunt actiones. Ratio est, quia de his iudex Pedaneus non cognoscit, imo nec Præsides olim, vt explicuimus, *l. placet, Cod. de Iudic.* & apertè præiudicium distinguitur ab actione, *l. sed & hæ, de procuratorib. & l. 3. §. hoc autem, de liber. exhib.* vbi cognitio appellatur magistratus scilicet, vt & *in d. l. placet.* Sed pugnat è diametro *l. 1. §. 1. de rei vindic.* vbi præiudicium distinguitur à cognitione. Breuiter dicendum præiudicium omne esse cognitionem, ibi autem distingui à cognitione, quia præiudicium strictè & proprio modo accipit, cùm scilicet aliæ quoque causæ interueniunt: cognitionis autem verbo significat præ-

iudicium illud quod non effectu sed potestate præiudicium esse diximus, nullâ scilicet aliâ causâ interueniente, *d. l. vlt.* Item differt ab actione, quia actio nunquam datur absque aliqua exceptione rei; frustra enim ageret quis non repugnante aduersario : At præiudicium constat solâ agentis intentione, vt hîc Theophilus docet, eóque videntur referenda verba *leg. generaliter, de exceptionibus*, in præiudiciis nempe eum actoris partes sustinere qui intentionem habet, secundum id quod intendit, vt sensus sit, in iudiciis quidem ordinariis actorem agnosci non modo ex sua intentione, sed etiam ex opposita defensione & depulsione rei, at in præiudiciis actorem agnosci ex sola intentione, à qua interpretatione non abhorret alia quam D. Cuiac. affert *ad d. l. generaliter* lib. obseruat. 5. cap. 37. Et præterea intentionis modus differt ab intentione actionis; neque enim qui præiudicium petit, petit aduersarium condemnari, vt Theoph. hîc explicat, sed tantùm pronunciari eum esse ingenuum, vel liberum, aut filium, aut etiam contrà, *leg. diffamari, Cod. de ingenuis manumissis* : generali tamen actionis verbo continentur hæc præiudicia, vt hîc & *in l. actionis verbo, de oblig. & actionib.* Denique quod hîc dicit præiudicium de libertate venire ex iure ciuili, hoc refert Cuiac. ad leg. 12. Tab. quod probari videtur, *l.* 2. §. *cum placuisset, de orig. iur.*

Ad §. Sic itaque discretis.

PRoponitur hoc §. condictio, id est, actio personalis aduersus furem quâ intendimus eum nobis dare oportere rem furto sublatam, quamuis neque dominii sit, quòd est introductum planè contra regulas iuris ciuilis, vt hîc Theoph. ait, odio scilicet furum, quod Glossa explicat in verbo, *plane*, & hoc in fure singulare est. Neque pugnat §. *si tamen S. de rer. diuis.* nam in eo §. condicimus quidem rem nostram eadem actione aduersus non furem, sed hac ratione, quia res extincta est, vel pro extincta habetur; Itaque non propriè rem, sed magis æstimationẽ eius condicimus, quod est rationi iuris consentaneum. Cæterum verba hæc, *si apparet eum dare oportere*, sunt ex veteribus formulis iudiciorum. Et illis significatur clausula iudicii quâ Prætor iudici Pedaneo notionem tribuebat, vnde manauit vulgata illa clausula in litteris regiis, *s'il vous appert*, de qua formula vide plura exempla apud Brissonium, sub initium lib. 5. de formulis.

Ad §. Appellamus.

ACtiones omnes in rem ait appellari vindicationes : in personam verò condictiones, *l.* 25. *actionum genera, de act. & oblig.* Vindicationes à vindiciis procul dubio dictæ sunt, & vindiciæ appellabantur quòd in illis veteri ritu vis quædam ciuilis diceretur, & verbo fieret,

vnde & manus conſertio quaſi pugna quædam, & vis non ſolida aut vera, ſed feſtucaria, vt ex Gellio facilè intelligitur lib. 20. cap. 9. & ex Feſto. Condictiones autem dictas ait, quòd condicere priſcâ linguâ ſit denunciare, quod multis auctorum teſtimoniis à viris eruditis ſatis eſt confirmatum. Hoc præcipuè obſeruandum, condicere non eſſe ſimpliciter denunciare, ſed inuicem & vtrimque, vt verbi compoſitio oſtendit, & Aſconii locus 3. Verr. vbi agit de comperendinatione. Nam hæ denunciationes videntur fuiſſe quaſi litis conteſtatio, & denunciatio ab vtraque parte facta, & actionis ſuæ velut quædam editio, quâ ratione titulus videtur conceptus, *Cod. Theodoſiano, de denunciatione, vel editione reſcripti*, quo titulo Anianus ſemper interpretari videtur litis conteſtationem pro denunciatione. Verùm ſublatis his denunciationibus, litis conteſtatio aliud cœpit eſſe, & diſtingui ab editione, *l. vnica, Cod. de litis conteſtat.* non tamen exiſtimandum eas denunciationes fuiſſe ſublatas, *l. 6. d. tit.* vt perperam docet Anianus; nam illâ lege tolluntur certis caſibus non omnibus, idque ſpecialibus de cauſis, vt *l. 3. & 5. ibidem.* Vnde obſeruandum, has denunciationes fuiſſe factas adiecto aliquo termino ad litigandum, & cum quadam temporis obſeruatione; ideoque ambages denunciationum dicuntur, *d. l. 6.* quod etiam intelligitur *ex tit. de temp. curſ. & reparat. denunt. Cod. Theod.* deinde tamen prorſus ſublatæ fuere, vt apparet ex hoc §.

Ad §. Sequens & tres ſeqq.

HOc tantùm videtur adnotandum, hîc eſſe ſecundam actionum diuiſionem, quod apertius oſtendit Theoph. non tertiam, vt vult Gloſſa. Cæterùm actiones rei perſequendæ causâ comparatæ ſic definiuntur, *in l. 35. in honorariis, de obligat. & action.* quibus perſequimur id quod nobis abeſt à noſtro patrimonio, & notandum longè hîc aliter accipi hæc verba, rei perſequendæ causâ, quàm *in l. 28. actio in perſonam, d. tit.* quod expoſuimus, *S. §. omnium.* Reliqua plana ſunt.

Ad §. Quædam actiones

HÆ actiones principaliter ſunt in rem, vt nomina ipſa demonſtrant; illis enim vindicamus rem noſtrã, vt in actione finium regundorum, aut quodammodo noſtram, pro parte ſcilicet noſtram, vt in reliquis. Verùm, quia quandoque vnus in rem communem ſumptus fecit, aut verò ex re communi fructus percepit ſolus, hæ præſtationes ſumptuum, aut fructuũ & ſimiles in has actiones veniunt, quæ propter huiuſmodi præſtationes dicuntur eſſe in perſonam, *l. 22. item Labeo, §. 3. familiæ, D. fam. erciſc. §. item ſi inter, S. de obligat. quaſi ex contract.* & propterea dicuntur mixtæ, non propter adiudicationes & condemnationes, de quibus *in fine §.* Nam illæ fiunt non vi actionis ſed officio iudicis, *§. ſi familiæ;*

§. *ſi finium regund.* I. *de offic. iudicis.* ſed obiiciet quis tertium hoc membrum debuiſſe adiici diuiſioni actionum, *in* §. *omnium S.* vt ſic fiat trimembris, vt illa quæ eſt *in* §. *ſequens.* Verùm facile eſt intelligere actiones mixtas comprehendi ſub diuiſione ſimplicium, vt rectè Gloſſa *in d.* §. *omnium.* Magis videtur obſtare quod dicitur de actionibus in rem ſcriptis, quæ videri poſſint in rem, quia poſſeſſionem ſequuntur, vt in perſonam, quia hominem aſtringunt, imò nec propriè in rem, cùm vi ipsâ ſint perſonales, nec in perſonam cùm non ſemper eundem ſequantur, quod eſt propriũ actionum in perſonã, *l. actionum, de obligat. & action.* Anomalæ igitur, vt hîc Gloſſa ſcribit quod vt intelligatur obſeruandum eſt actionem ſiue exceptionẽ, interdictum aut quid ſimile dici in rem ſcribi, cùm generaliter concipitur, neque etiam perſonam exprimit in quam dirigatur, *l. metum* 3. §. *animaduertendum, &* §. *vlt. quod metus cauſ. l.* 4. §. *vlt. de doli & met. except.* quamquam autem perſonam non complectantur, vi tamen ipsâ ſunt perſonales actiones, *l.* 1. *in fin. de interd. l.* 3. §. *eſt autem, ad exhibend. &* §. *præterea,* l *h. tit.* vbi actio quod metus causâ dicitur in perſonam, quamuis appelletur in rem ſcripta, *d. l. metum,* §. *vlt.* quò comprehendatur ſub prima diuiſione. Nam quamuis figurâ verborum aut ſcripturâ & formulæ conceptione in rem ſcribantur & concipiantur, poteſtate tamen & effectu ſunt in perſonam. Neque obeſt eas non dari ſemper aduerſus eundem; Nam quicumque ex re de qua agitur putà ex metu delato ab alio lucrum ſentit, videtur eo ipſo obligari quaſi ex contractu, sícque actiones illæ ſequuntur ſemper eum qui obligatus eſt, & ita rectè Gloſſa ait dari quaſi ex contractu, *d. l.* 3. §. *eſt autem, ad exhib.* quod probari videtur, *l. item ſi cum exceptione,* §. *in hac actione, quod metus causâ,* quamquam Contius hîc exiſtimet eas proficiſci quaſi ex delicto, & D. Cuia. *ad d. l. metum,* §. *vlt. & d. l. actionum,* neque ex contractu neque ex delicto vel quaſi ſed ex cauſis edictorum. Verùm magis placet Gloſſæ opinio. Denique obſeruandum Theoph. in §. hoc, nullam propriam diuiſionem agnoſcere, ſed tertiam conſtituere, *in* §. *ſequenti,* quod magis monſtrat hunc etiam §. referendum eſſe ad primam actionum diuiſionem.

Ad §. *Omnes & ſex ſeqq.*

THeophilus tertiam actionum diuiſionem hîc rectè conſtituit, quâ ſcilicet omnes actiones ſunt vel in ſimplum, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum conceptæ, ita tamen vt ex his quæ ſunt in duplum nonnullæ omnimodo dupli ſint, hoc eſt, abſolutè & quocumque caſu in duplum competant, aliæ verò non ſtatim neque ab initio in duplum intendi poſſunt, ſed creſcunt in duplum ad puniendam inficiatoris malam fidem. Item, vt ex his quæ ſunt in quadruplum hoc ſingulare ſit in ea quæ de eo datur quod metus cauſa factum ſit, vt hæc

non competat statim in quadruplum, sed vt reus possit quadrupli pœnam effugere, si ante iudicis sententiam obtulerit se rem restituturum æstimatione arbitratu & iussu iudicis; hoc enim huius actionis natura tacitè continet, quia hoc Prætor benignè reo indulsit, vt eo casu absoluatur scilicet à pœna quadrupli, quæ alioqui in eum datur, *l. item si cum exceptione*, §. *si quis non restituat*, & §. *hæc autem, quod metus causâ*, quæ omnia Iustinianus his omnibus §§. exemplis illustrat, quæ tum ex Theophilo, tum ex glossis facilè possunt intelligi. Hoc solùm adnotandum, *ad* §. *tripli*, olim in ius vocationem fieri solitam, non auctoritate magistratus, sed priuato actoris arbitrio qui sequi recusantem, neque fideiubentem iudicio sisti, hoc est vadimonium non præstantem, manu ducere, imò & trahere & rapere in ius poterat, qua de re præter ea quæ vulgò adnotantur Vide Cuiac. lib. 10 obseru. cap. 10. At tandem in ius vocatio fieri cœpit iussu Magistratuum, vt *in* §. *sed furti*, I. idque vel nudo magistratus mandato, vel scripturâ & libello, vel interpellatione actoris apud magistratum depositâ, *l.* 4. *de castrensi, lib.* 12. *Cod. & l.* 4. *de fru. & lit. expen.* idque per viatores, qui hîc appellantur, vt & *in l. vlt. de iudiciis*, id est, executores litium, vt *d.* §. *tripli* quorum munus fuit reos conuenire exhibere & sistere apud iudices, & causas instructas offerre, atque in secretarium ipsorum iudicum introducere, eorúmque iussa & sententias exequi, *d. l.* 4. *de castrensi*, *l.* 12. *de proximis sacr. scrin. lib.* 12. *Cod. & l. vlt. Cod. de iudiciis*, in qua litium examinatio fortasse appellatur sollicitudo quæ executoribus incumbit litibus imminendi, vt, *d. l.* 12. quamquam & aliam interpretationem attulimus in explicanda ea leg. vlt. Iustinianus autem constitutione quadam suâ quæ hodie desideratur certum salarium constituit his executoribus pro conueniendis reis definitum, scilicet pro modo & quantitate summæ quæ petitur ab actore, quod salarium sportulæ plerumque nomine venit, vt *in d.* §. *tripli*, de cuius varia acceptione vide Cuiac. tit. de sportulis in paratit. Cod. & illâ constitutione Iustinianus introducit tripli actionem aduersus actorem, *d.* §. *tripli*; & aduersus ipsum executorem alio casu actionem quadrupli, §. *item ex lege*, quas condictitias appellat; neque enim cum Glossa æstimandum esse aliquam legem aut constitutionem quæ condictitia appellatur, sed condictitiam præcisè & simpliciter dicit pro actione condictitia siue condictione ex lege, quod idem est; nam cùm actiones certæ esse debeant, *l.* 2. §. *deinde ex his legib. de origine iuris*, vnicuique proprium nomen aptatur, & cùm actionum in personam pleræque peculiare nomen habeant, vt quæ sunt ex contractibus, aliæ tamen remanent in generali condictionis appellatione, cum aliquo tamen additamento differentiæ causâ, quales sunt condictiones ob causam datorum, ob turpem vel iniustam causam, sine causa, indebiti, furtiua, & triticaria, de quibus *lib.* 12. *D.* At quoties lex vel constitutio actionem

aliquam introducit in perſonam, non addito ſpeciali nomine, illa appellatur condictio ex lege ſiue condicitia ex lege, vt hîc, nempe vt ſaltem eo nomine certa quodammodo fiat, quare in fine *d.* §. *tripli*, D. Cuia. itemque Antonius Contius ex vetuſtis codicibus & aliis editionibus ſic rectè emendant, *quæ in noſtro Codice fulget*, ex qua procul dubio eſt ex leg. condictitiam emanare, condictitiam ſcilicet actionem, itemque *in* §. *item ex lege*, ſic corrigunt, *item ex lege condictitia.* ſuple actio, *ex noſtra conſtitutione oritur.*

Ad §um. *Actionum & tres ſeqq.*

QVarta actionum diuiſio hîc proponitur trimembris, nempe, vt *in* §. *ſequens*, *S.* quæ tamen facilè in duo redigi poteſt, vt ſcilicet actionum aliæ contineant iudicis arbitrium, aliæ non contineant, quò reſpiciens Iuſtinianus §. *omnium S.* ſcribit actiones proponi vel apud iudices vel apud arbitros. Ex his autem quæ iudicis arbitrium continent, aliæ ſunt bonæ fidei, aliæ arbitrariæ: quæ verò non continent dicuntur ſtricti iuris; magis enim placet eorum ſententia qui arbitrarias proprii cuiuſdam generis conſtituunt: neque enim bonæ fidei dici poſſunt, cùm inter eas non numerentur, nec rurſus ſtricti iuris, cùm in illis fiat æſtimatio ex bono & æquo. Et Iuſtinianus euidenter oſtendit arbitrarias eſſe ſpeciē quamdam propriā præter actiones bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm his expoſitis ſubiicit præterea eſſe arbitrarias. Hæc autem diuiſio omnium maximè difficilis, quam tamen maximè dilucidam & apertam reddemus, his tantùm breuiter expoſitis quibus natura cuiuſque & differentiæ quæ inter eas ſunt explicabuntur. Dictæ ſunt autē bonæ fidei actiones, quòd ſcilicet in his nullus poſſit eſſe locus dolo aut fraudi aut malitiæ, quod Tull. 3. offic. luculenter oſtendit his verbis, quid ergo aut in eo quod melius æquius eſt poteſt vlla pars ineſſe fraudis, aut cùm dicitur inter bonos bene agier quidquam agi dolosè aut malitiosè poteſt, ad differentiam nempe actionum ſtricti iuris in quibus plerumque fraus & dolus verſantur, non quòd ius ciuile dolum vnquam probet, ſed quòd earum actionum non ſit tanta vis, vt dolum propriis viribus expellere poſſit, ſed in his pleraque dura aſpera iniqua exoriantur, quod idem Tullius eleganter oſtendit pro Roſcio Com. illis verbis, quid eſt in iudicio directum aſperum ſimplex, & quæ ſequuntur, quibus apertè demonſtrat hanc differentiam actionum bonæ fidei & ſtricti iuris. Quod vſque adeo verum eſt, vt quamuis dolus ipſe cauſam dederit contractui ſtricti iuris, valeat tamen ſummo iure contractus, neque dolus vindicari aut remoueri poſſit ipſius actionis poteſtate, ſed opus habeat alieno adiumento, putà doli actione aut exceptione, vt etiam Gloſſa tradit *d.* §. *actionum*, in verbo *bonæ fidei*, quod etiam ex eo apparet quòd olim in ſtrictis iudiciis non

admitteretur compenſatio, vel retentio, *l.* 14. §. 1. *D. comm. diuidundo.* niſi oppoſitâ doli exceptione, §. *in bonæ fidei*, I. illa tamen ſtrictarum actionum aſperitas & iniquitas paulatim cœpit temperari variis remediis, *d.* §. *in bonæ fidei*, ita vt generaliter definitum tandem fuerit omnibus in rebus potiorem eſſe iuſtitiam & æquitatem ſtricti iuris ratione, *leg. placuit, Cod. de iudiciis*, non tamen ſublata eſt omnis hæc actionum differentia. Etenim in his quæ dicuntur bonæ fidei ſolutiùs ſequimur bonam fidem, vt eſt *in l. ſi quis* 14. § *idem Labeo, de religioſis*, id eſt, liberiùs laxiùs vberiùs, quia ſcilicet id natura actionis indulget, vt eſt *in ead. leg.* quod videre eſt in vſuris fructibus & eo quod intereſt, vt d. Gloſſa exponit: itemque in pactis, *l. iuriſgentium*, §. *quinimo*, & §. *adeo, de pactis.* Ratio autem, quare in quibuſdam actionibus magis exuberet bona fides hæc eſt, quia illis contractibus ex quibus deſcendunt vitæ ſocietas maximè continetur, & quia etiam eius ſunt naturæ, vt cùm variæ præſtationes hinc inde oriantur non facile ſit de omnibus diligenter cauere, quare neceſſe fuit bonam fidem in iis ſupplere, quod minus cautum fuerit. Ea verò actionum differentia non ex ſola lege proficiſcitur, vt quidam voluerunt, imò magis ex iure iudiciorum; nam quamquam actio tutelæ ſit bonæ fidei ex leg. 12. tabul. & nonnullæ hîc numeratæ ex conſtit. Iuſtiniani, nempe hereditatis petitio, & actio ex ſtipulatu, tamen pleræque ex moribus proficiſcuntur, cum, vt inquit Cicero eod. loco de offic. ſiue lege in iudicis adderetur, hoc eſt in formulis iudiciorum, ex bona fide, aut quantum æquius & melius, aut, vt inter bonos bene agier, quibus clauſulis iudicium bonæ fidei efficiebatur. At illud ſupereſt quod non ſatis adhuc videtur explicatum quæ ſit vera differentia actionum bonæ fidei & arbitrariarum, cùm vtræque iiſdem fermè verbis deſcribantur, *in prin.* §. *in bonæ fidei*, & *in fin.* §. *præterea*; non enim placet quod dicitur in actionibus bonæ fidei arbitrium iudicis verſari & venire ex vi & poteſtate ipſius actionis: in arbitrariis autem iudiciis non ex natura actionis ſed ex officio iudicis. Quamqnam enim ea ratio ſpecioſa videatur, tamen ſatis firma non eſt, quando Iuriſconſulti diſertè ſcribant arbitrium iudicis in actionibus bonæ fidei venire ex officio iudicis, *l. quia tantumdem, de negotiis geſtis*, & *l.* 24. *Lucius, depoſ.* & contrà in actionibus arbitrariis dicam arbitrium venire ex natura actionis, vt §. *item actio, S. l.* 3. §. 11. *ibidem, ad exhib. l.* 14. *item ſi cum*, §. 1. §. 4. *hæc autem actio*, §. 8. *ſi quis*, & §. 11. *D. quod met. causâ*, Vera differentia hæc videtur, quòd in bonæ fidei actionibus arbitrium iudicis directò veniat & verbis apertis, in arbitrariis verò tacitè inſit, neque directè veniat, ſed per conſequentias, quod Iuſtinianus ipſe manifeſtè oſtendit, *d.* §. *item actio*, vbi ait, actionis de eo quod metus cauſa quæ arbitraria eſt naturâ tacitè contineri arbitrium iudicis, quod duobus exemplis planum omnino fiet. Primum erit in actione noxali, nempe quæ competit pro damno dato à ſeruo

alieno ; nam huius actionis hæc est natura, vt qui illâ agit petat directò noxiæ, id est damni æstimationem, & iudex debet etiam condemnare in eam æstimationem quæ scilicet fiet iure stricto, sed quia iniquum est dominum serui ex eius facto damnum sentire vltra corpus ipsum serui idcirco lex permittit reo effugere condemnationem æstimationis ipsius damni, si modò offerat noxæ deditionẽ, hoc est deditionẽ eius serui qui nocuit, ergo neque in intentione actionis, neque in obligatione, neque in condemnatione versabitur directò noxæ deditio, sed versabitur in solutione & liberatione, quia tacitè huic actioni facultas inest effugiendæ condemnationis damni ; si noxæ deditio arbitrio iudicis offeratur, quod explicatur, *in* §. *decem*, *l. miles*, 6. *de re iudic.* quæ tota aurea est in hanc sententiã. Aliud exemplum sumitur ex actione quod metus causa, in qua directò petitur condemnatio in quadruplum, §. *quadrupli*, *S.* & iudex ita debet condemnationẽ concipere : eius tamen naturâ tacitè continetur, vt reus absoluatur à quadrupli cõdemnatione, hoc est, eam non patiatur si rem restituat arbitrio iudicis ; hoc enim illi benignè indulsit Prætor, vt effugiat pœnam quadrupli, vt *in* §§. *supra citatis*, *& l.* 14. *item si cum*, *D. quod metus causa*, ex quibus apparet in actionibus arbitrariis non palam, neque directo, neque ipsâ actionis intentione aut condemnatione iudicis arbitrium contineri, sed obliquè & per consequentias, & casu quodam, nempe si reus se subiiciat arbitrio iudicis. Quare verissimile est condemnationem ita concipi, vt reus putà in quadruplum condemnetur, adiectâ exceptione, nisi arbitrio iudicis rem restituat, itemque condemnari in restitutionem damni adiectâ similiter exceptione, nisi noxæ seruum dederit. Atque hoc est quod dicitur *in* §. *item actio*, *S.* actionis arbitrariæ naturâ tacitè contineri, vt qui iudicis iussu actori satisfaciat absoluatur, nempe non vt simpliciter absoluatur, quando satisfacere debeat arbitrio iudicis, sed vt absoluatur ab intentione actionis ; quæ longè grauior est quàm æstimatio quæ fit à iudice ex bono & æquo. Atque ita similiter intelligendum est quod dicitur, *in* §. *præterea*, reum, nisi arbitrio iudicis actori satisfaciat condemnari debere, scilicet secundum intentionem ipsam actionis præcisè ; nam & vtique condemnatur cùm satisfacit actori iussu & arbitrio iudicis : sed tunc condemnatio ex æquo & bono non secundum actionis intentionem. Neque tamen existimandum quod Glossa putat, in his actionibus duas sententias proferri debere, vnam quâ contineatur iussus & arbitrium iudicis, vt reo satisfaciat, alteram quâ contineatur condemnatio secundum actionis intentionem nisi primæ sententiæ satisfecerit reus. Nam quod his §§. dicitur de satisfactione iussu & arbitrio iudicis ita est accipiendum, vt reus ante sententiam habeat facultatem offerendæ satisfactionis ad eum modum quem deinde iudex arbitrio & iussu suo præscribere valeret, *d. l.* 14. *item si cum*, §. 4. *hæc autem actio, quod met. causâ.* Sed post sententiam quoque videtur reus eamdem habere facultatem

tatem, non ex vi iudicati, sed ex legis aut Prætoris indulgentia, quæ tacitè & per consequentias condemnationem sequitur, *d. l. 6. miles*, §. *decem, de re iudic.* Cæterùm quod attinet ad priuilegium dotis exigendæ *in* §. *fuerat*, vid. D. Cuiac. in prioribus annotationibus qui Martini opinionem tuetur.

Ad §. Curare, & sex seqq.

QVod dicitur, *in hoc* §. *curare*, de incerta petitione, pertinet maximè ad actiones bonæ fidei, quarum petitio videtur incerta, cùm omnino pendeat ex bona fide. At in strictis iudiciis petitio vt plurimum certa est, & vtrumque Cicero docet orat. pro Roscio Com. illis verbis, iudicium est certæ pecuniæ, arbitrium incertæ: quod etiam ex Seneca facilè intelligitur trito illo loco, nempe lib. 3. de beneficiis cap. 7. In quam etiam sententiam vulgò notatur, certa & arbitraria opponi ex hoc loco Plauti in amphitr. hoc quidem profecto certum est, non arbitrarium; & ex alio eiusdem in penulo, nunc Pol ego quidem perii certo aut arbitrario: Quamquam tamen & in strictis iudiciis possit esse petitio incerta, vt *S. in prin. de verb. obligat.* Quod autem attinet ad arbitrarias actiones, earum quoque petitio certa est; nam arbitrium iudicis non directò venit in illas, vt S. dictum est, & meritò Glossa prima *in d.* §. *curare*, reprehenditur ab interpretibus, quod dicat actionem noxalem proponi sub alternatione aut deditionis aut æstimationis damni; nam sola damni æstimatio & actione & obligatione & condemnatione continetur: deditio verò tacitè inest, *d. l. 6. miles*, §. *decem, de re iudic.* euentu tamen actio arbitraria fit, si reus offerat satisfactionem iudicis arbitratu. Neque tamen idcirco impossibile erit ferre certam sententiam, vt vult d. Gloss. quia iudex potest æstimationem definire certâ summâ, vt *in d.* §. 10. ergo hic §. *curare*, ad omnes actiones pertinet, sed maximè ad eas quæ sunt bonæ fidei. Quod autem sequitur de plus petitionibus id non videtur pertinuisse ad actiones bonæ fidei; nam propter clausulam ex bona fide omnis suspicio doli submouebatur, ita vt effectu ipso inspecto nunquam posset actor videri plus petiisse, qui petitionem omnem suam referret ad bonam fidem. Quare pœna plus petitionis videtur locum habuisse in reliquis actionibus, quæ olim talis fuit, vt quia eo ipso causâ caderet, id est, rem & litem amitteret, quod sic eueniebat, quia actor plus petendo reiiciebatur per exceptionem, quòd alio modo ageret quàm deberet, & si rursus vellet agere suum tantùm petens repellebatur exceptione rei iudicatæ, nempe quòd antea rem & litem in iudicium deduxisset & consumpsisset, §. *alioquin*, I. *de exceptionibus*, quæ tamen ita sunt emendata, vt si quis tempore plus petierit, duplicentur temporis induciæ absque vlla præstatione vsurarum huius temporis ex constitu-

tione græca Zenonis, de qua *in* §. *hodie, de except.* I. quâ etiam continetur, vt non sit fraudi actori, si minus intentione suâ complexus fuerit quàm sibi debeatur, vt *in* §. *si minus*, I. Si verò plus petitum sit re loco vel causâ, id est modo, vt *l.* 44. *obligationum fere, de obligat.* Vult Iustiniani græca constitutio, vt damnum omne quod inde contigerit resarciatur in triplum, qui hoc etiam addit, vt liceat errorem suum emendare si quis aliud pro alio petierit, quæ duæ constitutiones restitutæ sunt à D. Cuiac. lib. 12. obseruat. cap. 21. qui etiam videndus de plus petitionibus lib. 7. cap. 27. quâ etiam de re est titulus lib. 2. decretalium, sed qui non satis dilucidè iuris Ciuilis sententiam exprimit, ex quo totus tamen desumptus est. Ex his verò exemplis quæ his §§. proponuntur hoc vnum videtur interpretatione indigere, quo proponitur actio de eo quod certo loco; nam si aliquid certo loco fuerit promissum dari, non potest peti directâ actione alio in loco, vt hîc §. *plus autem*; nam cùm obligatio sit mater actionis in personam, non potest actionem parere nisi sibi similem, & si alio in loco dari purè & absolutè peteretur, plus peteretur, detractâ scilicet vtilitate loci qui obligatione comprehensus est. At quia iniquum erat debitore ad eum locum accedente vel datâ operâ vel casu manere inanem actionem. Prætor excogitauit vtilem, comparatam scilicet ad exemplum directæ ciuilis, quâ quocumque loco peti potest, factâ mentione tamen eius loci quo dari debuit, quâ adiectione actio efficitur arbitraria, *d.* §. *& l.* 1. *&* 2. *& aliis, D. quod certo loco.* Proponi autem videtur hoc modo, putà, si Titius cui Ephesi dari debuit petat Romæ, si apparet aduersarium Ephesi dare debere, condemna eum iudex, vt Theophilus rectè docet *d.* §. cuius sententia videtur confirmari, *d. l* 2. §. *hæc autem actio*, vbi dicitur arbitrariam illam actionem descendere ex illa stipulatione, vbi stipulatus sum à te Ephesi decem dari, quo exemplo natura arbitrariarum actionum qualem supra descripsimus manifestò ostenditur. Nam in ea actione nullum apertum verbum, quo iudicis arbitrium contineatur, & quamuis Romæ agatur tamen actionis formula intenditur Ephesi deberi, sed arbitrium inest tacitè; nam eo ipso quo actor Romæ agens meminit eius loci quo dari debuit, rem totam videtur referre ad iudicis arbitrium, qui scilicet æstimet vtilitatem promissoris, cui plerumque faciliùs solutionem Ephesi expedire, vt dicitur, *in d.* §. *plus autem*, ex quo etiam hoc intelligitur nempe arbitrarias actiones primariò & principaliter continere vtilitatem rei, vt notant etiam interpretes *ad d. l.* 1. *& l. quod si Ephesi, eod. t.* quò pertinent trita illa verba, neque satis vulgò intellecta, iudicem qui huic actioni addictus sit æquitatem quoque ante oculos habere, quod etiam hodie vsurpari potest in strictis iudiciis post *leg. placuit, Cod. de iudiciis.* Cæterùm videndum, num in hac actione condemnatio fiat sub alternatione, vt in illa arbitraria, *d. l. miles*, §. *decem, de re indic.* nempe vt reus condem-

netur verbi gratiâ centum Ephesi dare, quod est in obligatione aut Romæ octoginta, quod iudicis arbitrium continet, nempe 20. deductis propter loci vtilitatem, & hoc magis videtur, cùm *in d.* §. *decem*, non possit iudex ad solam noxæ deditionem condemnare, & cùm in intentione actionis contineatur Ephesi dari debere, quare hoc obseruandum in arbitrariis actionibus, sententiam quidem dirigi secundum intentionem actionis, verùm sub alternatione arbitrium quoque poni, quod est ita intelligendum, *in d.* §. *decem*, si reus ante sententiam se satisfacturum obtulerit, *d. l.* 14. *item si cum*, §. 4. *hæc autem, quod metus causa*, & hoc valde mirum, quamuis oblatâ satisfactione à reo iudicem tamen non posse præcisè in ipsam satisfactionem condemnare, sed debere sequi intentionem actionis, & hoc nimirum est quod dicitur, *in d.* §. *decem*, factâ condemnatione in decem, aut vt noxæ dedatur, tamen actione iudicati decem contineri, & deditionem non esse in obligatione, sed esse in liberatione per consequentias pecuniariæ condemnationis, quod mirum in modum explicat naturam actionum arbitrariarum.

Ad §. *Sunt præterea & seqq.*

HAnc vltimam diuisionem actionum facit Theoph. in qua hoc primùm obseruandum quod dicitur *in princip.* §. quibusdam actionibus nos modò solidum prosequi, modò minus, ita esse intelligendum, vt actor quidem verbis actionis & intentione ipsâ semper solidum persequatur, id est, id omne petat quod sibi debetur, sed effectu ipso non semper solidum persequitur, quia non semper solidum obtinet & consequitur. Deinde obseruandum *in* §. *item si*, non manere retentionē in exigenda dote, sed quasi retentionem; nam retentionis omne genus etiam quod fiebat propter impensas sublatū est à Iustiniano, *constit. de rei vxor. act.* §. *taceat*, *C.* quæ præcessit editionem institut. manet tamen quasi retentio: propriè verò dicta retentio est, cùm res ipsa dotalis retinetur à marito, qui in eius detentione manet donec scilicet impensæ ei persoluantur, *l. quod dicitur, de impensis in res dot. fact.* veráque retentio ita locū habet, vt tandem tamen res dotalis debeat restitui sublatis nimirum impensis. Quasi retentio autem est, cùm ipso iure dos in quantitate consistens propter impensas minuitur, putà si centum dotis nomine data sint, & maritus impenderit viginti, quia fortè dos fuit constituta, non in præsenti & numerata pecunia, sed in nominibus, hoc casu decedunt viginti ipso iure, & dos incipit esse octoginta tantùm, quæ non est verè retentio, quia nihil quod sit dotale detinetur à marito, quod deinde restitui debeat, est quasi tamen retentio, quia minus dotis restituitur quàm fuerit acceptum. Itaque Iustinianus veras retentiones, hoc est detentiones sustulit, omnino seruans quasi retentionem, id est, imminutionem quæ fit ipso iure, vt, *d.* §. *taceat*, *& d.* §. *item si*, in

quo particula, quasi, ostendit improprietatem, quamuis Glossa contrà scribat. Neque existimandum cum Baldo & aliis adhuc esse locum veræ retentioni propter impensas necessarias, si dos consistat in corporibus non æstimatis; nam illo casu repetuntur impensæ actione mandati vel negotiorum gestorum. Nam quod necessariò impensum est vtiliter quoque impensum est. Denique obseruandum, *in* §. *compensationes*, hæc verba ex eadem causa non significare causam debendi, sed idem esse ac si dixisset ex eodem Iudicio siue ex eadem actione, quia cùm ex sua constitutione actiones quæcumque ipso iure minuantur per compensationem, *in* §. *in bonæ fidei*, §. rectè dici potest compensationis præstationem venire ex eadem causa & eadem actione. Atque hîc sit finis susceptæ tractationis illius partis iuris quæ ad actiones pertinere dicitur, quam tribus his titulis quasi præcipuis suis membris complexi fuimus, de Iurisdictione, de Iudiciis, deque ipsis actionibus.

FINIS.

INDEX LOCVPLETISSIMVS

Rerum & verborum quæ in Tractatibus Continentur.

A

ABSENS si quis sit, quibus modis adversus illum agatur? p. 259. 260.
Acceptilationis origo, p. 94.
Acceptilatio quid sit? p. 227. quomodo iuris naturalis esse intelligatur, quandoquidem iuris ciuilis sit? p. 99. an sit legis actio? p. 226. 227. 230. 232. an in iure fiat? p. 227.
Acquirendi iure gentium per possessionem duo esse genera, p. 183. an sint plures acquirendi modi? p. 184.
Acquiratúrne ex alieno contractu? p. 127. an ex contractu depositi ab alio contracti? p. 127.
Acquiri fideicommissum hodie sine traditione. p. 184.
Acquisitio proprietatis & causæ vsucapionis per eum qui bonâ fide possidetur, p. 197.
Acquisitio per liberos & servos, p. 101. 102. 110. 111. 112.
Acquirantúrne quæ facti sunt domino vel patri? An verò hæreant personæ serui vel filiif. p. 111.
Acquiratúrne patri & domino ius heredis per filiumf. & servum heredes institutos? p. 111. An idem sit de iure legati & cœteris iuribus? p. 112.
Actio vnde dicta. p. 388. 389. quid est? 389. 390. In iure impetrari solita, ibid.
Actionis nomine fideicommissa & in integrum restitutiones non venire, p. 5.
Actiones non vllis legibus apertè & nominatim conceptæ, sed ex legibus à prudentibus compositæ, p. 226.
Actiones alias certi, alias incerti, p. 37. certas esse, quoad fieri potest, iuris auctores voluisse, non numero solùm, sed intentione, & quare? p. 37. Eæ quæ incerti sunt enumerantur, ibid.
Actiones directæ & vtiles vnde appellatæ? p. 227. hodie superuacuam esse harum actionum distinctionem, p. 377.
Actionum diuisionem in speciales, & generales quæ cum specialibus & propriis concurrant, reiici, p. 43.
Actiones alias esse ciuiles, alias prætorias, & quid sint actiones ciuiles & prætoriæ? p. 396. 397. Ciuiles accommodari à Prætore iis quos ipse heredes facit, p. 77.
Actiones alias esse in personam, alias in rem, p. 392. vnde vtræque sint dictæ? ibid. quid sint actiones in personam? p. 403. & quæ sit illarum intentio? p. 393.
Actiones mixtæ quid sint? p. 404. quid in rem scriptæ? ibid.
Actiones alias esse in simplum, alias in duplum, alias in triplum, alias in quadruplum. p. 404. & quæ sunt in duplum, alias statim ab initio esse in duplum, alias in duplum crescere ex post facto, p. 404.
Actiones alias esse arbitrarias, alias bonæ fidei, alias stricti iuris, p. 406. Earum inter se quæ sit vera differētia? p. 407. 408. actiones bonæ fidei vnde dictæ? p. 406. arbitrariarum condemnatio quomodo concipiatur? p. 408.
Actionibus quibusdam nos modò solidum consequi, modò minus, & quomodo id intelligendum? p. 411.
Actiones concurrentes quid sint? p. 333 an eiusmodi sint actio personalis & hypothecaria? ibid. actionum concurrentium

INDEX.

exempla in legatis, in furto, in dote, p. 43. De actionibus concurrentibus, p. 73. Condictionis certi cum cæteris actionibus concursus, ibid.

Actiones diuersas pro variis respectibus competere ex vno eodemque negotio, p. 43.

Actionem per ordinariam quid intelligatur? p. 381.

Actionem esse actum legitimum, p. 224. 389.

Actio quare aduersus seruum non possit intendi? p. 251.

Actionum exercitium apud Prætorem quodammodo videri, p. 5.

Actionem ad exhibendum dari adversus eum qui dolo fecit quominus possideret, p. 84. itemque actionem in rem, sed ita demum si res extet, p. 86. condictionem aduersus eum qui sine dolo desiit possidere, p. 84.

Actio ad exhibendum grauior est quàm rei vindicatio, aut condictio, p. 84. vtilior est condictione, p. 85. An concurrat cum vindicatione aut condictione? p. 84.

Actionis ad exhibendum qualis est effectus? p. 84. in ea in litem iurari, p. 85.

Actio confessoria & negatoria vnde dictæ, & in quibus casibus dentur? p. 394. 395. 396. Confessoria altius tollendi & negatoria non tollendi quid sunt? p. 396.

Actionum noxalium quæ sit natura & an arbitrariæ sint? p. 407. 408.

Actiones Pauliana, Fauiana, & Caluisiana quid distent? p. 398.

Actionis quod certo loco quæ sit natura? p. 410. 411.

Actionis quadrupedariæ denominationem à Græcis, p. 88.

Actionis quoque Triticariæ appellationem ab iisdem, ibid.

Actio super lege diffamari, p. 350.

De Actore, p. 384.

Actus agentium parere obligationem inter contrahentes tantùm, p. 127.

Actus forenses an sint actus legitimi? p. 229.

Actus legitimi quid sint? p. 232. 388. Quid sint ex Auctoris mente? p. 229.

Actus legitimi aliquot enumerantur, p. 388.

Actus legitimi à Iurisperitis ex legum sensu compositi ad earum executionem, p. 224. nec simul & eodem tempore, sed paulatim p. 224.

Actus legitimi diem & conditionem expressè non recipiunt, & quare non recipiunt? p. 233. nonnulli an inde excipiantur? p. 231. an tacitè omnes diem & conditionem recipiant? p. 235.

Actus nonnullos figurâ inter legitimos fuisse, qui origine & substantiâ iurisgentium sunt, p. 230.

Actus legitimos plures esse in Iure Canonico, p. 234.

Aditio nomen generis, cretio, seu pro herede geritio, seu gestio, species, p. 279. In quo differat à gestione? p. 282. 283. Est actus legitimus, p. 227. An in Iure fiat? p. 227.

Adire aut gerere pro herede an possit quis, ignorans quâ ex parte sit heres scriptus? p. 280. 281. 282.

Adire hereditatem clusis tabulis an possit quis per rerum naturam? p. 280. 281.

Administrationem aliud esse à mero imperio, p. 27.

Adnotationem esse subscriptionem ad libellum, p. 16.

Adolescentis pecuniam an si quis suo nomine mutuam det, obligationem, non sibi, sed illi quærat, pecuniâ consumptâ? p. 342.

Adolescentis res an curator pignoris iure obligare possit? p. 377. 378.

Adoptionem nullâ certâ lege introductam, p. 225.

Adoptioni olim adhibita vindicatio, p. 226. itemque cessio in Iure, ibid.

Adpositum quid significet? p. 72.

Adrogationem esse legis actionem, p. 223.

Aduocati an à necessitate iudicandi, itemque aliorum munerum excusentur? p. 34.

Aduocationis vel procurationis in quocumque genere, pactionem omnem de emolumento, vel etiam de honorario prohibitam esse, p. 39.

Æquitas in vniuersum quid sit, & quid differat à Iure? p. 121. 122. 123.

Æquitatis gradus esse, p. 123.

Æquitatem aliam esse naturalem, aliam ciuilem, p. 124. aliam scriptam, aliam non scriptam, p. 122. Aliam esse quæ dicitur cerebrina, aliam quæ appellatur ciuilis, p. 294.

Æquitatem distingui à Iure scripto, p. 252.

Æquitatis varietas, p. 168.

Æquitatem in Iure maximè spectandam, quo sensu id debeat intelligi? p. 252. omnibus in rebus stricti iuris ratione potiorem esse, p. 407.

Agere malè qui minus petit, p. 92

Agere pro suo imperio, id intelligendum de mixto, p. 29.

Album Prætoris qui corrumpunt quomodo coerceantur? p. 401.

Alienam rem, aut quæ non est in commercio, vendi, locari, commodari, pignori dari posse, eatenus vt obligatio consistat inter contrahentes, p. 58.

Alienæ rei emptio venditio verè est, non Emphiteusis, p. 264. neque pignus, p. 376. Et quæ sit diuersi iuris ratio inter venditionem & emphyteusim? p. 264.

Alienatio quid propriè est? quid impropriè? p. 164.

Animaduersionis verbum quo sensu accipiatur? p. 32.

Animaduertere aliquam frequentiùs quàm in

INDEX.

aliquem, ex quam plurimis exemplis, p. *31.*
Antichrisis quid est ? p. *326.* quid antichrisis tacita ? p. *362.*
Appellare an ab arbitris compromissariis liceat ? p. *242.*
Appellare possit an absens, vel contumax condemnatus ? p. *256.*
Appellatio à dato iudice redit ad eum qui iudicem dedit : ad eum verò qui iurisdictionem mandauit non redit appellatio, sed ad illum qui ab eo appellaretur, & quæ ratio differentiæ ? p. *34.*
Appellatio an ad eum redeat qui in vna aliqua causa iurisdictionem mandauit ? p. *34.*
Ara olim quare posita in curia *Senatus* ? p. *258.*
Arbitrorum tres species, Compromissarij, Electi, & constituti sententiâ iudicis, p. *242.*
Arbitrum compromissarium inter, & arbitrum æstimatorem, & iudicem datum, quæ sit differentia ? ibid.
Arbiter quis sit ? p. *72.* quis arbiter compromissarius ? p. *241.* quis arbiter æstimator ? ibid.
Arbitri compromissarij sententiæ vis, p. *241.* Aliquando sumi arbitrum compromissarium adhibito sacramento, p. *241.* an ab eo liceat appellare ? p. *242.*
Arbitros æstimatores dari posse à Pedaneo iudice, non alium iudicem, ibid.
Artificem in quauis arte definiri virum bonum artis peritum, p. *22.*
Assessores inter & iudices Pedaneos differentia, p. *250.*

B

Beneficium *legis vlt. Cod. de his quæ ante apert. tab.* hodie in legatis, & fideicommissis inutile esse, p. *289.*
Beneficiorum possessionem moribus nostris disceptari apud iudicem ciuilem : petitorium autem apud Ecclesiasticum : an id *legi nulli prorsus, Cod. de iudiciis*, aduersetur ? p. 255.
Beneficij rependendi obligationem ad ius gentium referendam, p. *95.*
Biens meubles, n'ont point de suite & hypotheque, hæc consuetudo quomodo intelligatur ? p. *335.*
Bona fides dupliciter accipitur *190. 191.* Circa conuentiones & contractus solùm propriè versatur p. *123.* in quo distinguitur ab æquitate ? ibid. Quibusdam in contractibus cur magis exuberet ? p. *407.*
In bonis rem habere, quid est ? p. *383.*
Bonorum possessio decretalis, edictalis, & ordinaria quid sint ? p. *6. 7. 9.*
Bonorum possessionem Carbonianam, & quæ ventris nomine datur decretales esse : reliquas omnes de plano sine causæ cognitione concedi, p. *7.*
Bonorum possessione in danda quale sit officium Prætoris. p. *6.*
Bonorum possessionis petendæ solemnitatem hodie sublatam esse, p. *7.*
Breuitas commendatur, p. *43.*

C

Caducam fieri portionem quid est ? p. *289.*
Capitale iudicium quid ? p. *124.*
Capitales animaduersiones legis actionibus annumerari, p. *223.*
Cauillus Tullij aduersus Iurisconsultos circa verborum proprietatem, p. *149.*
Causa quid est ? p. *74.* Quid distet à lite ? p. *247.* Quid ab obligatione ? p. *74*
Causam maiorem trahere ad se minorem, quo sensu hæc regula sit accipienda. p. *249.*
Causarum status cognitio ad quem pertineat. p. *239.*
Causæ pecuniariæ fiscales, aut ad publica munera pertinentes, intrà quod tempus finiri debeant ? p. *255. 256.*
Causæ, quæ tractari possint alterâ parte absente ? p. *256.*
Cautelam abundantem non nocere, p. 57.
Cauent dum priuatis, solere prudentes plura eiusdem ferè significationis verba congerere, p. 149.
Cautionem iudicatum solui vice citationis obtinuisse, p. 260.
Cautio iudicio sisti an in causis quoque criminalibus adhibeatur ? p. 8.
Cautiones prætoriæ imperii mixti, an iurisdictionis sint ? p. 12.
Cedat quando dies legatorum & fideicommissorum ? p. 283. 287.
Cedere à die mortis, quare legatum vsus, vsusfructus & habitationis, ne quidem hodie sit receptum ? p. 286. 287.
Celsum adolescentem, itemque Nervam Filium ante 25. annum de iure publicè consulentibus responsitasse, p. *294.*
Censeantur quorum bona ? p. *363.*
Certum quid sit ? p. 37. certa pars agri quid ? p. 214. *215.* certum quare maximè versetur in mutuo ? p. 38.
Certum in rubrica, *si certum petetur*, an restringi debeat ad solum mutuum cum Glossa : an verò ad omnes obligationes pertineat ? p. 37.
Certi condictio an ad solum mutuum restringatur ? p. 38. an vna sit specialis ex mutuo : altera generalis ex omnibus causis ? p. 42. 89. interdum commodior quàm actio bonæ fidei cum qua concurrit, p. 73. non competere ad tradendum, sed ad dandum, ibi. Ex quasi contractibus & delictis competere, p. 75. quâ ratione competat ex leg. Aquilia ? p. 76. & ex causa furti ? ibid. Competere vbicumque certum in obligatione versatur, p. 77. Illius varia exempla & di-

INDEX.

uersæ appellationes, p. 89. eiusdem cum cœteris actionibus concursus, p. 73.
Certa *in* strictis iudiciis, in arbitrariis incerta petitio vtrum sit? p. 409.
Cessio bonorum beneficium lege Iuliâ indultum, vt debitores, vel in solidum, vel in partem liberentur, p. 319.
Cessio bonorum quid differat à datione in solutum? p. 321.
Ciuitates loco priuatorum esse, p. 274.
Clausula, quanti ea res est, quo sensu sit accipienda? p. 309.
Coercicionem maiorem in mulcta, vinculis, & verberibus consistere, p. 21. 23. adhiberi iudicibus datis, ibid.
Cogi vtrùm quis possit ad debiti petitionem? p. 349. 350. aut ad litem prosequendam, si vel in ius tantùm vocaverit? p. 350.
Cognitio magistratus extraordinaria quid sit. p. 9.
Cognitionem esse cùm acta causæ plenè & solemniter conficiuntur, & opponi parasimiosi, p. 14. Referri propriè ad magistratum, p. 15.
Cognitionem magistratuum minus vtilem esse litigatoribus quàm iudicum notionem, p. 14.
Cohortales siue Cohortalini quid sunt? p. 366.
De Colono, de Colono partiario, de Colono censito, p. 384.
Commercium auri & argenti in massa, p. 83.
A commercio res exemptas, vendi, locari, commodari, pignori dari posse eatenus vt consistat obligatio inter contrahentes, p. 58,
Commodati agere vtiliter prædonem & furem, p. 130.
Compensatio an strictis in iudiciis admissa? p. 406. 407. Prius fit cum eo quod debetur naturaliter, deinde cum eo quod ciuiliter, p. 98.
Compendii nomine quid intelligatur? p. 315.
Condicere quid? p. 40. 41.
Condicere à furibus & similibus vt quis possit, receptum est, p. 131.
Condictio quid sit? p. 40. 131. quibus nominibus appelletur? p. 40. vnde dicta, ibid. & p. 403. Quid propriè & improprié significet? p. 41. 42.
Condictionis nomen non esse proprium factum actionis ex mutuo, & inde productum ad cœteras causas ex quibus certum petitur p. 42.
Condictiones quæ sunt ad exemplum mutui prætoriæne sint, an ciuiles & directæ? p. 89.
Condictio causâ datâ, Condictio ex lege, Condictio furtiua, Condictio indebiti, Condictio mutui, Condictio ob turpem causam, Condictio sine causa, Condictio triticaria ex qua causa dentur? p. 89.
Condictio de bene depensis quando datur? p. 88. vnde dicta? & quid significet? ibid.
Condictio ex consumptione an acquiratur furioso? an pupillo? p. 90.
Condictio furtiua, p. 402.
Condictitiam actionem dici pro condictione ex lege, p. 405.
Condictio tacita an actum resoluat in contrarium conditionis euentum? p. 335.
Conducta in prædia, quę inuehuntur inferuntur, an pignori sint suppositа? p. 368. 369. 370. 371.
Conductoris mentio, p. 385.
Confusio quomodo fiat? & vtrùm tollat ciuilem & naturalem obligationem? p. 119. 120.
Confusum quid sit? p. 19.
Congestio verborum plurium in formulis & cautionibus, p. 149.
Conjectio causæ quid sit? p. 14.
Conjunctis personis liberiorem facultatem in rebus conjunctorum intercedendi permitti, p. 342.
Consignatio quid est? p. 351.
Consulibus merum imperium primò datum, postea ademptum, & cautum, ne illi animaduerterent in caput ciuis iniussu populi, p. 27.
Consumpta quando intelligatur pecunia? p. 86.
Constitutiones non promulgare solitus Imperator Alexander Seuerus, nisi viris 70. adhibitis, p. 295.
Constitutoria actio, quid sit? & quare ex nudo consensu nascatur? p. 399.
Constitutum cui bono sit introductum? p. 400.
Contractus quid est? p. 34.
Contractuum de vi & potestate seu tacito intellectu, p. 60. 61. in contractibus id quod agitur haberi pro cauto, p. 60.
Contractum nullum sine consensu, p. 83.
Contractus & actus quosdam ex mero iure gentium posse consistere, p. 131.
Contractus an admittant quæuis pacta iure ciuili? p. 227.
Contractus cui dolus causam dedit an summo iure valeat? p. 406.
Contractus certos & incertos aliud esse à contractibus certi & incerti, p. 74.
Contractus nominatos certos esse, innominatos incertos: vtrosque vel certi vel incerti, p. 75.
Contractibus stipulatio an debeat annumerari? p. 75.
Contractus innominati exemplum, p. 81.
Contractus do vt des an idem sit quod rerum permutatio? p. 50.
Contractuum bonæ fidei & stricti iuris differentiam magni momenti esse, p. 123.
Contractuum bonæ fidei obligatio an aliquando protendatur ad eos qui non contraxerunt? p. 128.
Contrahere esse propriè, vbi hinc inde aliquid trahitur, p. 97.

INDEX.

Controuersia quid distet à lite & causa? p. 147.
Contumaciam iustis de causis purgari posse, p. 257.
Conuersatio legitima quid? p. 229.
Credendi verbum quid significet? p. 35. 36. 45.
Credita res in quo differat à contractu & obligatione? p. 35.
Crediti nomine quid contineatur? p. 48. 56.
Creditum an rectè dici possit in deposito, commodato; pignore, & locato? p. 48.
Creditum inter & mutuum differentiæ, p. 56. 57. 58. 59.
Creditum esse posse etiamsi nihil proficiscatur p. 50. verbis fieri posse, p. 60.
Creditor an ad debiti petitionem vrgeri possit? p. 34. 350.
Creditor pigneratitius an de casu fortuito teneatur? p. 348. an non solum de dolo & culpa, sed & de custodia teneatur? p. 348. 349.
Criminalem cognitionem non cessare propter actiones priuatas, p. 5.
Crimina extraordinaria sunt de quibus lege pœna constituta non est, p. 9. legitima iis opponi, ibid. quæ tamen aliquando extra ordinem vindicantur, ibid.
Cretio est additionis species, p. 279. an olim facta fuerit in iure? p. 228.
Custodiæ verbo quid significetur? p. 348. 349.

D

Damnum ab ademptione dictum, p. 311.
Damnatis liberam mortis electionem quandoque à Principibus concessam beneficii loco, p. 30.
Dare non semper translationem proprietatis significare, p. 29.
Dare facere an actionem omnem in personam comprehendat? p. 40.
Dari non propriè dicitur quod ita datur, vt quandoque redeat, p. 26.
Debendi verbum an ad actionem in rem spectet? p. 399.
Debitor qui pignoribus cedit an obligatione personali liberetur? p. 319. 320.
Debitore fugiente, an liceat quod sibi debetur auferre? p. 326.
Deducere quid est? p. 149.
Defensores ciuitatum an habeant iurisdictionem ordinariam? p. 13. an sint propriè magistratus? ibid.
Delegati an cogi possint ad ius dicendum? p. 22.
Denuntiationes an sublatæ sint? p. 88. 129.
Denuntiationum ritus olim in omni actione in personam adhibitus, p. 40 quare adhibitus? ibid. an aliqua in actione personali adhuc locus eis sit? p. 335.
Denuntiationes olim fuisse quasi litis contestationem, p. 403.
Deportati bona publicari, p. 126. ab eiusdem bona omnia publicentur? p. 126.
Deportatus an possit acquirere? & quid fiet de eo, si quid acquirat? p. 126. An habeat ius testamenti faciendi vel fideicommittendi? p. 126.
Depositi notatio, p. 127.
Depositum fiduciam appellari, p. 128.
Depositum numeratæ pecuniæ vt possit constare, quid requiritur? p. 125.
Depositarius, an Domino, non latroni qui deposuit, teneatur rem depositam restituere? p. 128. 129. 130.
Depositum à seruo an sit illi reddendum? p. 130
Depositâ re penes dominum ignorantem, aut ex alio contractu traditâ, quid iuris? p. 131.
Depositi sicut & commodati furem atque prædonem vtiliter agere, p. 130.
Deposuit qui pecuniam an deinde reus factus capitalis iudicii possit eam repetere? p. 125. Idem de reo facto iudicii priuati quæritur ibid.
Dignitates an à militiis sint distinguendæ? p. 357.
Dilationes plures an in causis pecuniariis dari debeant? p. 254.
Dilatio quarta indulta ad producendos testes *in nou. 90. de testibus*, p. 254.
Diligentiæ verbo quid significetur? p. 348. 349.
Disceptatio an ad iurisdictionē contentiosam, an ad voluntariam spectet? p. 225. alia vera, alia imaginaria, ibid.
Distractionem publicam bonorum sine contumelia & infamia quadam esse non posse, p. 359.
Dominium possessionis dici, p. 273.
Dominii diuisio in directum & vtile in iure insolens, p. 272.
Dominium rei donatæ & venditæ quomodo acquiratur? p. 183. 184. in lege commissoria & in diem addictione redit ad venditorem sine traditione, p. 184.
Dominium non posse contingere, nisi ex vna causa, p. 215. 216.
Dominium iure gentium an penes Principem remanserit? p. 273.
Dominium an debeat solum impetrari pro modo debiti & causâ cognitâ? p. 321.
Dominii impetrationem à datione in solutum differre, p. 323.
Dominium quâ ratione amittatur? p. 217. 218.
Domini plures in solidum eiusdem rei esse non possunt, & quare? p. 216.
Domino rem suam perire, p. 61.
Domino re propriâ ex aliquo contractu traditâ, quid iuris? p. 131.
Donatæ rei dominium non acquiri sine traditione, p. 183.
Donationibus duabus eiusdem rei concurrentibus, an prævaleat ea quæ prius traditio-

INDEX.

ne perficitur? p. 183.
Donatio origine & substantiâ iurisgentium est: actus verò legitimus figurâ inspectâ, p. 280.
Donatio possessionis an valeat inter coniuges? p. 189. 190.
Donatas sibi res à coniuge quomodo coniux possideat? ciuiliter, an naturaliter? p. 190. & an vsucapere possit & fructus suos faciat? ibid.
Dos pro Mariti obligatione ex quacumque functione publica an teneatur? p. 565.
Dos vxoris Primipili an tacitè fisco sit obligata? p. 364, 365.
In Dote an pater ius habeat constante matrimonio? p. 365.
Dotis exigendæ priuilegium, p. 409.
Dote in exigēda an locus sit retentioni propter impensas? p. 412. an quasi retentioni? ibid.
Dotis promissio post nuptias, p. 56.
Dotis dictio quid olim? ibid.

E

Edictum perpetuum quo ordine distributum? p. 35.
Edicta Præfectorum prætorio dicta formæ generales, itemque ἐπαρχικὰ, p. 262.
Electio an actus sit legitimus? p. 234.
Emancipationem nullâ lege fuisse nominatim introductam, p. 225.
Emphyteusis quid sit? p. 264. alia perpetua est, alia ad tempus, p. 265. Emphyteusim propriè illam esse quæ perpetua est, ibid. an contractus stricti iuris sit? p. 276. an valeat sine scriptura? p. 276. an alienæ rei esse possit? p. 264. an requirat corporalem & solemnem traditionem quæ per se à domino fiat, non per procuratorem? p. 266. Quo sensu debeat accipi quod dicitur, Emphiteuticariis in contractibus pactiones quascumque debere custodiri? p. 276.
Emphyteuticarium ius an à iure perpetuario sit separandum? p. 275.
Emphyteuta in quibus differat à fructuario? p. 265. In possessione est, non est tamen verus possessor, p. 269. An possit præscribere p. 271. An possit imponere seruitutem? ibid. an naturale dominium habeat? p. 273. si per triennium in solutione cessauerit, vel per biennium in rebus Ecclesiæ, an possit Dominus à prædio suâ hunc expellere autoritate? an verò id per iudicem facere debeat? p. 267. 268. an possit meliorationes suas sine iure emphyteutico vendere? p. 277. an inconsulto prædii Domino ius suũ donare possit? p. 274.
Emphyteuticarii iura, p. 271.
Emphyteuticarii tum patrimoniales, tum alij an domini fiant? p. 274. Patrimoniales, Emphyteutæ quid sint? ibid.
Emphyteuticos per fundos priuatorum quid intelligendum? quid per fundos iuris emphyteutici? p. 274. quid per fundos patrimoniales, siue fisci? p. 275.
Emphyteuticarii fundi an ex quauis alienatione domino pars pretii vel æstimationis sit præstanda? p. 277. An ex eius donatione Prælationis ius domino competat? ibid.
Emphyteuticis in fundis patrimonialibus an Principi competat ius prælationis? p. 274. In iisdem an metus sit commissi? p. 274. 275.
Emphyteuticariis & vectigalibus in agris licere paciscj, vel species, vel pecuniam numeratam, vel vtrumque sub vna pensitatione vel pluribus. p. 266.
Emphyteuma quid est? p. 267.
Emponemata quid sunt? p. 277.
Emptio spei seu aleæ, p. 312. In emptione, lucri ratio quod circa rem est, habetur, ibid
Emptor pignoris à debitore an habeat pignoratitiam debito soluto? p. 338.
Eremoditium contrahi quid est? p. 256.
Euocari edictis aliud est, aliud literis, aliud denuntiationibus, p. 256. 257.
Exceptio rei iudicatæ an officiat proponenti quod omisit? p. 248.
Executorum litium munus? p. 405. Illis certum salarium constitutum à Iustiniano, p. 405.
Expensarum pronunciatio alterâ parte absente, p. 257.
Extinctas res à furibus & possessoribus condici posse, sed aliud peti, aliud in condemnationem venire, p. 76. vindicari non posse, & quare? p. 84. 85.
Extremum quid sit in iurisdictione? p. 21. 22. 23.

F

Faciendi verbum, p. 393.
Facti esse dicuntur quæ sunt iurisgentium, p. 96. facti nonnulla recenseri, p. 188.
Falcidiam esse quartam rerum & bonorum, non hereditatis, p. 152.
Falcidiam in quartam quid heres debeat imputare? p. 137. 152. 153. 154. An legata, fideicommissa, & mortis causâ capio imputentur? p. 153. 157. 158. 170. An ea quæ iure hereditario capiuntur? p. 153. 154. An præceptio? An prælegatum? p. 154 155. 156. An fideicommissum quod à coherede accipitur? 160.
Falcidiam in quartam imputari aliud esse à compensatione præceptionũ, p. 159. Itemque aliud imputari in Falcidiam, aliud connumerari & contribui bonis defuncti Falcidiæ causâ, p. 170.
Falcidiæ an sit locus præceptionibus relictis invicem ab heredibus? p. 158. 159.
Falcidiæ detractionem expressim prohiberi

INDEX.

posse à testatore, p. 158. Legatum posse relinqui eâ lege ne detrahatur Falcidia, ibid.
Festi locus obscurus emendatur & explanatur, p. 213.
Fictiones iuris quid possint efficere circa ea quæ sunt facti? p. 188.
Fictio breuis manus quid? p. 80 81. 82.
Fidem esse dictorum conuentorumque constantiam ac veritatem, p. 122. quomodo in iure propriè accipiatur? ibid.
Fides quo sensu dicta sit à Tullio Iustitiæ fundamentum? p. 123.
Fides ciuilis itemque naturalis quid sint? p. 47.
Fidem sequi & credere idem esse, p. 46.
Fidem alienam sequi quando in contractibus dicimur? p. 45.
Fidem habitam vel creditum dici non posse, vbi nihil supereſt obligationis, p. 46.
Fideicommissum an legati nomine in iure significetur? & contrà? p. 142. 143.
Fideicommissa quando firma esse cœperunt? p. 134.
Fideicommissum an heredi relinqui possit? p. 143 144.
Fideicommissi iure capere quid est? p. 152.
Fideicommissarius an sit propriè creditor? p. 77. fideicommissario an competat condictio certi? ibid.
Fideicommissariæ hereditatis in restitutionem an prælegatum veniat pro hereditaria portione? p. 178. 179.
Fideiussores an possint conueniri non excusso prius debitore? p. 341.
Fiducia species pignoris, p. 47. de fiducia, p. 386.
Filiusf. contrahens obligatur & alios sibi obligat ciuiliter, p. 106. An acceptâ mutuâ pecuniâ obligetur saltem naturaliter? p. 109. Ei si filiusf. vel seruus liberam peculii administrationem habentes pecuniam crediderint, quid iuris? ibid.
Filiif. peculium habentis è contractu quæ actiones oriantur? p. 106.
Filiusf. an rem patris pignori dare possit? p. 378. an rem peculiarem? ibid.
Fisco pro Tributis bona tacito hypothecæ iure obligata, p. 362.
Fisco tacitè hypothecæ obligari bona eius quócum contrahit, p. 363.
Formulæ sublatæ à Constantino, p. 390.
Fortuitus casus an à creditore pigneratitio præstetur? p. 348.
Fructuarius an & quatenus possideat? p. 198. 199.
Fructuario an acquirat seruus possessionem ex quacumque causa, p. 200.
Fructus rei pignori obligatæ an tacitè obligati censeantur? p. 363. 364. 370. 371.
Fugitiuum seruum an dominus possideat? p. 201. 202. 203.
Functionem recipere in suo genere quid est? p. 53. 54.
Fur est qui clanculum subripit, p. 130.

G

Gestio seu geritio pro herede species aditionis, p. 270.
Gladii potestas quid significet? p. 31.

H

Henricus Germanorum Rex ab Azone & Lothario dissentientibus Arbiter electus, secundum Lotharium æstimantem merum imperium solius Principis proprium esse, & Magistratibus illius vsum tantummodo concessum, ptonunciauit, p. 27.
Hereditas quid est? p. 138. Quid distet à legato? ibid. quando adiri possit? p. 279.
Hereditatem qui omittit præceptionem solidam consequitur, p. 157. Itemque is cui vt indigno eripitur hereditas, ibid.
Hereditario iure capere quid est? p. 152. 153. 154. aliud esse institutionis nomine capere, p. 153.
Heres ex re certa institutus an legatarii loco sit & oneribus hereditariis obnoxius? p. 166. 167.
Heredes inter, ipso iure diuisum æs alienum: secus esse de obligatione depositi & commodati, p. 39. de coheredibus ex re vel summa institutis, p. 168. De coheredibus quos testator ab oneribus hereditariis immunes fecit, p. 168.
Hereditarium per seruum cùm proprietas, tum possessio eorum quæ sint eiusdem hereditatis an acquiri possint? p. 205. 206. 207. Quid per seruum hereditarium intelligatur? p. 205.
Hypothecaria quid est? p. 318. Cur dicatur persecutio? p. 345. 346. Quomodo sit in rem actio? p. 346. 347. Quomodo à vindicatione distinguatur? ibid. Interdum pigneratitiæ nomine intelligitur, p. 381.
Hypothecaria prius agere quàm actione personali, an creditoris sit electio? p. 340. 341. 363. Illâ semel expertus an habeat regressum ad personalem, & ab hac ad illam? p. 340. An vtramque possit simul intendere? ibid.
Hypothecaria an agere possit creditor contra exterum possessorem, indiscusso reo principali? p. 335. an prius quàm, & debitorem, & fideiussores excusserit? p. 341.
Hypothecaria quomodo debeat proponi, si mortuo debitore seruus bona teneat? p. 25.
Hypothecâ generali & speciali concurrentibus, an locum habeat regula, qui prior est tempore potior est iure? p. 322.
Hypotheca specialis an si quædam specialiter

INDEX.

& vniuerſa etiam bona generaliter eidem ſimul fuerint pignori obligata, prius excuti debeat? p. 322. 323. 324.

Hypothecæ an vſucapione, itemque præſcriptione longi temporis extinguantur? p. 330. 331.

Hypothecæ priuilegia non eſſe confundenda cum priuilegiis cauſæ, p. 344.

Hypotheca illius qui ad rem reficiendam vel conſeruandam credidit. p. 344. Vtrùm tacita illi ſufficiat, an requiratur expreſſa? ibid.

I

Imperium longè vberiori iure & pleniori in Principem fuiſſe tranſlatum, quàm ſoleret Magiſtratibus concedi, p. 28.

Imperium aliquando dici videri de iuriſdictione, & contrà, p. 19 Odio haberi, ibid.

Imperium mixtum vnde dictum? p. 13. 19. Illius exempla, ibid. Non confuſum eſſe cum iuriſdictione, ſed ſimplex eſſe, & quare? p. 18.

Imperii magis quædam eſſe quàm iuriſdictionis, & è converſo, p. 20. 23,

Impetrationes actionum ſublatæ, p. 37.

Imputatio quid diſtat à reſtitutione? p. 179. 180. Quid à compenſatione? p. 175. 176 177.

Incertam partem agri neque poſſideri, neque vſucapi poſſe, p. 214. 215.

Indebiti condictio quid ſit? p. 93. Vnde deſcendat? quid requiratur vt competat? ibid. & p. 86.

Indebiti condictionem competere pro poſſeſſione, p. 132. Illi competere qui nummos alienos indebitos ſoluit, p. 92. An ei locus ſit, ſi frater à fratre mutuam pecuniam cœperit? & poſt mortem patris cui ambo ſui heredes extiterunt fratri pecuniam ſoluerit? p. 108.

Inducere quid ſignificet? p. 227.

Inſtinctus procreandæ & alendæ ſobolis an ſit obligatio? p. 95.

Intercedendi liberior facultas in rebus coniunctorum coniunctis perſonis permittitur, p. 342.

Intercedentem pro alio mulierem ne naturaliter quidem obligari, p. 99.

Intercedentis pro alio obligationem non eſſe iure gentium proditam, ibid.

Interdicere quandoque ſumi pro vti interdicto, p. 214.

Id quod intereſt quid ſit? p. 296. vel ad vtilitatem referri, vel ad pœnam, p. 306. ex damno & lucro conſtare, p. 309. 310. 316. an locum habeat in pecunia numerata? p. 313. 314. In eo æſtimando quid diſpiciat iudex? p. 297, 298. An caſus fortuiti in illo ſint imputandi? p. 312.

Id quod intereſt aliud eſſe, aliud rei pretium, p. 299. 300.

Id quod intereſt aliud eſſe extrinſecum ſiue extra rem, aliud intrinſecum ſiue circa rem appellari, p. 305. De eo quod intereſt quod affectionis vocant, p. 297. De eo quod intereſt quod ſingulare appellatur, p. 298.

Interpretandi iuris tria genera, p. 252. Interpretationem prudentum conſtitutione Iuſtiniani ſublatam eſſe, ibid.

Interrogatio heredis in iure, p. 39.

Inundatione an agri poſſeſſionem, itemque dominium amittamus? p. 219,

Inuitus quis intelligatur? p. 378. 379.

Ipſo iure tolli quid ſit? quid elidi per exceptionem? p. 353. 354 355.

Ire in creditum quid ſit? p. 52.

Iubeo an ſit verbum imperativum & directum? p. 146.

Iudicata res in pignore contra debitorem an noceat creditori? p. 327. 328.

Iudicatum quomodo accipiatur? p. 79.

Iudex quid? p. 245. quid iudex quæſtionis publicæ. p. 244.

Iudices inter qui numerentur? p. 237. 238. 239. 240. 241.

Iudicum primo ordine poni qui iuriſdictioni præſunt, p. 237. ſecundo ordine qui poteſtate aliquâ à Principe præditi ſunt, ibid. Alios eſſe ciuiles, alios militares, ſed his nominibus illuſtres, ſpectabiles, & clariſſimos nuncupari, p. 238.

Iudicum qui ex aliqua lege ſunt confirmati afferuntur exmpla p. 244.

Iudices ex officio debent capere latrones, p. 130.

Iudices datos ſeu delegatos & pedaneos ſolam notionem habuiſſe, non iuriſdictionem, imò nec ſententiæ ſuæ executionem, p. 2. 7. 33. 34. Nullam habere iuriſdictionem, p. 243. Iudicare non in forma cognitionis, ſed paraſimioſis, p. 3. 14. De illorum iudicatione præclarus locus Tullii, p. 9. an habeant poteſtatem dandi iudices? p. 33. 34. Arbitros æſtimatores dare poſſe, non alium iudicem, p. 242. Cognoſcere tantùm & iudicare de contumacia, p. 21 Quodammodo videri habere imperium, p. 24. Eos, de facto, non de iure cognouiſſe qui exiſtimant, an errent? p. 245.

Iudices dati quid diſtent ab arbitris? p. 73. 242. 392. Quid ab illis quibus mandata eſt iuriſdictio? p. 33. Quid ab Aſſeſſoribus? p. 250.

Iudicum centurias Romæ & in Prouinciis iudicandi cauſâ fuiſſe inſtitutas, p. 3. certum fuiſſe numerum in vnaquaque iuriſdictione quos magiſtratus iuberet iudicare, p. 11. Iudices pedanei an dati tandem à Præſidibus, non in ſingulis cauſis, ſed ſemel ad humiliorum cauſarum vniuerſitatem? p. 240.

Iudices pedanei introducti à Iuſtiniano Conſtantinopolim an habuerint iuriſdictionem? p. 13. 23.

INDEX.

Iudicum dandorum ritus explicatus à Theophilo in princ. de interdictis, p. 2.
Iudicem in propria causa stolidè atque ridiculè à Claudio datum, p. 15.
Iudicis datio, notionis, aut cognitionis nomine non significatur, p. 13. 14. Simplicis iurisdictionis, an imperii mixti sit? p. 11. 12. 13. An sit omnino sublata? p. 249. 250.
Iudicia quomodo olim apud Prætorem constituebantur? p. 10. Eorum ritus apud Iudices datos, p. 15.
Iudicii finem esse ius, p. 9.
Iudicium quibus modis sumatur? p. 7. 9. 245. 246. An ad magistratus quoque referatur propriè, p. 8. 10. 390. In iudicium vocare idem quod in ius vocare, p. 8. In iudicio pro in iure, ibid.
Iudicium cœptum, seu initium iudicii apud Prætorem, p. 5.
Iudicium μονομερὲς quid? p. 256. Quid pœnale iudicium? p. 337.
Iudicio eodem, & apud eundem Iudicem, an tractari debeant exceptiones causæ continentes, mutuæ petitiones ex diuersis negotiis, mutuæ petitiones ex eodem negotio; Et hæ quomodo differãt inter se? p. 254. 255.
Iurare an debeant Iudices tactis Euangeliis? p. 257. 258. Quam in sententiam iurare teneantur? p. 259. Iurasse olim in leges singulis in causis, p. 259. Iurandi sibi non liquere an eis sublata sit facultas? p. 253.
Iusiurandum quod dicitur Ecclesiasticum? p. 259. Iusiurandum in litem in actione ad exhibendum, p. 86.
Iusiurandum quale præstandum à Iudicibus, Patronis, & litigatoribus? p. 258. ab Episcopis, à Sacerdotibus, à curatoribus? ibid.
Iurisconsultos ab stoicis fuisse imbutos, & ipsis etiam licentiores, ac propemodum ineptos in ducendis nominum originibus, p. 55.
Iurisdictio quid sit? p. 12. 16. 17. Cur dicatur licentia? p. 22. An sit iudicis dandi licentia, p. 12 9. 10. 11. An rectè definiatur Iudicandi vel iudicis dandi licentia in negotiis priuatis? p. 16. Eius definitionem à Cuiacio traditam mancam esse, p. 12. Eiusdem definitio ex Duareno traditur, p. 1. Impugnatur, p. 9. 10.
Iurisdictionem separari à cognitione seu notione, p 2.
Iurisdictio diuiditur in generaliter acceptam, specialiter acceptam, & simplicem, p. 1.
Iurisdictionem plenam vtrumque complecti, & iudicandi & iudicis dandi licentiam, p. 18. Iurisdictionem plenam qui non habeant? p. 22.
Iurisdictionem voluntariam posse exerceri extra territorium: contentiosam non posse, p. 6. Voluntariam non esse propriè iurisdictionem, sed contentiosam, ibid.
Iurisdictio omnis an simplex sit? p. 22. Nullam esse sine modica coercitione, p. 23.
Iurisdictionem ordinariam habere posse etiam qui magistratus non sunt, vt defensores Ciuitatum, Præsides, & qui alicui Collegio vel corpori præsunt, p. 14.
Iurisdictionem exequi quid significet? p. 7. 10.
Iurisdictionis & imperii simul, quæ dicuntur? p. 25.
Iurisdictionis magis esse quàm imperii ea quæ pertinent ad modicam coercitionem: vt pignorum capionem, p. 20.
Ius dicere quid significet? p. 7. 10. Distingui à iudicare, p. 2.
Ius ad Prætorem referri: iudicium ad Iudicem, p. 2. 7. 10.
Ius quid est? p. 294. Quid ius naturale? p. 95. Iuris naturalis acceptio, p. 124. De eodem iure naturali, p. 121. Ius gentium dici ius naturale, p. 96.
Iuris ciuilis commendatio, p. 121. Eiusdem summa æquitas commendatur, p. 293. 294. 295.
Iuri ciuili obtrectantes scioli homunciones grauiter increpantur, p. 294.
Ius ciuile non esse artem litigandi, p. 122.
Ius ciuile qui contemnat, eum non modò vincula iudiciorum, sed etiam vtilitatis vitæque communis revellere, p. 296.
Iuris ignorationem potius litigiosam esse quàm scientiam, p. 122.
Ius ipsum quid est? p. 124.
Ius scriptum triplici ratione temperari, interpretatione, iurisdictione, & constitutione, p. 252.
Ius strictum an iurisdictione iudicantis possit temperari? p. 253.

L

Lancis verbum, p. 82.
Latro est qui vi spoliat & armatus aggreditur, p. 130.
Latrunculator non connumeratus inter magistratus, p. 26.
Legatarius dum deliberat, dominium rei legatæ in suspenso esse, p. 71.
Legatarium ad legatum non admitti, nisi conditionem & modum impleuerit, p. 72.
Legati iure capere quid est? p. 152.
Legatum vni ex heredibus generaliter relictũ, non ab aliquo nominatim, capi duplici iure, partim iure hereditario, partim iure legati, p. 139.
Legatorum differentiæ quo sensu sublatæ dicantur? p. 140.
Legatorum & fideicommissorum exequatio, p. 141. 142.
Legatum quid est? p. 138. An heredi factum valeat? ibid. An heredi relictum, quando heres rogatus est hereditatẽ restituere? ibid. An vni è pluribus heredibus relictum? ibid. An Filiof. & seruo heredibus institutis à

INDEX.

patre vel domino heredibus quoque institutis relictum? ibid. An ab alio quàm ab herede relinqui possit? An extra testamentum? ibid. An alieno seruo legari possit res Domini? p. 138. Legatæ rei factâ ab herede alienatione, quid iuris? p. 71.

Legatus Proconsulis an habeat iurisdictionem propriam, etsi mandato Proconsulis hanc habeat? p. 240.

Legatos ab Augusto mitti solitos in Prouincias, qui deinde Præsides sunt appellati, p. 30.

Leges aliquot è longè pluribus quas auctor in decursu operis obiter expositit, Lex Barbarius. D. de offic. Præt. p. 4. Lex 3. D. de iurisd. p. 12. Lex vnica D. si quis ius dicen. non obt. p. 22. Lex in causæ, §. interdum, D. de min rib. p. 6. Lex si seruus, D. de publiciana, p. 203. Lex pen. D. de pigner. act. p. 326. Lex 64. si quod dominus, D. de condict. indeb. p. 96. Lex 1. §. 10. D. de Senatusc. Maced. Lex 2. vers. quod si; D. qui potiores in pign. p. 322. Lex vlt. §. quatuor, D. de legat. 2. p. 141. 142. Lex 21. liberto, §. 5. pater, D. de ann. legat. p. 142. Lex 22. Nesennius, Lex 75. sed si ideo, p. 158. Lex 86. Titia, D. ad leg. falcid. p. 179. 180. Lex 79. placet, D. de acq. hered. p. 113. Lex quemadmodum, D. de acq. poss. p. 217. Lex aut damnum, §. 1 D. de pœnis, p. 30. Lex ancilla, D. de furtis, p. 203. Lex serui & filii, §. vlt. D. eod. tit. p. 202. Lex ea quæ, D. ad municip. p. 20. Lex fere, D. de regul. iur. p. 217. Lex quæstio, D. de verb. signif. p. 213.

Lex vlt. Cod. vbi & apud quem, p. 18. 243. Lex 2. placet, Cod. de Pedan. Iudic. p. 20. Lex 16. cum virum, Cod. de fideicom. Lex 1. Cod. de acq. & ret. Lex nemo, Cod. eod. p. 186. Lex donatarum, Cod. eod. ibid. Lex cum Papinianus, Cod. de sentent. & interlocut. p. 255. Lex inter liberas, Cod. ad leg. Iul. de adulter. p. 5.

Lex vlt. D. de offic. Præf. vrb. conciliatur cum leg. vlt. D. de iurisdict. leg. 3. D. de off. Præf. leg. cum vnus, D. de bonis autorit. iud. poss. & leg. eum qui, D. de iurisd. p. 11. Lex iusto, §. nondum, D. de vsurpationib. cum leg. vlt. §. vlt. D. eod. tit. p. 194. 195. Lex 12. possessori, de fund. patrimonialib. lib. 11. Cod. cum leg. 1. de location. prædior. ciuil. eod. lib. p. 274.

Legis non omnium, D. de legibus, exemplum, p. 208. In leg. 1. D. quis à quo appell. non agi de mandata iurisdictione, sed de iudicibus datis, p. 34. Legis primæ Cod. de acq. & retin. poss. subscriptionem vitiosam esse p. 209.

Leges esse prudentum virorum consulta, p. 294. Leges latas de priuatis negotiis, vt de iudiciis publicis, p. 24. In ferendis legibus summa apud Romanos diligentia, p. 295. Celebratur legum nouarum promulgandatum forma, de qua, *in leg. hodie, D. de legib.* p. 296. De legibus 12. Tabul. p. 294.

Lex Falcidia quid caueat? p. 134. quando lata? ibid. In lege Falcidia aliam æstimationem fieri, aliam in lege Aquilia, p. 299. 300.

Lege Furiâ & Voconiâ quid cautum? p. 134.

Lege Papiâ prohibitum, ne heredes ex parte clusis tabulis adire possent, secus in heredibus ex asse, & quæ sit eius diuersitatis ratio? p. 280. 281. Legem Papiam sibi non constitisse, & iniustam fuisse, atque Tyrannicam, p. 282.

Lege Valeriâ, Consulibus, Dictatoribus, Decemviris summa Potestas adempta, p. 26. Eâ rogatum, ne quis in ciuitate haberet imperium, nisi à Populo sibi daretur, p. 28.

Lex imperfecta quid est? p. 129.

Legem commissoriam in pignoribus improbatam, p. 339. Ab initio tamen contractus posse creditorem paciscì, vt debito intra certum tempus non soluto pignus iure emptionis possideat, iusto pretio æstimandum, p. 339. 340.

Lege agere quid sit? p. 4.

Lege dari & more dari opponi tanquam diuersa, p. 244.

Legis actio vnde dicta? p. 223.

Legis actionem, legitimam actionem, & actum legitimum, idem esse, p. 223.

Legis actionem sub generali iurisdictionis nomine contineri, ibid.

Legis actiones esse voluntariæ iurisdictionis, p. 6. Per legis actiones quid intelligi debeat? p. 224. Ab ipsis legibus verbis conceptis fuisse formatas, p. 225. Ex mente legum quandoque longius detortas, ibid.

Legis actiones nonnullæ enumeratæ, p. 225.

Legis actionibus quæ debeant propriè connumerari? p. 223. 224. 226.

Legis actionem habere Magistratus quid sit? & an aliquo sensu magistratus omnes olim legis actionem habuerint? p. 230. 231.

Legis actiones quare & quando desierunt apud Populum fieri? p. 224.

Legitimam dici falcidiam à iuris Auctoribus, p. 137.

Libelli, seu plus vel minus petitionis errorem, eodem iudicio posse corrigi, p. 92. Itemque si quis aliud pro alio petierit, p. 410.

Lis, causa, & controversia plerumque confunduntur, p. 247.

Lis à litis contestatione inchoatur, p. 246.

Litem, an rem dicere oporteat, de hoc non conueniisse inter antiquos Iurisperitos, p. 149.

Lis deserta quid est? p. 256.

Lis an amittatur per contumaciam? p. 256. 257.

Litem cœptam an prosequi compellatur, si quis vel in ius tantùm vocaverit? p. 350.

Litis contestatio quid est? apud quem fieri

INDEX.

ſolita? Et vnde dicta eſt? p. 246.
Litis conteſtatio quid diſtet ab in ius vocatione? p. 240.
Lucrum quod circa rem eſt, præſtari in venditione, p. 312. Itemque in locatione, ibid. Omne in actione Tutelæ, ibid.

M

Macedonianum Senatuſconſultum, p. 109.
Magiſter militum an ſit magiſtratus legitimus? p. 237.
Magiſtratus P. R. magis iudices dare quàm iudicare ſolitos fuiſſe, p. 2. Solam iuriſdictionem, non cognitionem, niſi extraordinariam, fauore cauſæ vel perſonæ habuiſſe ex Duareno, ibid. Ne quidem hodie de humilioribus cauſis cognoſcere, ibid. In arbitrio ipſorum fuiſſe, vtrùm ipſi iudicare, an iudices dare vellent contra Duarenum, p. 3. Initio magiſtratus edicere & polliceri ſe iudicem daturos, necne, habuiſſe in arbitrio, p. 4. In poteſtate habuiſſe, quibus diebus ſe ſe poſtulationibus & iudiciis conſtituendis darent, p. 4. Causâ cognitâ actionem & iudicium purum, vel ſub conditione concipere, p. 4. Summam libertatem habuiſſe in iis actionibus concedendis quæ ex ſua iuriſdictione proficiſcuntur, ibid. Non poſſe cogi, vt ius reddant: interpellari tamen poſſe, Vrbanos quidem à Quæſtore, Prouinciales ab Epiſcopis, p. 8. Cognoſcere extra ordinem, ſi nulla ſit prodita actio iure Ciuili, vel iure Honorario, p. 9. Nonnunquam tamen cognoſcere extra ordinem, etſi actio ſit prodita, ibid. An iudicauerint? p. 10. Cur non iudicauerint niſi extra ordinem? ibid. Non poſſe iubere poſſidere locum qui ſit extra ſuum Territorium, poſſe tamen iubere iudicare aliquem extra Territorium, modò tamen ipſe ſit intra Territorium, p. 11. Poſſe euocare Officiales ſuos de âliena Prouincia, ibid. Non poſſe iubere iudicare eo die quo priuati futuri ſint, ibid.
Magiſtratus ſolos mulctam dicere? & publicè iudicium ſeu iudicationem habere, p. 8.
Magiſtratus P. R. eſſe Legatos Cæſaris, non Præſides Prouinciarum, p. 2.
Magiſtratus non eſſe Præfectum annonæ, & Vigilum, nec cœteros qui extra ordinem iudicant, p. 12.
Magiſtratus legitimos propriè non fuiſſe, Quæſtores parricidii, Triumuiros capitales, & qui de ſolis capitalibus cauſis cognoſcerent, p. 26.
Magiſtratus eſſe propriè qui iuridicundo ſiue priuatis præſunt, ibid.
Magiſtratus omnes P. R. iuris dicendi causâ creatos fuiſſe, ibid.
Magiſtratus vrbanos, neque militari veſte vſos, neque ius ferendi gladii habuiſſe, ſed prouinciales, p. 30.
Magiſtratibus an liceat in cauſis principalibus delegare? p. 250.
Magiſtratus militares dicuntur iudices, & iuriſdictionem habere, p. 263.
Magiſtratus municipales an habeant mulctæ dictionem? p. 337. An pignorum capionem? ibid. Non habere iudicis dationem, & conſequenter non habere plenam iuriſdictionem, p. 17. Non habere ea quæ ſunt imperii, p. 18. 21. Habere tamen quæ ad modicam pertinent coercitionem, p. 20. 21. Cur dicantur habere poteſtatem? p. 20. Iis non competere coercitionem maiorem, ſed tantùm Magiſtratibus P. R. p. 21. An cogi poſſint ad ius dicendum? p. 22. Quo ſenſu imperium habere negentur? p. 23.
Magiſtratus poteſtate aliquem præditum eſſe aliud eſt, aliud Magiſtratum eſſe, p. 238.
Magiſtratus iure competere quæ dicuntur? p. 25. Idem videri quod more maiorum, ibid
Magiſtratus non eſſe venales: olim tamen pro iis aliquid ſuffragii nomine fiſcus accipiebat, p. 357.
Malitia quomodo accipiatur? p. 127.
Mancipatio quid contineat? p. 227. 232. Origine & ſubſtantiâ iuriſgentium eſt: inſpectâ tamen figurâ eſt actus legitimus, p. 230. Eſt ſpecies traditionis, 184. De mancipatione, p. 386.
Mandata cui eſt iuriſdictio quomodo differat à iudice delegato? p. 33. 34.
Mandatâ iuriſdictione quid præſumatur tranſlatum? p. 32.
Mandata cui eſt iuriſdictio an habeat ius dandorum iudicum? p. 240.
Mandari quæ poſſint? p. 25. 32.
Mandare vnam aliquam ſpecialem cauſam an is poſſit cui vniuerſa iuriſdictio ſit mandata? p. 34.
Manumiſſionis per vindictam forma, p. 225.
Manumiſſio teſtamentaria an actus ſit legitimus? p. 228. 233.
Manus iniectionem in vendendo ſervo exceptam, propriâ auctoritate fieri poſſe, p. 268.
Matrimonium an actus ſit legitimus? p. 234.
Mendacium exceptione doli arguitur, p. 382.
Meri imperii quæ ſint? p. 25.
Merum imperium vnde dictum? p. 25. Quid ſit ex ſententia Cuiacii? p. 23. Quibus competere dicatur? p. 24. Non eſſe quod ratione Magiſtratus competat, ſed quod ſpecialiter mandetur, ex eod. Cuiacio, ibid. Refellitur Cuiacii ſententia, p. 25. Diſtingui reipſa à iuriſdictione, p. 24. 29. Diſtare à mixto imperio, ibid. Differre ab adminiſtratione, p. 27. Non eſſe reſtrictum ad ſolum mortis genus per gladium, & quare? p. 30. 31. An ſatis aptè definiatur gladii poteſtas? p. 30. Cur potius gladii poteſtas

INDEX.

quàm ſecuris aut alterius teli dicatur? ibid. Quid diſtet à ſummo imperio? p. 29. Aliquando dici ſummum, & illius partem eſſe, ibid. An iure magiſtratus competat? p. 26. ſolius Principis eſſe proprium, p. 27. Illius vſum tantummodo magiſtratibus conceſſum ex Lothario, p. 27. 28. ſecundum quem aduerſus Azonis ſententiam hac in re pronunciaſſe Henricum Germanorum Regem, p. 27.

Merum imperium qui habent omni eripiendæ vitæ ratione vti poſſe pro varietate criminum, p. 31.

Merum imperium an habuerint iure ſuo Conſules, Dictatores, Decemviri ante leg. Valeriam, p. 26.

Merum iudicis officium quid eſt? p. 25.

Militi cuius nummis res fuit comparata an eadem competat hypotheca quæ pupillo? p. 344. 345. An ſimiliter vtilis rei vindicatio illi detur? ibid.

Militis pecuniam ſi quis ſuo nomine mutuã det, an conſumptâ pecuniâ, obligationem illi quærat, non ſibi? p. 343.

Militia quid eſt? p. 357.

Militias à dignitatibus eſſe diſtinguendas, ibid.

Militias nonnullas eſſe venales, p. 356.

Militiæ an pignori obligari poſſint? p. 359.

Militias an iure pignoris poſſint creditores à debitoribus vindicare? p. 357. An poſſint ſimili iure vindicare quas ex pecuniis ipſorum liberis propriis, vel etiam cognatis, aut extraneis debitores comparauerunt? p. 356. 357. 358.

Militias Adiutorum Quæſtoris, ſilentiariorum & Domeſticorum eſſe venales, p. 357. 358.

Minorem reſtitui aduerſus dationem in ſolutum, p. 339.

Minori cuius nummis res fuit comparata an vtilis rei vindicatio detur? p. 345.

Miſſio in poſſeſſionem bonorum abſentis, p. 259.

Mixtum quid? p. 19.

Mixtum imperium duplex eſſe, vnum quod iuriſdictio ſequatur, alterum quod iuriſdictionem, p. 21. 22.

Mixtum omne imperium eſſe ſimplex, p. 22. Mixtum quare dicatur? ibid.

Mobilis rei in flumen decidentis an poſſeſſionem, itemque dominium amittamus? p. 219.

Modicam coercitionem eſſe mixti imperii, poſſe tamen dici magis iurisdictionis quàm imperii, p. 20 eſſe poteſtatem ex iuriſdictione manantem, p. 23. hanc habere Duumviros & reliquos Magiſtratus municipales & Pedaneos quoque iudices de quibus in nou. de iudiciis, non maiorem, p. 280. Ad eam pertinere pignorum capionem, p. 23.

Mortis causâ capio quid eſt? p. 136. 144. 145. De mortis causâ capionibus, p. 169.

Mulctam dicere Magiſtratus ſolos, p. 8.

Municipes an & quatenus poſſideant, p. 211. 212.

Munus ad publicum qui nominatus eſt à magiſtratu municipali an poſſit pignoribus captis ab eodem coerceri? p. 337.

Mutua numeratâ alienâ pecuniâ, cui obligatio quæratur? p. 109.

Mutuâ numeratâ pecuniâ patris à filiof. vtri quæratur obligatio? ibid.

Mutuâ numeratâ pecuniâ à pupillo, furioſo, prodigo, & deinde conſumptâ, an illis competat certi condictio? p. 90.

Mutuâ pecuniâ à ſeruo datâ quid iuris? p. 84.

Mutuâ numerata pecunia à filiof. à ſeruo, à non Domino, cui obligatio acquiratur? & quæ inde detur actio, tum domino, tum ei qui numerauit; p. 90. 91. 92.

Mutua numerata aliena pecunia, vnde deſcendat condictio ex numeratione, an ex conſumptione, & quæ condictio inde proficiſcatur? p. 87. 88. 89.

Mutuâ numerata pecunia contra domini voluntatem, quo caſu detur actio ad exhibendum? quo condictio? p. 85. Vbi conſumpta eſt malâ fide, vtramque concurrere, non tamen vtilem pecuniæ vindicationem, p. 86. An vt detur condictio requiratur, vt qui pecuniam conſumpſit in rem ſuam verterit? ibid.

Mutuam pecuniam ſi quis det alterius nomine, an acquirat illi indiſtincte obligationẽ? p. 343.

Mutuam qui proprio nomine dedit alterius pecuniam, & pignus accepit, an obligationem pignoris ei quærat? p. 342.

Mutua data ſeruo pecunia, qua ratione dominus, itemque ſervus teneantur? p. 90.

Mutuum quid eſt? p. 48. 49. Vnde dictum? p. 55. in quibus rebus conſiſtat? p. 51. Eſſe iuris gentium, p. 97. Eſſe inopiæ temporariæ ſubſidium, ibid. Crediti nomen quodammodo ſibi proprium feciſſe, p. 56. Non niſi quatenus datum eſt contrahi, p. 83. In mutuo non videri aliud pro alio ſolui, ibid. rem eiuſdem qualitatis reddi oportere, p. 54.

Mutuum non eſſe, ſed contractum do vt des, vbi id actum eſt, vt res alterius generis reddatur, p. 50.

Mutui diuiſio in ciuile tantùm, & ciuile mixtum exploditur, vt commentitia, p. 59.

Mutuò ſi detur pecunia à non domino, vel ab eo qui vice domini eſt, putâ Tutore, Curatore, Procuratore, quid iuris? p. 58. Quid ſi nummi peculiares à ſervo vel filiof. ibid. Quid ſi à domino, voluntate tamen & nomine alterius? ibid. Quid ſi alterius nomine abſentis & ignorantis, vtri quæratur obligatio? p. 79.

INDEX.

N

Naturaliter quid significet? p. 15.
Necessitas durum telum, p. 327.
Necessitatis quæ sunt, posse tamen aliquatenus & quodam respectu capere voluntatis arbitrium, p. 4.
Nexus ius quale fit? p. 347. de eodem iure, p. 385. 386.
Nexus pro solutione, p. 227.
Nihilo magis pro nihilominus, p. 257.
Nocentes non solùm infamari & pro modo criminis puniri sed etiam egestate laborare, interesse Reipublicæ, p. 126.
Nominatores esse loco fideiussorum, p. 365.
Notatio fidei, iustitiæ, testamenti, possessionis, interdicti, mutui, p. 55.
Notationes ex vsu jurisconsultorum, ibid.
Notionem propriè referri ad Iudicem, p. 15.
Nouari litis contestatione obligationem in iudicium deductam, p. 247. 248.
Nouatio an non per sententiam solùm, sed & per litis contestationem fiat? p. 332.
Nouatio in causâ mutui an pactione nudâ fieri possit, ex eo quod ex alia causa debetur? p. 82.
Nouatio præcedentis obligationis an per sequentem stipulationem fiat? p. 78.
Numerationis mentio, p. 77.
Nutu an obligatio iure gentium contrahatur? p. 99.

O

Oblatio solemnis debiti, p. 351.
Obligatio quid sit? p. 35. 95
Obligationum origo, p. 94.
Obligatio naturalis quid est? p. 93. 97. An sit ex iure naturali? p. 94. An pariat actionem p. 95. 97. Illius effectus, p. 88.
Obligationes omnes naturales, an ciuiles sint, & iure ciuili fuerint comprobatæ? p. 96. 97.
Obligationum naturalium quæ actionem non pariunt exempla. p. 97. 98.
In seruo, in pupillo contrahente sine tutore, in furioso, in prodigo, in filio pecuniam mutuam accipiente, in filiof. qui cum parente vel fratribus eiusdem potestati subiectis contrahit, p. 98.
Obligatio naturalis an contrahatur in patrem & dominum, filiumf. & seruum, siue peculium habeant, siue non p. 106. 107.
Obligatio naturalis per filiumf. aut seruum an acquiratur patri & domino? p. 110. 113.
Obligatio an nulla nascatur si filiusf. vel seruus peculiati contrahant cum patre vel domino, aut cum iis qui sunt in eorum potestate, p. 106.
Obligari patrem vel dominum quatenus est in peculio ex contractu filiif. vel serui, p. 112.
Obligationem omnem ex iure gentium esse, vel ciuili, p. 96.
Obligatio an aliqua saltem sit in iure naturali? p. 95.
Obligationem ex pacto non intelligi iure gentium institutam, p. 96.
Obligationis verborum varia exempla, p. 60. De obligatione in diem vel sub conditione, p. 72.
Obligatio ad remunerandum an propriè sit obligatio? p. 97.
Obligatio in mutuo an alteri per liberam personam acquiratur? p. 99. An ex alieno contractu pignoris itemque mutui quæratur? p. 342. 343. An ex alieno contractu bonæ fidei aliquando protendatur ad eos qui non contraxerunt? p. 128.
Obligationem totam in iudicium deduci oportere, p. 92.
Obligari sibi neminem posse, p. 106.
Obsignari & deponi an species quoque possint? p. 266.
Officium eius qui iurisdictioni præest quale in in iudicibus dandis? p. 2.
Officium iudicis quale sit in partibus audiendi, p. 95.
Oportet facultati ac *potestati opponi*, p. 153.
Optio serui est actus legitimus, p. 227.
Ordinaria & extraordinaria in iure vnde dicta? p. 125.

P

Pacta quæ insunt contractibus, p. 355.
Pacta in contractibus opposita contractus bonæ fidei formare non contractus stricti iuris, p. 276.
Pacto nudo an obligatio pignoris, itemque actio hypothecaria tollantur ipso iure? p. 353.
Pandectæ ad Edicti perpetui similitudinem confecti, p. 43.
Papinianum iussu Antonii Caracallæ truncatum, p. 30.
Parisimiosis quid sit? p. 14.
Peculium quid sit? p. 101. 103. 297. Quorum propriè dicatur? p. 101. Quomodo constituatur? p. 103. In bonis parentum & dominorum esse iure ciuili, p. 59. An eius Dominium maneat penes patrem & dominum? p. 102. 103. 104. An eorumdem nudâ voluntate esse desinat? p. 102. 110. Eius possessionem naturalem penes filiumf. aut servum: ciuilem penes patrem aut dominum, p. 104. solam administrationem ad filiumf. vel seruum transferri, ibid. In naturali possessione seu rerum detentione à patre concessæ peculium propriè consistere, p. 117. Post mortem patris in eius patrimonium redire, p. 116. Quomodo id fieri intelligatur? p. 117. An illud onera debiti se-

INDEX.

quantur? p. 118. Actio annalis de peculio, ibid.

Peculii libera administratio vt data esse intelligatur, quid requiritur? p. 104. Eâ concessâ, quid concessum intelligatur? ibid. & p. 105. Non liberâ concessâ, quid concessum? p. 105.

Peculium solum liberæ administrationis concessum intelligi in manumittendo, p. 105. 112. Idem dicendum in filiof. emancipando, p. 102.

Peculium Castrense inter & Paganicum quæ sint differentiæ? ibid.

Pecuniæ verbum generale: referri tamen propriè ad pecuniam signatam, p. 38. significare res omnes quæ in patrimonio nostro sint: Specialiter res quæ in pondere &c. p. 36.

Pensio quid sit? p. 266.

Periculum rei mutuo datæ ad quem, pertineat? p. 61. Ad quem rei mutuo datæ sub conditione? ibid. Depositæ pecuniæ & postea eidem in mutuum concessæ priusquam à debitore sit mota ad quem spectet? p. 70. Ad quem rei vendendæ datæ alicui vt pretium mutuum accipiat? p. 82.

Persecutiones extraordinarias generali actionis nomine contineri, p. 5. Quomodo distinguantur ab actione? p. 345. 346.

Persecutionis extraordinariæ exempla, fideicommissa, & in integrum restitutiones, p. 5.

Persequendi verbum, p. 390.

Petitio certi quomodo intelligatur? p. 38. 39.

Petitio quomodo differat ab actione? p. 36. An dicatur de actione? p. 37.

Pigneratæ rei fructus quomodo percepti computentur? p. 334.

Pigneratitia actio directa & contraria quid est? p. 318.

Pigneratitia quando debitori datur aduersus creditorem? p. 350.

Pigneratitia agere mitius esse quàm rei vindicatione, p. 338.

Pigneratitiam an possit debitor in emptorem transferre? p. 334.

Pigneratitia contraria aut pignoris retentio an pro impensis in rem pignori traditam factis, aut propter tributa præstita dentur? p. 329.

Pigneratitius creditor quid præstet? p. 348. 349.

Pignoris & hypothecæ appellatione quid contineatur? p. 317.

Pignus inter & hypothecam quid inter sit? p. 399.

Pignus quasi duplicem obligationem continere, p. 78.

Pignus non posse fieri, nisi vtriusque gratiâ creditoris & debitoris, p. 349.

Pignus an creditor possideat? p. 203. 204.

Pignus bonorum omnium etiam postea quæsitorum vtrùm valeat? p. 379.

Pignus bonorum omnium an futura contineat? p. 379.

Pignoris retentionem aliquando solùm competere, & nonnulli casus hîc enumerati, in quibus competit, p. 374. 375.

Pignus an statim exequi possit fiscus in causa tributorum, non excusso prius debitore? p. 341. Et an aliud iuris sit in expressa hypotheca, aliud in tacita? ibid.

Pignoris vel hypothecæ alienatione an fiat ius deterius creditoris? p. 342.

Pignus an possit debitor nihilominus alienare? p. 334.

Pignore in quibus casibus creditor vti possit? p. 335.

Pignus an creditor possit distrahere, nisi prius factâ denunciatione? p. 336. Denunciatione trinâ an olim opus fuerit indistinctè? p. 336. An è domo debitoris qui pignus traditum arripuit creditori liceat propriâ illud auferre auctoritate? p. 326.

Pignora tradere se coactum, quid iuris, si debitor queratur? p. 327.

Pignus alienæ rei in nonnullis casibus valere, p. 379. 380.

Pignori obligare an possit quis rem alienam sibi debitam? p. 379. An rem alienam sub conditione, si ipsius facta fuerit? p. 380. An rem alienam in qua ius habeat superficiarium? ibid. An rem alienam quam bonâ fide, iusto titulo possideat? ibid. An rem sibi pigneratam? ibid.

Pignori res aliena in quibus casibus dari possit? p. 383.

Pignori an res aliena obligari possit? p. 375. 376.

Pignori traditâ re aliena, oritur hinc inde actio pigneratitia, p. 382.

Pignus alienæ rei an conualescat, si is qui dedit pignori deinde rei dominus fiat, aut rei dominus heres fiat illius qui dedit? p. 337. 338. 339.

Pignori qui rem alienam dedit si postea dominus factus obiiciat nihil actum esse exceptione doli repelletur: secus si id obiiciat tertius possessor, p. 882.

Pignori obligari non posse nisi quæ obligantis in bonis fuerint? p. 382.

Pignus quomodo tacitè contrahi possit? p. 361.

Pignoris taciti exempla, p. 361. 362.

Pignori rei obligatæ ex pretio res empta an tacite obligata censeatur? p. 364.

Pignoris iure tacito an teneantur res coloni? p. 398. 399.

Pignoris iure an creditori teneatur res quæ ex eius nummis mutuo datis à debitore comparata est, p. 343. 344. An res quæ conseruata vel refecta est ex eius nummis? p. 344.

Pignorum cessione debitorem liberare volunt Veneti, p. 319.

Pignus captum in causam iudicati vtrùm creditor cogatur in creditum accipere, adeò vt non possit quod amplius sibi debetur petere, p. 332.

INDEX.

Pignorum addictio vtrùm pro modo debiti tantùm fieri debeat, tum in generali, tum in speciali hypotheca, & vtrùm hac in re distet pignus conuentionale à pignore capto in causam iudicati? p. 321.

Pignoris retentio an pro vsuris detur, & vtrùm si vel minimum debentur, pignoris distractio possit fieri? p. 330.

Pignus an iudiciali nouatione perimatur? p. 332. 333. 334. An res iudicata in pignore contra debitorem noceat creditori? p. 327. 328.

Pignus vt liberetur an pecunia omnis exoluta esse debeat? p. 334.

Pignoris conuentio an nudo pacto remittatur? p. 352. 353. An ipso iure per pactum tollatur obligatio pignoris, & quæ ex ipsa datur hypothecaria actio? p. 353.

Pignoris interitu ius quidem pignoris tolli, non debiti petitionem, p. 355.

Pignus quod distrahitur sibi creditorem addicere non posse, neque eius dominium aliter obtinere quàm si à Principe impetrauerit? p. 339.

Pignora an debitor possit creditori permittere iure domini possidere, & in solutum dare? p. 339.

Pignus vt creditori addicatur, quando opus est dominii impetratione à Principe? ibid.

Pignori seruus obligatus si manumittatur, an lædatur ius pignoris, siue in speciali, siue in generali & tacita hypotheca? p. 342.

Pignorum capio an magistratibus municipalibus permittatur? p. 337. An imperii magis sit quàm iurisdictionis? p. 337.

Plus petitionis periculum in quibusvis actionibus in personam versari imò & in actione in rem, p. 39.

Plus petitionis pœna an ad actiones bonæ fidei simul & stricti iuris peruenerit? p. 409. Qualis olim fuerit & nunc sit? p. 409. 410.

Pænas solemnes alias fuisse præter gladium, p. 31.

Pondere numero & mensurâ quæ dicantur constare? p. 51.

Possessio quid est? p. 213. Quid distet ab agro? ibid. Vnde dicta? p. 183.

Possessio est quasi naturale dominium, p. 92.

Possessionis diuisio, p. 221

Possessio vel est ciuilis, vel naturalis, & rursus vel est iusta, vel iniusta, p. 185. Quid sit genus illud quadruplex possessionis? p. 185. 186.

Possessio ciuilis quo casu

Possessionem naturalem iniustam non proficere ad vsucapiendum, p. 186.

Possessionem naturalem dici facti esse, p. 188. Ciuilem & iuris & facti esse, & quo sensu id intelligatur? p. 189.

Possessionum per genera & species quid intelligatur? p. 221.

Possessionis causam neminem sibi mutare posse, & quo modo hæc regula debeat intelligi? p. 219 220.

Possessionem ex pluribus causis posse contingere: dominium non nisi ex vna causa, & quare? p. 215. 216.

Possessio pupillo, vel furioso quatenus acquiratur? p. 186. 187. Quomodo acquiratur per seruum aut filiumf. p. 191. 192. 193. Nobis ignorantibus per eos acquiri ex causa peculiari, & quare? p. 191. 192. 193. Extra causam peculii non item, p. 193. Quæri ex causa peculiari infanti, furioso, & heredi, & vsucapionem procedere, p. 194. Vt illam per seruum acquiramus requiri, vt ipse velit nobis eam acquirere, p. 208. Quomodo nobis acquiratur per eum quem bona fide possidemus? p. 195. 196. An acquiratur nobis per eum quem malâ fide possidemus? ibid. Nobis possessionem acquiri posse per liberam personam, & quo sensu hæc regula sit accipienda? p. 208. 209. Ad eam acquirendam & retinendam quid requiritur? p. 214. Possessionem pignoris vtrùm creditor ex conuentione possit priuatâ ingredi auctoritate? & vtrùm vim facere intelligatur? p. 224. 225. 226.

Possessio quâ ratione amittatur? p. 217. 218. An quis eam amittat nisi is acquirat cui voluit acquisitam? p. 191. Per eum quem possidemus quomodo amittamus? p. 218. Rerum mobilium possessionem amitti vnà cum custodia, non item rerum soli & seruorum, p. 200. An per inundationem agri possessionem, Itemque dominium amittamus? p. 219. An rei mobilis in flumen decidentis possessionem, itemque dominium similiter amittamus? ibid.

Possessor quis verè sit? p. 270. An necesse habeat de dominio probare? p. 393.

Possessores eos non conuenire appellari qui ita teneant, vt ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem, p. 269.

Possessorem malæ fidei interdum non incoloratè possidere, p. 130.

Possidere aliud est, aliud detinere, p. 270.

Possidere, & in possessione esse, aut in possessionem mitti, diuersa esse, p. 221.

Possidere alieno nomine depositarium, commodatarium conductorem, p. 47.

Possidere qui desiit cum dolo vel sine dolo quâ actione teneatur? p. 84.

Possideri agri partem incertam non posse, neque vsucapi, p. 214. 215.

Possideantur à nobis quatenus res mobiles? p. 218. 219.

Possideamúsne feras bestias in vinariis inclusas? p. 218. An pisces in piscinis, itemque in stagno, vel lacu? p. 218. 219.

Possidens ex secundo decreto an statim fiat dominus, an verò tantùm sit in causa vsucapiendi? p. 221.

Potestates proprie quid sunt? p. 238.

INDEX.

Poteſtates militares habuiſſe iuriſdictionem, p. 238.

Poteſtatis verbo apud Italos plerumque magiſtratus nuncupari, p. 238. Non pro imperio tantùm ſed etiam pro iuriſdictione accipi Poteſtatis verbum, p. 17. 32.

Poteſtate aliquâ qui à Principe ſunt præditi an inter Magiſtratus legitimos ſint? p. 237. 238. An iuriſdictionem habuerint? p. 238.

Præcipere quid eſt? p. 149.

Prædonem eſſe qui ne quidem colorem ſuæ poſſeſſionis afferre poteſt, p. 130.

Præfectus prætorio an ſit magiſtratus legitimus? p. 238. Idem de Ægypti Præfecto quæritur, ibid.

Præfectum vrbi ſibi vindicaſſe ius gladii, p. 26.

Præiudicium quid eſt? & quomodo differat ab actione? p. 402.

Prælationis ius an domino competat in fundi emphyteuticarii donatione, p. 277.

Præſes provinciæ an poſſit de cauſis ſtatus cognoſcere? p. 248. An ſit Magiſtratus legitimus? p. 238.

Præſidem alio genere mortis quàm gladio animaduertere potuiſſe, p. 30.

Præſides an hodie quoque iudices dare poſſint? an ipſi teneantur iudicare? p. 229. 240.

Precarium magis ad donationem accedere quàm ad contractum, p. 50.

Pretium formale quid eſt? p. 301.

Pretium rerum triplex ex Gloſſa conuentionale, commune, & ſingulare, p. 301. 302.

Pretium rei diſtingui ab eo qnod intereſt, p. 304.

Primipilaris bona an Fiſco tacitè ſint obligata? p. 364. 365.

Primipili munus quid? & quale? p. 366. De Primipilis, p 365.

Principis an omnia ſint uon ſolùm quo ad protectionem, ſed etiam quo ad proprietatem? p. 258.

Proconſul an magiſtratus legitimus ſit? p. 238. An ſit ſummus magiſtratus? p. 29.

Procuratio libera negotiorum quid contineat? p. 105.

Procurator Cæſaris an habeat iuriſdictionem? p. 239.

Procurator an contra voluntatem domini poſſit rem pignori dare? p. 374. 377. Et hoc caſu an pecuniâ verſâ in rem domini creditor ſaltem habeat pignoris retentionem, quatenus eſt numeratum? p. 374.

Procurator an ad quærendam poſſeſſionem ſuo, vel mandatoris nomine debeat contrahere? p. 209. Quid deſideretur ad acquirendam poſſeſſionem per procuratorem? quid ad acquirendum dominium? p. 210. 211. Per procuratorem non acquiri dominium, niſi per conſequentias poſſeſſionis, p. 210.

Procuratoris rerum ſervilem eſſe conditionem, p. 384. De procuratore rerum, ibid.

Promiſſio quid eſt? p. 56.

Promutuum fieri conſumptione pecuniæ citra voluntatem domini mutuo datæ, p. 84. 85. Varia promutui exempla, p. 85. Ex promutuo actionem eſſe ex quaſi contractu, ibid.

Proprietas an cum poſſeſſione debeat cumulari? p. 254. 255.

Prouincias inter Populum Senatum & Principem, diſtributas ab Auguſto, p. 30.

Publica crimina eſſe quæ in omnium feruntur iniuriam, p. 29. Cur dicta publici iudicii? ibid.

Publicum primo quidem pro Ærario populi, tandem pro fiſco Principis vſurpatum p. 125.

Pupillus an ſine tutore obligetur? p. 100.

Pupillum ſtipulari & vſucapere poſſe, p 188. Non eſſe capacem eorum quæ ſolemnitatem deſiderant, ibid.

Pupillo an quæratur pignoris obligatio, ſi tutor ſuo nomine pecuniam pupilli crediderit? p. 343.

Pupillo an res quæ eius nummis fuit comparata iure pignoris obligetur eique competat hypothecaria? p. 344. An vtilis quoque, rei vindicatio? p. 345.

Pupilli res an Tutor pignoris iure obligari poſſit? p. 377. 378.

Q

Quæſtione de minori qui cognoſcit an de maiori præiudiciali incidenter poſſit cognoſcere? p. 249.

Quartæ vtriuſque imputationis an eadem ſit ratio? p. 133.

Quaſi contractus & quaſi maleficia contractuum & maleficiorum nomine contineri, p. 97.

R

Rationes propriæ an eum obligent qui ſe debere nullâ causâ debendi expreſſâ in eas retulerit? p. 97.

Recuſari an poſſit Præſes prouinciæ? p. 261.

Recuſari an magiſtratus poſſit, vt & iudex datus, & Arbiter compromiſſarius? p. 261.

Recuſari an abſque vlla cauſa pro litigantium libito Iudex poſſit? p. 262.

Recuſatio an ante litis conteſtationem proponi, itemque alterius iudicis adiunctio peti debeat? p. 261.

Redemptum ab hoſtibus eſſe in cauſa pignoris, p. 376.

Reditus quid eſt? p. 266.

Regiarum litterarum clauſula illa, *s'il nous appert*, vnde manauerit? p. 402.

Regiorum diplomatum impetrandorum in Cancellariis Gallicis circa cauſas priuatas iudicandas mos, quid diſtet ab antiquo ritu

INDEX.

ritu iudiciorum constituendorum apud Romanos? p. 10.
Regimen ius est in Gallia, iubere causas priuatas iudicandas, p. 10.
Relegati bona non publicari, nisi nominatim ei fuerint adempta, ne quidem relegati in perpetuum, p. 125.
Relegationem esse in perpetuum, & ad tempus, p. 125.
Relationes Magistratuum sublatæ, p. 253.
Relationis genus quo alicui audiendi tantum officiũ committitur non esse sublatũ, p. 253.
Requisitio absentis quid est? p. 260.
Repudiatio an in iure fiat? p. 227.
Restitutiones in integrum quomodo per Prætorem expediantur? p. 5.
Restitutioni quæ res subiacent, ex causa fideicommissi, an tacito pignoris iure teneantur, patre dotem filiæ defunctæ repetente? p. 372.
Retentio eius quod naturâ debetur quomodocumque peruenerit, p. 98.
Retentio an strictis in iudiciis admissa? p. 407.
Retentio, & quasi retentio quid sint? p. 411. 412.
Retinere quid est? p. 149.
Reus quid est? p. 124.
Reorum absentium bona solita obsignari, cauendo simul nequid à debitoribus eis soluatur, p. 125.
Rubricas multas vt solemnes ex formulis retentas, p. 40.

S

Salvius Iulianus Iurisconsultus conditor edicti perpetui sub Adriano, p. 40.
Scholæ placitum quid significet? p. 358.
Senatusconsultum Sillanianum, p. 281.
Senatusconsultis circa Legem Papiam habitis quid cautum? p. 284.
Senatusconsulto in condendo non minus 70. Senatores sententiam dixisse, p. 295.
Sententiæ recitatio ex periculo quid? p. 15.
Sententia certa esse debet, p. 37.
Servum contrahentem neque obligari, neque alios sibi obligare ciuiliter, p. 106. De seruo, p. 384.
Sessionem inter & sedem quæ sit differentia? p. 183.
Sextum Ælium legis actionibus certis & solemnibus instituendis operam dedisse, p. 224.
Soluens priori secundus creditor, an succedat in locum eius? p. 351. An idem, sit si debitum offerat? ibid.
Soluens ei sortes cum vsuris an vsurarum vsuras possit assequi à debitore? p. 352.
Soluens pro alio an succedat in locum creditoris in iure pignoris? p. 351.
Solui aliud pro alio inuito creditore non posse, p. 54.
Soluti repetitionem dari ex Senatusconsulto Velleiano, non ex Macedoniano, & quare? p. 191.
Solutionem ex bonorum parte pro modo debiti an creditor cogatur accipere? p. 321.
In Solutum datio quid distet à domini; impetratione? p. 321. quid bonorum cessione? ibid.
Species quid significat? p. 49.
Spolia quid sint? p. 127.
Sportulas propriè esse iudicum pedaneorum, p. 3.
Status causæ an pertineant ad Præsidis prouinciæ cognitionem? p. 248. Olim senatusconsulto earum cognitio Proconsulibus tributa, ibid.
Stipulationis origo, p. 94.
Stipulatio an contractus sit? p. 75. An sit legis actio? p. 226.
Stipulationes ex interpretatione Prudentum venire, p. 227.
Stipulationem non habere pro cauto nisi quod palam exprimitur, p. 61.
Stipulationis quæ numerationem pecuniæ vel præcedat, vel sequatur effectus, p. 60.
Stipulatione mutuo adiuncta an obligationes duæ nascantur? p. 77. 78. Quid si emptioni adiungatur? p. 78.
Stipulatio prætoria iudicatum solui, p. 388.
Suffragiorum in Digestis nullum vestigium, p. 39.
Suffragia venalia in litibus non fuisse admissa, sed in aliis causis, p. 40. Sub posterioribus imperatoribus cœpisse legibus Romanis esse incognita, ibid. Improbata ab Alexandro imperatore ex noto Thurini supplicio, ibid.
Suffragii præstationem pro aliis dignitatibus præter iudiciarias fisco inferri, p. 357.

T

Testamenti calatis comitiis condendi forma, p. 225.
Testamentum calatis comitiis fuisse actum legitimum, p. 224.
Testamenti solemnis per æs & libram origo, p. 226.
Testamentum in scriptis cur excogitatum? p. 280.
Testandi infinita potestas leg. 12. Tab. concessa, p. 134. Coarctata deinde per interpretationem, ibid.
Testatoris iudicio quid dari intelligatur? p. 169.
Testimonii dictio an actus sit legitimus? p. 229.
Theophili locus *ad §. appellamus, de actionibus*, ab interprete corruptus, p. 40.
Titulum De rebus creditis ad totam tertiam partem digestorum generalem esse, p. 35.

INDEX.

Tractatum esse dubiæ quæstionis disputationem, p. 77.
Tradere quid est? p. 265.
Traditionis verbo translationem proprietatis significari, p. 27. Quid per traditionem in emptione significetur? p. 74.
Traditione non modo possessionem, sed etiam ius cedi. p. 184.
Traditionem à causa vnde proficiscitur modum accipere, quæ regula pluribus exemplis illustratur, p. 265.
Transmissio propriè quid sit? p. 278.
Transmissionis ius in quibus propriè versetur? p. 278.
Transmittatur an hereditas & substitutio, itemque bonorum possessio? p. 279.
Transmittantur vt legata & fideicommissa, quid requiritur? p. 282. 286.
Transmittebantur ex quo tempore olim varia legatorum genera? p. 284. 285.
Transmissionis priuilegiariæ definitio, p. 288.
Transmissionis privilegiariæ duas esse species tantùm constituendas cum Iustiniano, non cum aliis innumeras, p. 288.
Transmissionis priuilegiariæ primam speciem vsque ad tertium gradum tantùm liberorũ, eorum tantùm qui emancipati & ex parte heredes scripti sunt locum habere, & quare p. 288. 289. An ad solum casum quo tabulæ clausæ sunt debeat referri, p. 280.
Transmissionis priuilegiariæ secundam speciem esse quâ is qui intra annum deliberandi decedit ius suum in heredes quoscumque transmittit, p. 290. An hæc species transmissionis ad alios hæredes præter liberos emancipatos spectet? an ad heredes suos? p. 290.
Transmittant an heredes sui iure singulari? p. 290. 291. De Transmissione non agi in legibus nonnullis quas sibi ipse auctor obiicit, p. 291. 292.
Triboniani incomparabilis in iure prudentia, p. 57.
Trebellianica à iuris auctoribus Falcidia nuncupata, p. 137.
Trebellianica è quibus detrahatur? p. 135. 136. Quid in eam imputetur p. 160. 161. An simplex legatum vel fideicommissum? an id quod conditionis implendæ causâ? ibid. & p. 164. 166. An præceptio? p. 166. An fideicommissum conditionis implendæ causâ p. 170. 171. 172. An id solùm, vt in falcidiam, quod iure hereditario capitur? p. 162. 166. An si re vel summâ præceptâ, retentâ, deductâ, iussus quis est hereditatem restituere, id imputetur? p. 165. 167. An ex pluribus causis in trebellianicam fiat imputatio quàm in falcidiam? p. 163. 164. 165. 167.
Tributorum appellatione quid intelligatur? p. 363. Tributorum summus fauor, ibid.
Tributarii an pro solutione tributorum in carcerem mittantur? p. 363.
Tripertita, liber sic inscriptus, ab Ælio sexto compositus, & quare sic inscriptus? p. 224.
Tutoris datio testamentaria an sit actus legitimus, p. 228. 233.
Tutor testamento dari potest magistratus, p. 228.

V

Vasa escaria apud Romanos aurea & argentea, p. 83.
Velleianum Senatusconsultum dare soluti repetionem, non Macedonianum, & quare? p. 110.
Venditæ rei dominium non acquiri sine traditione? p. 183. Transferri per traditionem, sed effectum traditionis suspendi, donec pretium soluatur, p. 184.
Venditionibus duabus eiusdem rei concurrentibus preualere eam quæ prius traditione perficitur, p. 183.
Venetorum mos circa pignorum cessionem, p. 319.
Verba imperatiua, item directa & ciuilia, quid sint? p. 230.
Verborum duplex genus, imperatiua & precaria, p. 135. De verbis imperatiuis, p. 147. 148.
Verba quæcumque precaria non sunt pro directis & imperatiuis haberi, etiamsi non apertè iubeant, p. 150.
Verborum iuris significationem qui minùs accuratè expendunt in maxima rerum ignoratione necessariò versari, p. 161.
Vindicatio vnde dicta?
Vindicatio vsurpata in adoptione celebranda, p. 225. Sequebatur cessionem in iure ibid. Olim adoptioni adhibita, p. 226.
Vindicare non semper de dominio & proprietate intelligi, p. 29.
Vindicari non posse res quæ non extant, & quare? p. 84.
Vindiciæ olim non nisi in re præsenti, ibid.
Vitrici in bona quæ vxori donauit antequam illa liberis prioris matrimonij tutorem obtinuerit tacitam esse hypothecam, p. 371.
Vlpianum sub imperatoribus, Antonino Caracalla, & Alexandro floruisse, p. 208.
Vocare in ius quid significat? p. 7. 10.
Vocationem in ius olim privato actoris arbitrio fieri solitam, p. 405. hodie iussu Magistratuum fieri, ibid. Esse mixti imperii, p. 260.
Vocationem in ius non habuisse omnes magistratus, p. 260. An illam habuerint Pedanei iudices? ibid.
Vocatio in ius quid differat à litis contestatione? p. 246. quid à requisitione? 260. An fiat solum auctoritate Magistratus? ibid.

INDEX.

Vocationem in iudicium olim nullam fuisse, p. 388.

Vrbis appellatione Romam intelligi, p. *369.*

Vsucapio an hereditati iacenti procedat? p. *194. 195.*

Vsucapionis conditio, aut proprietas, quibus casibus per eum quem bonâ fide possidemus nobis acquiratur? p. *197.* Et cui quæratur in quibus casibus nobis non quæratur? ibid.

Vsucapionis causam non acquirere sibi liberum hominem qui bonâ fide possidetur, p. *197. 198.*

Vsucapiamusne per seruum ab alio possessum? p. *196. 197.*

Vsucapi non posse incertam agri partem? p. *214. 215.*

Vsuram aliquatenus sub genere eius quod interest contineri, p. *314. 315.*

Vsus quid est p. 213.

Vsum inter & possessionem qua si: differentia? p. *212. 213.*

Vtilitas quid significet? p. *297. 310.*

Vxorum duas fuisse species, p. *234.*

Vxori an in casu *legis 55. vxor, D. de donation. inter vir. & vn.* competat rei vtilis vindicatio? p. *345.*

FINIS.

Extraict du Privilege du Roy.

LOVIS par la grace de Dieu, Roy de France & de Navarre; A nos Amez & Feaux Conseillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maistres des Requestes ordinaires de nostre Hostel, Baillifs, Seneschaux, Prevosts, leurs Lieutenans, & tous nos autres Iusticiers & Officiers qu'il appartiendra, salut. Nostre tres-cher & bien amé IEAN BOVDE, nostre Imprimeur ordinaire en nostre bonne ville de Tolose, & des Estats generaux de nostre Province de Languedoc, nous a fait remontrer qu'il a esté par cy-devant imprimé vn livre in folio, intitulé *Paratitla digestorum à GVILIELMO MARANO*, &c. Et dautant que c'est vn livre tres-rare & dont il ne s'en trouve plus d'exemplaires, & que ledit Boude se trouve avoir recouvré avec de tres-grands frais & soins ledit Ouvrage, reveu, corrigé & fort augmenté par l'Autheur, qu'iceluy exposant voudroit faire mettre sur la Presse, en vn ou deux Volumes in folio, ou in quarto, ainsi & comme il iugera bon estre à faire, il craint que quelques Imprimeurs & Libraires par animosité ou esperance de gain ne viennent à contrefaire cét Ouvrage. C'est pourquoy il nous auroit fait tres-humblement supplier de luy vouloir octroyer nos lettres sur ce necessaires. A CES CAVSES, desirant favorablement traitter ledit Boude, Nous luy avons permis & permettons par ces presentes d'Imprimer ou faire Imprimer, vendre & debiter en tous les lieux de nostre obeissance par tels Imprimeurs & Libraires qu'il voudra choisir ledit livre intitulé *Paratitla digestorum à Guiielmo Marano*, &c. en vn ou deux volumes in folio ou in quarto, conioinctement ou separement en telles marges & caracteres, & autant de fois que bon luy semblera durant lespace de dix ans à compter du iour que cét Ouvrage sera acheué d'imprimer pour la premiere fois en vertu des presentes; pendant lequel temps faisons tres-expresses inhibitions & deffenses à tous Imprimeurs, Libraires & autres d'Imprimer ou faire Imprimer vendre & debiter ledit livre intitulé *Paratitla Marani*, &c. en vn ou deux volumes in folio, ou in quarto, sans son consentemẽt ou de ceux qui auront droit de luy, soit soubs pretexte d'autre augmentation, correction, changement de titre, fausse marque, ou autrement, & en quelque sorte & maniere que ce soit, à peine de confiscation des exemplaires contrefaits, caracteres, presses & instrumens qui auront seruy à faire lesdites impressions contrefaites, & de tous despens dommages & interests, & de trois mille liures d'amande, payable par les contreuenans, applicable vn tiers à Nous, vn tiers à l'Hostel Dieu de Paris, & l'autre tiers audit exposant, à condition qu'auant d'exposer en vente cét Ouvrage, il en mettra deux exemplaires en nostre Biblioteque publique,

vn en noſtre cabinet du Louvre, & vn autre en celle de noſtre tres-cher & feal le ſieur Seguier, Chevalier, Chancelier de France, Et à faute de rapporter ez mains du ſieur grand Audiancier de France en quartier le recepicé de nos Bibliotequaires; Nous avons dés à preſent declaré la preſente permiſſion, nulle, & enjoint au Syndic des Libraires de faire ſaiſir tous les exemplaires qui auront eſté imprimez ſans auoir ſatisfait aux clauſes portées par ces preſentes, du contenu deſqueles vous mandons faire iouyr & vzer plainement & paiſiblement ledit Boude, & ceux qui auront droit de luy, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ny empeſchement. Voulons auſſi qu'en mettant au commancement ou à la fin de l'Ouvrage imprimé vn extrait des preſentes, elles ſoient tenües pour deüement ſignifiées, & qu'aux copies d'icelles collationnées par l'vn de nos amez & feaux Conſeillers & Secretaires, foy y ſoit adiouſtée comme au preſent Original, & que par le premier noſtre huiſſier ou Sergent ſur ce requis, ſoit fait pour l'execution des preſentes tous exploits neceſſaires ſans demander autre permiſſion; Car tel eſt noſtre plaiſir, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques, Clameur de Haro, Chartre Normande pris à partie, & Lettres à ce contraires. Donné à Paris le troiſiéme iour de May mil ſix cens ſoixante-neuf; Et de noſtre regne le vingt-ſeptiéme. PAR LE ROY EN SON CONSEIL.

TESSIER.

Regiſtré ſur le liure de la Communanté des Marchands Libraires, Imprimeurs & Relieurs de cette Ville, ſuivant & conformement à l'Arreſt de la Cour du 8. Auril 1653. aux charges & conditions portées par le preſent Privilege, ce 4. May 1674.

ANDRE' SOVBRON, Syndic.

Achevé d'Imprimer le 4. Novembre 1671.

ERRATA.

PAgina *2.* Linea *24.* Erratum, noſſent, lege eſſent. p. *5.* l. *6.* e. corripuantur, leg. concipiantur. l. *30.* e. vlt. reſtitutionem, leg. vlt. eod. reſtitutionem. l. penult. e. quod agendum, leg. quid agendum ſit. p. *6.* l. 8. e. dicto, leg. Edicto. p. 7. l. *12.* e. ordinaria, leg. ordinariæ. p. 8. l. *33.* e. toto iuncta. leg. toto tit. iuncta. l. *37.* e. niſi iudicium, leg. niſi vt iudicium. p. *19.* l. 3. e. aliquis, le. aliquid. p. 20. l. *29.* e. niſi & ipſi poteſtatem haberent, leg. nam & ipſi poteſtatem habent. p. 24. l. 33. e. ius dicitur, leg. ius quod dicitur. p. *27.* l. 40. e. ſententiam, leg. ſententia. p. *36.* l. 40, e. propria, leg. propriè, p. *37.* l. 1. e. denelagantur, leg. denegabantur. l. vlt. e. ach, leg. hac. p. *42.* l. *27.* e. perduci, leg. produci. p. *43.* l. 25. e. elaboraſſent, leg. laboraſſent. p. 45. l. *12.* e. autor ed conditor, leg. autor ſed conditor. p. 50. l. *23.* e. datur, leg. detur. p. *62.* l. *22.* e. præſtat leg. præſtet. p. *63.* l. *9.* e. inficiatur, leg. inficietur. p. 71. l. *26.* e. heredes, leg. heredis. p. 73. l. 15. e. dare, leg. dari. p. 74. l. 27. e. iuram leg. juran. p. *76.* l. *31.* e. quæ tamen ſi extaret. leg. qui tamen ſi extarent. p. 78. l. *2.* e. & *126.* l. & leg. 126. p. *79.* l. 13. e. vt illis, leg. vtilis. p. 82. l. *36.* e. fuit, leg. fui. p. 88. l. *19.* e. Romanæ linguæ ſentiebatur, leg. Romana lingua ſancibatur. p. *89.* l. 18. equæ, leg. quâ. p. *92.* l. *11.* e. ſpectare, leg. expectare. p. *94.* l. *39.* e. definiendum leg. definiendam. p. *99.* l. 38. e. jure cenſentur, leg. jure non cenſentur. p. *112.* l. *35.* e. nam dixeris, leg. nam ſi dixeris. p. *123.* l. *15.* e. fides non circa, leg. fides bona circa. p. *126.* l. 28. e. habeat aſcendentes vſque, leg. aſcendentes deſcendentes & cognatos vſque. p. 128. l. 20. e. & nou. vnde ſumpta, leg. vnde ſumpta eſt nou. p. *134.* l. *27.* e. Vlpian. t. I. leg. Vlpian. d. tit. 1. p. *139.* l. 27. e. antiquitati, leg. antiqui. p. 142. l. *6.* e. perſoluerit, leg. perſoluerint. l. *12.* dubitare, leg. dubitari, p. 148. l. *22.* e. & id quod, leg. & eo quod. p. *149.* l. 36. e. præmittatur, leg. prætermittatur, p. 152. l. 14. e. & ea rebus, leg. & à rebus. l. 16. cùm tamen manifeſtum ſit, leg. manifeſtum tamen eſt. p. *153.* l. 13. e. quaſi fideicommiſſarius, leg. quaſi legatarius & fideicommiſſarius p. 154. l. 29. e. parte vt, leg. parte, & vt, p. 158. l. *19* e. præſtare, leg, præſtari. l. *36.* e. imputetur, leg. imputentur. p. *160.* l. 11. e. & quia, leg. & quod. p. *161.* l. *9.* e Pegaſiono, leg Pegaſiano. p. *163,* l. *4.* e. propoſitum. leg. propoſitam. l. 24. e. neceſſarium ſine leg. neceſſarium & ſinè. l. *28.* e. quartam, leg. quartæ. p. *168.* l. *23.* e. & quod, leg. id quod. p. *169.* l. *13* e. & de quod, leg. & de eo quod. p. *170,* l. 13. e. ea amplior, leg. eo amplior. l. 20. e. ſimiliter, leg. ſimpliciter, p. 173. l. *16.* e. ad ipſum de, leg. ad ipſum tit. de. p. 175. l. *2.* ſeptuaginta, leg. ſeptingenta. p. *176.* l. *23.* e. quid, leg, aliquid. l. 26. e. at, leg, ea. l. 41. e. à ſeipſa, leg. à ſeipſo. p. *177.* l. 18, e. eo tempore, leg. tempore. p. 178. l. 34. e. primo, leg. primum. p. 200. l. *31.* e. omiſeris, leg. amiſeris. p. *201.* l. *26.* e. volebat, leg. nolebat. p. *216.* vlt. e. pro emptore, leg. pro ſuo. p. *225.* l. 6. e. celebrata, leg. celebranda. p. 228. l. *14.* e. in creditione, leg. in crétione. p. *239.* l. 2. e. ſit, leg. ſint. p. 248. l. *25.* e. l. 11. leg. l. 1. p. 250. l. *15.* e. cauſis, leg. cauſas. l. 25. e. &, l. vt. p. 255. l. 8. e. de Iudicis, leg. Iudiciis. p. *259.* l. *15.* e. clauſula, leg. clauſulam, p. 280. l. *6.* e. videbat, leg. cadebat. p. *283.* l *12.* e. agit, leg. addit. p. 290. l. *30.* e. velint leg. nolint. p. *319.* l. 24. e. contextu, leg. contentus. p. *321.* l. 14. e. lucturum, leg. luiturum. p. 346. l. 10. e. juris ciuilis, leg. jus ciuile. l. 15. videri, leg. videre. l. 28. e. actio, leg. ratio. p. *347.* l. 8. peduxiſſe leg. produxiſſe, p. 349. l. *16.* e. in depoſito, leg. in pignore. p. *351.* l. 26. e. obligatione, leg. oblatione. l. 34. e. oblatione, leg. obſignatione. p. *354.* l. *11.* e. pacto, leg. facto. p. *364.* l. 27. e. an leg. aut, p. *367.* l. 40 e. obtionibus, leg. optionibus. p. *369.* l. *39.* e. eſſe & conſuetudini, leg. eſſet & conſuetudinis. l. *34.* e. Theoh. leg. Theoph. p. 370. l. *4.* e. inducta, l. illata. l. *9.* e. icris, l. iuris. p. *374.* l. *25.* e. eſt vniuerſorum, leg. eſt, ſi vniuerſorum. p. *380.* l. *36.* e. an, leg. nam. p, 383. l. 15. e. id eſt, leg. aliud. p, *390.* l. 31. e. magiſtratus referatur, leg. non referatur. p. 392, l. 29. e. includi, leg. incluit, p. 407, l. 22, e. Iudicis leg. Iudiciis.