

italians

4 j. rel. 359

(2

DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnasio Juris Civilis
Interpretis celeberrimi,

COMMENTARIORUM JURIS CIVILIS;

DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.
DE BONIS MATERNIS, ET MATERNI
GENERIS.
DE OFFICIO EJUS, CUI MANDATA EST
JURISDICTION.
DE ELEGENDO.

DE TRANSACTIONIBUS.
DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.
DE MORA.
DE DONATIONIBUS
DE CENSIBUS.

TOMUS SECUNDUS.



NEAPOLI, M. DCC. XX.

Apud Nicolaum Nasum Typographum,
Expensis Stephani Abbatis.

SUPERIORUM PERMISSU, ET PRIVILEGIO.

21.11.1911
Bayerische Staatsbibliothek
München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

AMPLISSIMO SPECTABILIQUE VIRO,
D. T H O M Æ
M A Z Z A C C A R A,

Regiam Cancellariam Regenti,

OCTAVIUS-IGNATIUS VITALIANUS

S. P. D.



UI de Jurisprudentia recte sentiunt, fatentur omnes utilissimum fuisse Neapolitanæ præsertim Juventuti consilium, quod jampridem suscepi, ut celeberrimi Viri Dominici Aulifii scripta, quæ ad Jurisprudentiam pertinent, lucem aspicerent. Quis enim, cui vel exercitatio literarum, vel ipsa natura, vel studium erga Patriam, vel etiam omnia simul hoc dederunt, ut in judicando excelleret, peregrinos nos atque hospites esse in nostra Patria non affirmaret, si quæ Vir doctissimus ad instituendam tam bene cupidam legum Juventutem scripsit, dictavit, conservavit, funditus interire sineremus? Sed tum suscepti hujus consilii rationem, tum incredibilem pene laborem, quo ut inirem ac perficerem functus sum, in ea memoravi Epistola, quam Viro amplissimo, atque omni laude dignissimo, D. Cajetano Ar-

gento S.R.C. Præsidi meritissimo inscripsi , cum primum horum Commentariorum Tomum publici Juris facerem . Vereor autem , ne nimium quis redundantem me, atque Juvenili quadam licentia superfluentem existimaverit , si ultra quam satis est , & longius quam necesse sit , alte & a capite repetam , quæ semel commemorasse sufficiat . Itaque omnia hæc prætermitto , ex illo etiam capite, quod beneficia in Juventutem Neapolitanam horum Commentariorum editione collata , ipsamet meminisse debet , in quam collata sunt , non ego commemorare qui contuli : tum omnem Epistolam ad Te , Vir amplissime , cui hunc secundum inscribo Tomum , convertam . Duo vero sunt , quæ me , ut id facerem , impulerunt : primum magnitudo & gravitas lucubrationum, quæ in lucem prodibant, quæque ideo maximi ac gravissimi Nominis inscriptionem postulabant . Par enim erat , ut quemadmodum alias in hac re Viro optime de literis merito Summum Virum Patronum cooptavi ; ita nunc alium asciscerem , cujus humanitate , doctrina , auctoritate Viri defuncti scripta , veluti postumi partus arrogati a Patre clarissimo sustentarentur . Id autem cum in mentem venit, tum statim Tu occurristi, Vir ornatissime, cujus humanitas, doctrina, auctoritas famam constantem, admirabilemque existimationem sunt consecuta. Quamobrem, si qua soles benignitate oblatum munus accipias , inscriptumque Titulum permittas , non dubito quin & Criticorum judicia ob-

obmutescant, & Te uno acceptante satis omnibus acceptum munus existimabitur. Alterum vero, ut id consilii caperem, summum fuit beneficium, quo non ita pridem nostram Civitatem complexus es: qua in re cum communis omnium utilitas atque emolumentum versetur, gratiarum actio popularis dicenda, & cuilibet concedenda est. Æquum itaque erat, ut aliquam nactus occasionem, si minus ad referendas gratias satisfacere potuissem, ad prædicandas certe atque habendas satis essem facturus. Tantum vero Tibi debemus, quantum homines homini debere vix fas est; postquam cum adeo ingravesceret annona, ut jam plane inopia ac fames, non caritas modo timeretur, diligentissimi quidem Tribuni Plebis sedulitate, sed ope Tua, consilio, auctoritate, non opinata annonæ vilitas ex summa inopia & caritate rei frumentariæ repente consequuta est. Illud quidem magni interfuit ad salutem incolumitatemque Civitatis: sed nova Tui magnitudini animi tempestas nunc est oblata atque suborta formidolosissimi temporis, quod habet Civitatem sollicitam suspitione, suspectam metu, gravissimi timore periculi perturbatam; teterrimæ scilicet atque horribilis pestilentiae, quæ agrum Massiliensem vastum longe lateque reddit atque desertum. Verum in hoc extremo pene discrimine, in quod adduci posset Civitas nostra, optimum ostendit nobis exitum, spemque firmam dat Deus Optimus Maximus, cum fato quidem divino ac salutari id fecerit, ut in rebus

bûs hujusmodi ad Civitatis administrationem atque incolumitatem pertinentibus Regium Præfectum a summo Regni Moderatore constitutum Te habemus , quem hoc fato natum dixerim , ut ne Te quidem servare posses , quin una serves Rempublicam . Ea de re agitur , in qua omnis habenda ratio & diligentia est : hæc præcipue colenda est iis , qui Civitatem administrant: hæc studiosissime adhibenda: hæc nihil est, quod ad arcendum tam immane monstrum, tamque exitiosum malum, non assequatur. Sed verba Viris , ut ille dicebat , virtutem non addunt : quippe maximam ac pene incredibilem hujus rei curam jam sustinent excellentissimi Civitatis Curatores: tantam etiam Tu suscepisti, ut videaris non solum favere nobis , sed vehementer esse de nobis sollicitus. Perge igitur , ut facis , Vir ornatissime , & in eam curam , in qua es , incumbe ; ut & nobis incolumitati , & Tibi supremo ornamento , & Reipublicæ conservationi esse possis . Finem facio Epistolæ ; omitto enim superiora illa , qualem Te præstiteris in advocationibus, qualem in Aula Romana, qualem in Magistratibus . Sint hæc in tuis laudibus prætermissa , non quia commemoranda non essent, sed quia intra unius Epistolæ cancellos concludi commode non possent. Optime itaque fecisse videbor, quod rerum majorum, quibus ceteræ obscurantur , paulo longiorem sermonem habere potius , quam omnes ne primoribus quidem labris , & extremis , ut ajunt , digitis attingere constituerim . Vale.

Prid.Kal. Septemb. M. DCC. XX.

TY-

TYPOGRAPHUS

AD LECTOREM.

EN alterum Tomum Commentariorum de variis Materiis ad Jus Civile spectantibus Viri percelebris Dominici Aulicii Tibi exhibeo. Quanta fuerit industria, & quam improbus labor, ut ex Autographo eruerentur, & ad lucem revocarentur, ii sciunt, qui Autographum viderunt. Te interim monitum volo, mancas esse quasdam ex Materiis, quas exhibeo, quod doctissimus Auctor ita mancas reliquerit, cum forte occasio dictandi non fuerit; ut quia eam Catbedram, ut ajunt, in Gymnasio Neapolitano non fuerit consequutus, cujus eadem materiae propriae fuissent, si unquam obtinuisset. Is namque ob eximiam doctrinam primarius Antecessor non multo post evasit, quam ipsi Antecessoris munus in eodem Gymnasio fuerit delatum. Vale.

EMINENTISS. SIGNORE :

LO Stampatore Niccolò Nafi supplicando espone a V.Em. come desidera dare alla luce il *secondo Tomo delli Trattati Legali del fu Domenico di Aulifio*. Ricorre per tanto da V.Em. e la supplica ordinare la revisione a chi meglio le parerà, ut Deus.

R.D.Nicolaus Pollio U.J. & Sac.Tb.Doct. & Mag. revident, & referat. Neap.2. Nov. 1719.

EPISC. CASTELLANET. VIC. GEN.

D.Petrus-Marcus Gypsius Canonic. Deputat.

EMINENTISS. DOMINE .

Opus, cui titulus (*il secondo Tomo delli Trattati Legali del fu Domenico di Aulifio*), mira eruditione, eloquentia, ac venustate concinnatum, magna animi alacritate Jussu Eminentiæ Vestræ exolvit. Ecclesiasticæ Jurisdictioni, bonis moribus minime consentaneum, mihi prorsus animadverti. Typis igitur mandari potest, si ita Em. Vestræ videbitur. Datum Neapoli die 13. Julii 1720.

*Humillimus, & Obsequens. Famulus
D.Nicolaus Pollio U.J.D. & Sac.Tb. Magister.*

Assenta supradicta relatione D.Revisoris, Imprimatur. Hac die 29. Julii 1720.

EPICOP. CASTELLANET. VIC. GEN.

D.Petrus-Marcus Gypsius Canonic. Deputat.

EMINENTISS. SIGNORE .

LO Stampatore Niccolò Nafi supplicando espone a V.Em. come desidera dare alle stampe il *secondo Tomo dell' Opere Legali del fu Domenico d' Aulifio Lettor primario negli Studii di Napoli*. Supplica pertanto l'Em. S. voglia degnarli commetterne la revisione a chi meglio le parerà, per poterne ottenere la solita licenza, ut Deus.

Magnificus U.J.D. Octavius-Ignatius Vitalianus videat, & in scriptis referat.

MAZZACCARA REG. ULLOA REG. ALVAREZ REG. GIOVENE REG.

Illust. Dux S. NICOLAI, & Illust. Dux CANNELONGÆ non interfuerunt.
Spec. REG. MIRO absens.

Provisum per S.Em. die 6. Augusti 1720.
Mastellonus.

EMINENTISS. DOMINE .

EA, qua par erat, diligentia *secundum Tomum Commentariorum Juris civilis doctissimi Viri Dominici Aulifii*, te jubente perlegi: in iisque sicuti sum admiratus summam celeberrimi Auctoris doctrinam, eximiamque in Jurisprudencia pertractanda peritiam, ita nihil inveni, quod aut bonis moribus, aut Juri Regio adversetur: proinde ut typis mandetur, dignum judico, si ita Em. Tuæ videbitur. Neapoli Idib. Aug. M.DCC.XX.

*Humillimus & Addictiss. Servus
Octavius-Ignatius Vitalianus.*

Assenta supradicta relatione, Imprimatur, verum in publicatione servetur Reg. Pragmatica.

MAZZACCARA REG. ULLOA REG. ALVAREZ REG. GIOVENE REG.

Illust. Dux S. NICOLAI, & Illust. Dux CANNELONGÆ non interfuerunt.
Spec. REG. MIRO absens.

Provisum per S.Em. 19. Augusti 1720.
Mastellonus.

DO.



DOMINICI AULISII

J. C. C L A R I S S I M I,

De Pignoribus, & Hypothecis,

Ad lib. XX. Pandectarum. Tit. I.

C O M M E N T A R I U S.



Uo sunt, quæ Pignoris, & Hypothecæ veluti parentes fuere, eorumque usus tam frequenti dedere causam & originem, perfidia, & paupertas, quarum illa est Animi vitium, hæc Fortunæ. Nam debitores alienam pecuniam recipiendo, cum eam deinde statuto tempore non redderent creditori, vel quia volebant, vel quia non poterant, factum est, ut creditor, quo sibi tuto esse liceret, alteri res suas non crederet, nisi vel pignus ab eo acciperet, vel certe fundos hypothecatos haberet. Quod postmodum observari cæpit, non solum cum viris, quorum fides, vel opes suspectæ, sed etiam cum ceteris omnibus, qui solvendo, vel spectatæ fidei essent. Unde illa Martialis querela:

*Quod mihi non credis veteri, Telefina, sodali,
Credis colliculis, arboribusque meis.*

Quinimmo facile fidejussoribus, aut sponsoribus fides non habetur, & vulgo dicitur, melius est rei incumbere, quam personæ. Cum ergo hodie ob magnam temporum infelicitatem, opes cujusque mirum in modum attritæ decrescant: & econtra perfidia quotidie magis magisque augeatur, consequens est, ut hujus tractationis de Pignoribus, & Hypothecis magnus & frequens usus sit: quo enim morbi magis increbescunt, eo etiam remediis magis indigemus. E re nostra igitur futurum spero, si quæ difficilia in

A

hoc

hoc Pandectarum titulo occurrunt, explanavero: præmissis tamen iis, quæ ad Rubricæ majorem intelligentiam conducunt.

De nominibus, & definitionibus Pignoris, & Hypothecæ.

Plurima sunt, quæ circa hæc nomina disputat Salmasius *de modo usurarum cap. 12.* Nos breviter dicimus vocabulorum significationes vel ab usu Scriptorum, vel populi esse desumendas. Itaque cum res mobilis creditori traditur, ut eam in crediti securitatem possideat, id Latinis dicitur *Pignus*, & Græcis *ἐνέχυρον*: si vero res soli ob eandem crediti securitatem obligatur, id Græcis, & Latinis vocatur uno nomine hypotheca, *ὑποθήκη*, quod *suppositionem* significat. Vide Pollucem *lib. 3. cap. 9.* Et hæc distinctio patet cum alibi passim in Jure nostro, tum præcipue in hoc titulo, & in *l. si rem alienam, §. non solum, ff. de pign. act. l. plebs, §. pignus, ff. de verb. sign.* II. Pignus quandoque generatim sumitur prout ad res etiam immobiles adaptatur: nam *pignus* insulæ habetur in *l. 1. ff. in quibus causis pignus*: & *fundus* dicitur *pignus*, *l. 39. ff. de pignoratitia act.* E contrario hypotheca etiam de re mobili solet accipi, ut apud Demosthenem in *oratione contra Lacritum*. Et hoc sensu nulla est differentia inter pignoris nomen & hypothecæ: unde in *l. 16. ff. mandati*, quod prius dictum fuit *hypotheca*, deinde vocatur *pignus*: & hoc demum sensu capiendus est Marcianus in *l. 5. hoc tit.* cum ait, inter *pignus* & *hypothecam* nominis sonum tantum differre: & in *§. item serviana, Inst. de actionib.* dicitur, inter *pignus* & *hypothecam*, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interesse, sed in aliis differentiam esse.

Quoniam vero hypotheca græce, ut diximus, *suppositionem* denotat, hinc in nostris legibus sæpe verbum *supponere* usurpatur pro hypothecare, ut in *tit. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, vel cura sunt, sine decreto non alienandis, vel supponendis*: quod Latini etiam *opponere* dicunt, ut cum Seneca *lib. 7. de beneficiis*, ait, *Rebus meis in securitatem creditoris oppositis*. Notandum etiam in Jure feudali *pignus* dici *gangeriam*, ut in *cap. 1. de feudis*, quæ vox Theutonica est, ut ibi *gl.* notat: unde apud nos *pignus*, seu obfes dicitur *gaggio*, & *ingaggiare* est de re aliqua opposito pignore contendere, seu spondere.

Itaque *pignus* & *hypotheca*, quatenus res diversas sibi subjiciunt, diversas etiam sortiuntur definitiones. Nam Isidorus *lib. 1. orig. cap. 25.* ita hypothecam definit: *Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione, pæctis, vel cautione sola interveniente*. Ubi verbum *commodatur* perperam positum est; nam cum quid commodatur, tum ejus rei usus in alium transfertur, ut patet in *tit. DD. & C. de commodato*: quod utique non accidit in hypotheca; nec melius idem Auctor ibidem *Pignus*

ita

ita definit: *Pignus est, quod præter rem creditam obligatur; cuius possessionem solam ad tempus consequitur creditor: ceterum dominium penes debitorem est.* Quæ definitiones præterea peccant ex eo, quod in hypotheca nulla rei stabilis, in pignore nulla rei mobilis mentio fit. Itaque ita melius definiuntur. Hypotheca est, cum fundus obligatur creditori, possessione, & dominio apud debitorem remanente. Pignus est, cum res mobilis obligatur, cuius possessionem solam ad tempus creditor consequitur, dominio apud debitorem remanente. Quæ definitiones satis per se claræ ulteriorem explicationem non exigunt.

Hinc tamen descendunt nonnullæ inter pignus & hypothecam differentiæ. I. est præscriptionis, nam hypothecaria actio temporis lapsu præscribitur a debitore, hoc est spatio 40. annorum, *l. cum notissimi, §. 1. C. de præscriptionibus* 30. actio vero, quæ pro pignore præstatur, a debitore nequit præscribi, cum ab ipso creditore pignus possideatur, *gl. in d. §. item Serviana, v. nihil interest.*

II. Ex nonnullorum opinione est circa cautionem. Nam si quis se idonee cavere promittat, quia illud, *idonee*, addidit, cavere obligatur datis pignoribus, ex *l. si mandato 59. §. fin. ff. mandati*, ubi dicitur, non videri mandati conditioni paritum, cum in mandato adjectum est, ut idonea cautio a debitore exigeretur, si neque fidejussor, neque pignora accepta sint. Concordat textus in *l. 4. §. si sub conditione, ff. de fideicom. libertatib.* Quærit ergo *gl. in d. §. fin. v. neque pignora*, quid dicendum sit, si non pignus, sed hypotheca accipiatur? Et respondet per eam quoque idonee caveri, & probat ex hoc, quia si Jurisconsultus ibi ait idonee caveri etiam per fidejussorem, Decius *cons. 1. num. 3. & seq. Surd. dec. 320. num. 8.* ergo etiam idonee, & multo magis cavebitur per hypothecam: quia per hypothecam incumbimus rei, per fidejussionem vero personæ.

At post alios Negusant. *de pign. par. 1. num. 6.* contra glossam putat, per solam hypothecam bonorum non idonee caveri, quia textus in *d. §. fin.* solum de pignore meminit. Sed facile respondetur ex jam supra notatis, nempe pignoris nomen quandoque generaliter sumi etiam pro rerum stabilium hypotheca, *l. 1. ff. in quibus causis pignus, l. 39. ff. de pign. act.* Quare hæc differentia, quæ hoc casu inter pignus & hypothecam statuitur, nulla est.

III. Distant in actionis exercitio; nam qui sui debitoris bona sibi habet hypothecata, non aget contra extraneum eorundem bonorum possessorem, nisi excusso principali debitore: quod secus est in creditore sub pignore, qui ad excussionem non obligatur, sed potest recta contra ipsum pignoris detentorem agere, Negusant. *loc. cit. num. 7.*

Tandem distant ob utilitatem, quia magis creditori cautum est ex pignore, quam ex hypotheca, cum pignus in ipsius manu sit; hypotheca vero persequi in iudicio debeamus, & iudiciorum incertus est even-

tus, Mantica *de tacit. lib. 11. tit. 1. num. 3.*

Hinc illa resolvitur quæstio, num scilicet statutum, seu nova lex, quæ de pignore loquitur, trahi possit ad hypothecam? veluti cum Hebræis conceditur, ut licet sub pignore mutuam pecuniam dent, possint tamen fœnerari: hoc est, ex pecunia sub pignore credita usuras exigere; solet enim dubitari, utrum hujus legis vi etiam cum hypotheca adest, fœnerari possint, præsertim ubi Hebræis bona stabilia possidere interdictum non est, juxta *extrav. Pauli III. & Pii V.*

Et placet hoc & simili casu sub pignoris nomine etiam comprehendere hypothecam, & speciatim de Hebræis, quod tueretur Felinus in *cap. cum in aliquibus num. 3. de sententia & re judic.* Rebuffus in *l. pl. b. §. pignus, ff. de verb. signif.* Mantica *de tacit. lib. 11. tit. 11.* & post Negulantium, tenet Merlinus *lib. 1. hoc tit. qu. 3. & 16.* Et patet, quia, uti expositum est, sub pignoris nomine etiam hypotheca comprehenditur: unde in *l. si creditor, ff. de distract. pignoris*, cum creditor pignus venderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam, & pignus recuperare; Julianus respondit, recte distractum esse pignus; ceterum a debitore agi posse cum creditore, ut si quas actiones habeat, eas sibi cedat, quo facto, debitor ipsi emtori reddet pecuniam, & pignus consequetur. Quamvis autem Julianus id de pignore tantum tradidisset, Marcianus ait idem circa hypothecam esse; ea quippe ratione, quia nullum his casibus videtur esse discrimen inter hypothecam & pignus. Ergo cum statutum in dubiis a Jure communi interpretationem accipiat, recte sub pignore hypotheca comprehendere dicetur. Ita licet consuetudo Neapolitana excludens a successione fœminas, loquatur de patre intestato, tamen in foro receptum est, locum habere etiam cum pater intestabilis decedit; quia de Jure communi sub intestati nomine pariter intestabilis comprehenditur, *l. 4. ff. qui petant tutores, l. qui duos, ff. de reb. dubiis, l. 1. ff. de suis & legit.* Addere possumus, in statutis eadem ratione vigente licitam esse extensionem de casu ad similem casum, Rolandus *cons. 72. num. 39. & seqq.* Mangilius *de imputat. qu. 66.*

Contrarium tamen docuere Abbas in *d. cap. cum in aliquibus num. 6.* Bartolus & Salycetus in *l. si rem alienam, §. proprie, ff. de pign. act.* Aretinus *cons. 125. num. 3.* ea maxime ratione moti, quod proprie loquendo pignus distinguitur ab hypotheca: constat autem in statutis strictè & proprie verba esse accipienda, Gratianus *discept. forens. cap. 267. num. 25. & cap. 275. num. 4.* Sed facile respondetur, pignus in genere comprehendere etiam hypothecam, ut probatum est: ergo proprie dicitur etiam de ipsa; nam genus proprie prædicatur, & dicitur de suis speciebus ad differentiam verbi analogi. Ita adoptionis nomen generaliter dicitur de arrogatione & adoptione in specie.

Idipsum, quod de statuto diximus, est in ultimis voluntatibus; nam si exempli gratia testator pignorari sua bona prohibeat, prohibita pariter cen-

cenfetur hypotheca five tacita, five expreffa, Seraphinus *decif. 757. num. 3.*

De divifione Hypothecæ .

Hypotheca vel eft generalis , vel fpecialis . At fpecialis pluribus modis concipi poteft .

I. Si quidpiam in individuo obligetur , veluti oppignero tibi fundum Sempronianum , *l. 1. ff. hoc tit.* quandoquidem apud Jurifconfultos fpecies dicitur , quod logici individuum vocant , ficuti genus ipsis eft , quod aliis fpecies : fic ergo fundus genus eft , fundus Sempronianus fpecies .

II. Specialis etiam dicitur , cum certum bonorum genus creditori fupponitur , veluti obligo ædes meas omnes , vel fervos meos ; quamvis enim de individuis nulla expreffa mentio habita fit ; tamen ex fictione legis fingula corpora enumerata intelliguntur , Mantica *d. lib. 11. tit. 2. num. 10.* & patebit ex his , quæ jam fequuntur .

III. Eadem ratione eft etiam fpecialis , cum quis omnia bona præfentia obligat , nihil exprimendo de futuris , addendo tamen præfentia . Patet id ex *l. & quæ , §. 1. ff. hoc tit.* ubi generalis hypotheca dicitur , cum oppignerantur bona , quæ quis nunc habet , & quæ poftea acquifierit : contra vero fpecialis hypotheca affertur ea , qua quis bona , quæ nunc habet , obligat , ut ibi advertit *gl. v. fpecialiter* , Neguf. in hoc *tract. memb. 3. num. 1.*

IV. Ex quorundam fententia inter fpeciales hypothecas habetur , cum omnia & fingula bona debitor obligat , etiamfi addat præfentia & futura : propterea quod verbum , *fingula* , in fingulis rebus fpecialem hypothecam inducit , Cyriacus *controv. 10. num. 68.* Cravetta *conf. 381. num. 4.* Unde illud , *fingula* ; habere vim fpecialis expreffionis , potat poft alios Barbosa *de clauf. clauf. 96.* & habere vim divifivam , prorfus ut *fingula* divifim obligata cenfeantur , ait Gabriel *conf. 44. num. 69. lib. 2.*

Id tamen ita univerfaliter assertum , falſum mihi videtur ex his , quæ traduntur a Cajo in *d. l. & quæ , §. 1. ff. hoc tit.* ubi ait , quod fi fpecialiter rebus hypothecatis , deinde addatur , & cetera bona debitoris teneantur , quæ nunc habet , & quæ poftea acquifierit , intelligi præfentia fpeciali hypothecæ fubjecta , futura non item . Et ratio eft , quia cum futura fpeciatim , feu in individuo demonſtrari non poſſint , neque etiam poterint fpecialiter hypothecari . Lex enim imitatur naturam , & ea , quæ poſſibilia funt , ut patet in adoptione , quam non permittit , niſi ei , qui major ætate fit , quam filius adoptandus , & in retrotractione , quæ conceditur in legato conditionali , locum vero non habet in legato in diem : ea ratione , quia fieri poteſt , ut conditio eveniat tempore , quo moritur teſtator : quod non eſt in legato in diem , ubi dies

fixa est: quare non nisi sub generalem hypothecam venient. Hoc etiam eadem de causa videtur dicendum in casu nostro, nempe cum omnia & singula bona præsentia & futura oppignerantur, ob verbum, *singula*, præsentia specialiter, futura vero generaliter hypothecata intelligentur. Quare nec Surdi sententiam *conf. 331*. admittere possumus, qui etsi neget per verbum *singula* semper induci specialem hypothecam, concedit tamen quoties præcedit generalis dispositio, veluti dicendo, *Bona omnia immobilia, mobilia, & singula eorum*: quod etiam voluit Salycetus in *l. qui absenti*, num. 5. ff. de acq. poss. Fusar. *quæst. 674. num. 12.* aliique. Quod falsum est, quia semper præcedit etiam in isto casu ratio *text. in d. l. & quæ*, §. 1. ut consideranti patet.

Generalis itaque hypotheca est, cum debitor eas etiam res, quarum dominium est adepturus, obligat. Nam postquam utilitas pignorum irrepsit, multa in ipsis utilitatis publicæ gratia recepta sunt, quæ alioqui ex summa Juris ratione recipi non potuissent, *l. sed an via in fine*, *d. si Titio*, ff. hoc tit. Inter cetera & illud est, ut futurarum etiam rerum obligatio valeat; ita enim fit, ut etiam illi, qui minus locupletes existimantur, facilius inveniant creditorem, si modo pro diligentibus patribus familias habeantur, quos sperari possit aliquid postea sibi acquisituros, aut bene semper de civibus suis legislator civilis sperare solet, *l. in bello*, in princ. ff. de captivis, *l. de hereditate*, §. *filiusfam. in fin.* ff. de cast. peculio.

Ceterum de Jure antiquo hæc generalis hypotheca solum contrahi intelligitur, cum expresse quis bona etiam futura obligat, Faber ad *l. 1. ff. eod.* At de Jure Justiniano, qui generaliter bona sua omnia pignori obligat, hoc ipso etiam futura obligasse creditur, *l. ult. in fine*, *C. quæ res pignori*. Eo nempe rationis colore, quod ea generalis bonorum omnium tam præsentium, quam futurorum obligatio, solita esset, ac quotidiana, *d. l. ult.*, & *l. quæ nondum*, §. *quod dicitur*, ff. *eod.* Fuit enim hæc ratio familiaris & acceptissima Justiniano, ut constat ex *l. ult. C. de fidejuss.* Nam si verborum vim & potestatem attendimus, certum est, eum, qui dicit *bona sua vel mea*, non nisi præsentia significare, *l. si ita*, ff. de auro & argento legato. Unde est, quod DD. omnes fatentur, generali donatio, ne bonorum omnium præsentia duntaxat, non etiam futura comprehendi.

In rebus tamen postea quæsitis vinculum pignoris non prius incipit, quam earum dominium acquisitum sit debitori, *l. si qui mihi*, ff. de Jure fisci, *l. ult. C. qui potior. in pignore*. Fit enim utrumque in eodem instanti, quia fit potestate legis, quæ operatur in instanti, *l. ult. ff. de condit. instit. l. ventre*, ff. de acq. hered. *l. si filius*, ff. de liberis, & postb. quamvis ordine naturæ & intellectus acquisitio domini semper præcedat constitutionem vinculi pignoris.

Sunt autem aliquot inter generalem & specialem hypothecam differentię. I. Creditor, qui ex speciali hypotheca agit super re aliqua, debet
in

in iudicio docere, eam rem tempore obligationis initæ in dominio debitoris fuisse: quod in generali hypotheca minime exigitur, cum bona omnia quocumque tempore acquisita a die obligationis incipiendo, comprehendantur, *41.1. ubi DD.*

II. Quia debitor magis in speciali ligatur, quam in generali: quare mancipia generaliter obligata manumittere potest, sed non ea, quæ sunt in speciali, *l.3. C. de servo pign. dato*, Bartolus in *l. rem legatam*, *n. 10. ff. de adimendis legat.* Redoanus *de reb. Eccl. non alien. q. 2. c. 6. num. 14. & seq.*

III. Rerum, quæ specialiter obligatæ sunt, dominium in alterum non transfertur, sed in generaliter hypothecatis secus est, Mantica *d. tit. 2. num. 14.*

Dividitur etiam hypotheca in legalem, & conventionalem. Legalis dicitur, quæ nullo contrahentium pacto, sed sola legis dispositione ob privilegium inducitur: & hæc licet sit expressa in lege, dicitur tamen quandoque *Tacita*, respectu contrahentium, qui de ea, contrahendo, nihil expresse meminere, ut in *tit. Pandect. & C. quibus modis pignus, & hypoth. tacite contrahatur*. E contrario conventionalis est, quæ contrahentium pacto initur, & propterea etiam expressa nuncupari solet.

Hæ autem hypothecæ in quantum ad effectus sæpe æquiparantur, ut nimirum sicuti conventionalis hypotheca comprehendit præsentia omnia bona, & etiam futura, jura & nomina creditorum, ita quoque legalis, Salycetus in *l. assiduis num. 4. C. qui potior. in pign.* Ripa in *l. dabimus, §. si quis cum tutor, num. 11. ff. de priv. creditorum.*

Dubium tamen est, an hypotheca legalis fileat, & cesset, quando a contrahentibus expressa fuit appositæ? veluti si quis habens hypothecam legalem generalem in bonis sui debitoris, deinde de novo acquirat ex pacto expressam specialem: quæri enim potest, num isto casu possit contra bona omnia debitoris agi ex privilegio tacitæ & legalis hypothecæ? Et Negus. in hoc *tract. par. 2. princ. membr. 4. num. 5.* negat, quia hominis provisio cessare facit provisionem legis, ut patet in successione, ubi causa testamentaria tollit causam ab intestato.

Contrarium tamen verius est, quia cum contrahentes expressam superaddunt contractui hypothecam, non aliud in animo habuisse videntur, nisi ut plenius sibi providerent, & caverent, non etiam ut legis beneficio carerent, extinguendo tacitam legalem hypothecam: quare non est creditor privandus ea utilitate, quam ex tacita generali hypotheca consequi posset. Ita post alios Merlinus *lib. 1. tit. 1. qu. 8. num. 31.* Verum de hac re latius infra.

Quoniam vero tacita hypotheca a lege introducitur, ideo nullo casu esse intelligitur, nisi ubi lex eam expresse induxit, Bartolus in *l. 2. C. in quibus causis pignus*, Surd. *dec. 271.* & alii communiter. Tamen apud DD. receptum est, ut aliquando ex paritate rationis possit etiam tacita

induci sine lege expressa. Exemplum esto in Prælato, qui bona Ecclesiæ administrat; docent enim bona istius censeri Ecclesiæ tacite hypothecata pro administratione: quoniam in ipso eadem viget ratio, quæ in Tutore, & Curatore, quorum bona pupillo & minori tacite hypothecata sunt, Muñoz *de ratioc. cap. 39. num. 13. Grat. cons. 601. n. 9. & seq.*

Datur præterea pignus, quod vocant Prætorium, cum Judex ob contumaciam Rei ex primo decreto mittit Actorem in possessionem bonorum ipsius Rei, ex *l. non mirum, ff. de pign. act.* & de hoc credunt loqui in *l. si is, qui bona, §. 1. ff. hoc tit.* Quod crassus error est, ortus ex incitia linguæ Græcæ; nam in *d. §. 1.* legitur Græce ἀντίφωνος, quod post Accurs. Bart. vertit in antiphonam, explicans, quod ut antiphona est id, quod canitur ante Psalmos, ita missio in possessionem ex primo decreto illa sit, quæ Jus Prætorii pignoris in bonis debitoris constituit, antequam ad secundum decretum perveniatur, per quod vera possessio in creditorem, seu actorem transfertur. Quam interpretationem merito deridet Ant. Fab. in *Rational. ad d. §. 1.* siquidem ibi sermo tantum est de antichresi, quæ nihil aliud est, quam species quædam pignoris ita constituti, ut mutuum pignoris usum creditor habeat pro usuris crediti, & in vicem usurarum, *l. si pecuniam, ff. de pign. act.* Quod vel sola Græci verbi significatio aperte docet; nihil enim aliud est ἀντίφωνος, quam *contrafructio*, ut quemadmodum debitor fruitur pecunia credita, ita & vicissim creditor fruatur pignore, sive fructus percipiendo per seipsum, sive locando, sive etiam habitando, *l. si ea pactione, l. si ea lege, C. de usuris, l. si servus, C. quod cum eo, qui in aliena potestate, Instit. lib. 3. tit. quibus modis re contrahitur obligatio.*

Hoc primum decretum dupliciter sumitur. I. Quando creditor, citato Reo & non comparente in iudicium, obtinet a Judice ut inmittatur in possessionem bonorum Rei contumacis, causa custodiæ. Dixi causa custodiæ, quia per istud decretum non tribuitur Actori vera rerum possessio, sed tantum detentio, seu, ut vulgo dicunt, tenuta, donec secundum decretum fiat, Bartolus in *l. si finita, §. Julianus, ff. de damno infecto.* Vide Tuscum *conclus. 283. lit. M.*

II. Quando creditor sententiam pro se obtinuit, & vicit, pro cujus sententiæ executione mittitur a Judice in possessionem bonorum debitoris, tanquam in pignus, prorsus ut non fiat verus possessor, sed detentor tantum, nec fructus faciat suos, Rota apud Durandum *dec. 364.* Idem est, si a Judice contra debitorem creditori concedatur mandatum executivum, non modo personaliter, sed etiam realiter, quo stante, itur ad bona stabilia, & mobilia debitoris. His tamen casibus pignus potius dicitur Judiciale, Cujacius ad *rubr. C. si in causam judicati pignus captum sit.*

Distant hæc duo pignora invicem. I. Quia in Prætorio si debitor contumax in iudicio se sistat, resectis expensis, & præstita cautione de stando Juri, & iudicatum solvi, pignus resolvitur, nec ad secundum de-

cretum,

cretum, quo vera tribuitur possessio & dominium, devenitur. At vero in pignore judiciali non liberatur debitor, nisi solverit; Durandus *d. decis.* 364. *num.* 36. & *seq.*

Distant II. quia in judiciali pignore non transitur ad secundum decretum, ut in Prætorio, sed proceditur ad subhastationem, ut plus offerenti pignus vendatur, Barbosa in *l. ad peremptorium, num.* 59. *ff. de judiciis.*

Ceterum in quantum ad Prætorium pignus quædam notanda sunt ex Guidone de Suzarra in *tract. de primo, & secundo decreto*, nimirum ut locum habeat in illis etiam bonis, in quibus debitor nonnisi usumfructum obtinet, sic ut debitori remaneat Jus utendi fruendi, creditor vero fructus colligat: item in bonis feudalibus: in præbendis, & aliis redditibus: tandem in nominibus debitorum, quibus jubet Judex ne solvant, sed deponant, Negus. *par. 3. memb. 2. num.* 24.

Tandem creditor immissus, si ea possessione cadat, siue sua culpa; siue aliena, siue fortuito casu, ager hypothecaria ad rem recipiendam; licet enim debeat creditor incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen si secus acciderit, non amare cum eo agendum est, sed benigne, dando ipsi actionem ad recuperandum, ut dicitur in *l. fin. C. de prætorio pignore*, Cyriacus *contr.* 77. *num.* 19. Quanquam ex hoc textu colligunt nonnulli huic creditori impertiri omnia interdicta, quæ verò possessori conceduntur, hoc est retinendæ possessionis, veluti Utrubi, & Uti possidetis: item recipiendæ, veluti interdictum, Unde vi; nam quo imperio creditor adeptus est possessionem, eodem debet conservari, Negus. *d. par. 3. memb. 2. num.* 26. quod tamen negat Menoch. *de recuper. poss. remed.* 3. *num.* 170. & *seq.*

An quandoque in re sua Pignus consistat?

DISCUSSIO I.

Certissima Juris regula est, pignus rei suæ consistere non posse, *l. neque pignus, ff. de reg. Juris, l. si rem alienam, ff. de pign. act.* Rationem esse putant, quia si fingamus creditorem ipsum esse dominum rei obligatæ, necesse sit, debitorem, qui pignus dederit, dominum non fuisse, cum duo in solidum domini ejusdem rei esse nequeant, *l. de hereditate, §. pater, ff. de castrensi peculio, l. si ut certo, §. si duobus, ff. commod.* Quare nec pignus consistet, quia pignus rei alienæ non valet, *toto tit. C. si res aliena pignori data sit.* Vel ratio est, quia nemini res sua potest esse obligata: & ideo Paulus respondit, non posse pignus perseverare, cum creditor ipse rei dominus factus est, *lex sexta, ff. de except. rei judic.* Hinc etiam, si res aliena emta bona fide, mihi pignori data sit, desinet pignus esse, quando dominus me here-

B

dem

dem instituit, *l. si rem alienam, ff. de pigner. act.*

Traduntur tamen a DD. aliquot casus, in quibus volunt rei suæ pignus consistere, quoties scilicet dominium Jure speciali acquisitum est sine traditione, Bartolus in *l. fin. num. 16. C. de Sacros. Eccl. Castr. in l. 1. num. 17. ff. de leg. 1.* Decius in *d. l. neque pignus, n. 2. ff. de reg. Jur.* Afferunt ejus rei duo præcipue exempla, unum in legatario, alterum in pupillo. Volunt ergo, legatario competere hypothecariam actionem in ipsammet rem legatam, quia legatario acquisita est ex Juris censura, sine ulla rei traditione. Item si ex nummis pupilli tutor rem, sed suo nomine, emat, pupillus ex speciali Jure emtæ rei dominium habet, & propterea pignus etiam in eandem rem potest habere. Ita Fachin. 12. *contr. 32.*

Probant id I. ex *l. in bello, §. si quis servum, ff. de capt. ubi*, si Cajus servum Titii captum ab hostibus redemerit, protinus servus fit ipsius Caji, qui eum sua pecunia redemit; quamvis sciat alienum fuisse: sed tamen si Titius offerat ipsi redimenti pretium, quod dedit, postliminio rediisse, aut receptus esse servus intelligitur, hoc est, iterum fit Titii, quasi nunquam ex ipsius dominio exisset. Schifardegherus *lib. 2. tract. 22. q. 2.* ingenuè fatetur, se legisse, ac relegisse hunc textum, ac nunquam potuisse deprehendere, quid hæc lex ad rem nostram faciat, & præcipue ad pignus. Scilicet non advertit, ad rationem legis, ad quam tamen respexere DD. cum hunc textum allegant. Nam ideo Titius Jus habet offerendi pretium servi Cajo redemptori, quia ipse Titius, post redemptionem, habet in servo Jus pignoris ex legis beneficio. Quod palam constat ex *l. Senatus, §. ult. ff. de leg. 1.* ubi hæc verba leguntur: *Qui ab hostibus redemptus est, legari sibi (hoc est redimenti) poterit, & proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.* Ecce, ut Cajus redemptor habet quidem servi dominium, sed cum vinculo pignoris, hoc est, quasi pignoris loco detineat & possideat servum; loco, inquam, pignoris pro pretio, quod in redemptione solvit, quodque sibi restituere debet Titius antiquus dominus, qui hic consideratur, tanquam debitor, ut Cajus tanquam creditor. Itaque ex his jam duo constant. I. Redemptorem esse dominum servi, *d. §. si quis servum, ibi, Protinus est redimentis.* II. Eundem redemptorem in eodem servo Jus pignoris habere, donec a priori domino sibi pretium redemptionis restituatur, *d. §. ult.* Ergo datur pignus in re sua. Nec solum servus redemptus est loco pignoris, sed etiam quandoque homo liber redemptus, ut in *l. ult. C. de postlim. revers.* Nam si quis Civem Romanum ab hostibus redimat, licet post redemptionem liber iterum fiat, tamen loco pignoris a redemptore detineri potest, donec sibi restituatur pretium redemptionis, vel nummis, vel laboris obsequio, vel opere quinquennii. Ita supradictas omnes leges intelligit, & explicat Acc. in *d. §. si quis servum, v. oblato.*

Verum hæc nobis non arident ex duobus capitibus. I. Quia ipsi DD. supracitati volunt, Jus pignoris tunc in re sua, seu propria, consistere pos-

posse, cum dominium speciali Jure acquisitum est, hoc est, ut ipsi explicant, sine traditione: quod utique in casu nostro non accidit; nam qui redimit servum habet justum titulum emtionis, ex qua per traditionem ex manibus hostium in manum suam, dominium servi redempti acquirit, ut patet. Ergo nullum hic jus speciale acquirendi domini comminisci potest: & licet servi alieni illicita sit venditio, l. 1. C. pro emptore, ita ut emptor furti actione teneatur, Lancillæ, C. de furtis, l. 1. & l. sciens, C. de usucapione pro emptore; tamen secus est, cum redimitur ab hostibus, qui per occupationem impropriad, Jure belli, servi dominium ipsi sibi acquisiverant, ut propterea amplius prioris domini non sit, §. item ea, qua ex hostibus, Instit. de rer. divis. Quare neque ex hoc capite ullum speciale Jus adest.

II. Non placet, cum credunt, ipsum redemptorem habere Jus pignoris, ut ita dicam, activum in servo redempto: quod est falsissimum, cum e contrario Jus istud activum pignoris sit apud primum, seu antiquum servi dominum, passivo tantum existente apud redemptorem. Nam antiquus dominus est, qui habet jus & actionem contra redemptorem, ut eodem oblato pretio, servus sibi revendatur, ut in dd. II. patet. Quare hic creditor est ipse antiquus dominus, qui pro hoc suo Jure habet oppigneratam servum; constat enim, res oppignerari non debitori, ut hic est redemptor, sed creditori, ut est antiquus dominus. Et hæc omnia aperte probantur in d. l. senatus, §. ult. ff. de leg. 1. ubi dicitur utile legatum esse, si antiquus dominus leget redemptori servum redemptum, quia redemptor consequitur liberationem vinculi pignoris: ergo fuit legata liberatio, ut propterea creditor sit ipse antiquus dominus, qui legat, non redemptor, cui legatur; nam creditor est, qui liberationem legat, l. 1. cum seqq. ff. de liberat. legat. Itaque, ut concludamus, Jus pignoris activum in casu proposito est solius antiqui domini, & etiam in re aliena; nam servus est redemptoris.

Probant II. Exemplo legati, cujus dominium per legis potestatem etiam ignorantem legatario acquiritur, statim & recta via, a morte testatoris, sine ulla traditione, l. si tibi homo, §. cum servus, ff. de leg. 1. l. legatum 81. ff. de leg. 2. l. a Titio, ff. de furtis. Sed legatarius habet actionem hypothecariam, l. 1. C. comm. de leg. Ergo datur pignus in re sua.

Neque hoc argumentum quidquam urget. Nam cum Justinianus tres legatario concedit actiones, personalem, realem, & hypothecariam, sive utilem Servianam; concedit quidem pro re legata, sed non omnes super re legata; ridiculum enim esset actionem personalem, seu conditionem super re legata cadere. Quæ breviter explicanda sunt. Datur ergo legatario conditio. Sed qua ratione, cum sit dominus, & domino conditio denegatur, §. sic itaque de actionib.? Respondet Accursius in §. nostra autem, de legat. concedi conditionem contra heredem, utpote contra possessorem; quæ responsio recipi non potest, cum nusquam in toto Ju-

ris corpore reperire sit, domino licere contra possessorem rei proponere aliam actionem, quam realem: illud verum est, posse agere interdicto possessorio, ut in *l. 2. ff. de condict. trit.* Aliud autem est interdictum, aliud condictio; nam interdictum est de Jure Prætorio, ut in *tit. de interdict. in princ.* Condictio vero est de Jure civili, ut patet in *tit. de actionibus, §. sic itaque*. Superest ergo ut dicamus, dari legatario actionem in personam contra heredem, quia heres adeundo ex quasi contractu legatariis obligatur, *l. 5. §. heres, ff. de actionib.* Deinde actio realis, seu reivindicatio, cadit super ipsa re legata, ut quæ conceditur domino contra eum, qui rem suam possidet, ut ea sibi restituatur, *§. namque agit, Instit. de actionib.* Et demum conceditur legatario hypothecaria actio, non quidem super re ipsa legata, hoc est, super re sua, ut Adversarii putant, sed super reliquis rebus hereditariis a testatore relictis, quæ tacite legatario oppigneratæ censentur ex beneficio Justiniani, ut patet ex *l. 1. §. rectius, C. commu. de leg.* ibi: *Et insuper uslem servianam, id est hypothecariam super iis, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare;* & rursus in fine: *Sed tantummodo earum, quæ a testatore ad eum pervenerunt*. Ex quibus verbis apparet, hypothecariam concedi in rebus aliis, quæ fuerunt defuncti, ut recte docet Accursius in *d. §. nostra autem, v. hypothecariam, de legat.* Itaque cum in argumento Adversariorum dicitur: Sed legatario datur hypothecaria, si intelligunt dari pro re legata, concedimus: si super re ipsa legata, negamus.

Quod ulterius probamus ex pluribus aliis. Nam Justinianus in eadem *l. 1. C. communia de legatis* constituit, ut hæc hypothecaria actio sit dividua, immo inter plures heredes ipso Jure divisa. Ita enim sunt verba legis: *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum & hypothecaria unamquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eam competit*. Faber in *C. lib. 6. tit. 2. l. def. 1. 7. & 8.* Ergo si proponamus, rem legatam ad unum ex heredibus pervenisse, non poterit legatarius actione hypothecaria rem legatam auferre contra unum; & consequenter in ipsa re legata non competit. Nam si competeret, totam rem legatam ab uno ex heredibus auferet, quia legatum in partes dividi nequit, *l. cum filius, §. variis, ff. de leg. 2.* cum tamen heres ille in tantum hypothecaria conveniatur, in quantum heres sit, hoc est, ut ait Justinianus, in quantum actio personalis in ipsum datur; ita ut si ad unum res legata pervenerit, non possit tota ipsi auferri, cum hypothecaria actio in ipsum non detur in solidum, sed pro ea parte, pro qua heres est.

Præterea, hypotheca tacita, quam Justinianus induxit pro legatis & fideicommissis, non habet locum in iis rebus, quæ alii sunt legatæ, & tantum est constituta in iis rebus, quæ ad heredem pervenerunt, *d. l. 1. C. communia de legat.* Sed res legata ad heredem non pervenit, quia recta transit in legatarium, ut diximus. Ergo hypothecaria hujusmodi non competit super re legata.

Pro.

Probant III. Quia si a tutore nummis pupilli, sed suo nomine, res emta sit, pupillus tamen habet dominium rei emtæ. Jure quodam speciali, & præterea pignus habet in eadem re: idem est in Curatore. Probant utrumque: primum ex *l. si tutor*, ff. *quando ex facto tutoris*, ubi si tutor vel curator ex pecunia ejus, cujus negotia administrant, prædia in suum nomen emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuerit, datur ad rem vindicandam. Quod quidem ex speciali Jure est, quia regulariter res emta non succedit in conditionem pecuniæ, ex qua res comparata est, & ideo res ex pecunia mea per alium emta, non fiet mea, *l. si ea*, C. *de reivind.* nec res ex nummis pigneratis emta, erit pignori obnoxia, *l. idemque*, ff. *qui potior in pignore*: nec quod ex re furtiva redigitur, furtivum erit, *l. qui vas*, in fine, ff. *de furtis*, Haber 5. *conject. 9.* Itaque pupillus & minor domini fiunt, & speciali Jure, rerum, quæ ex ipsorum nummis, sed alieno nomine comparatæ sunt, utpote qui vindicationem in rebus illis habent. Sed super rebus iisdem habent & pignus, seu hypothecam tacitam ex beneficio legis, ut in *l. idemque*, ff. *qui potiores in pign.* quod ex constitutione Imp. profectum esse dicit Ulpianus in *l. sed si pecunia*, in princ. ff. *de reb. eorum, qui sub tutela*, juncta *l. si tutor*, C. *de servo pignori dato*.

Hoc privilegium de acquirendo dominio rei, quæ suis nummis, sed alieno nomine emta sit, notant habere locum etiam in aliis personis, præter pupillum & minorem. Nam id ipsum est in milite, *l. si ut proponis*, C. *de rei vindicat.* ubi si pecunia militis quoddam quis suo nomine comparaverit, obtentu, seu privilegio militiæ utilis reivindicatio militi impertitur: immo mandati quoque seu negotiorum gestorum actio. Quæ mandati actio etiam pupillo & minori, præter utilem reivindicacionem, conceditur in *l. si curator*, C. *arbitrium tutela*, in illis verbis minori directis: *Elige utrum malis in emtione negotium tibi cum* (scilicet curatorem) *gessisse*. Quod notandum est, nam perperam DD. ea verba de reivindicacione capiunt, etiam Schifedegherus, cum palam loquantur de actione negotiorum gestorum. Habet & locum in muliere, quando maritus ex pecunia sibi ab uxore donata emerit rem aut mobilem, aut soli; nam si mulier revocet donationem, & res extet, mulier vindicabit utili in rem actione, *l. uxor marito*, ff. *de donationib. inter vir.* Extendunt etiam in Ecclesia, quæ Jure pupilli utitur, Gl. in *d. l. si ut proponis*, & *d. l. si tutor*.

Huic argumento respondetur Lex Schifedeghero *loc. cit. q. 3.* negando majorem propositionem, hoc est pupillum intelligi factum dominum rei, quam tutor ex ejus nummis, sed suo nomine comparavit; nam si intelligeretur ejus rei dominus factus, utique lex ei directam vindicationem concederet, quod tamen non facit, sed concedit tantummodo utilem, ut habetur ab Ulpiano in *cit. l. si tutor*, ff. *quando ex facto tutoris*: constat autem directam vindicationem nulli alteri dari, quam domino.

ut

utilem etiam aliis, *l. fin. C. de reivind. in rem, in princ. ff. cod. tit.* Conceditur vero pupillo utilis actio, quia non aliter posset pupillus indemnis servari, cum tutor solvendo non est, deficiente directa vindicatione. Quare si non est ipse pupillus verus dominus, proximum est, ut dicamus, verum dominum esse tutorem, qui suo nomine emit, juxta *reg. text. in l. si ea, C. de reivind.*

Sed huic responsioni videtur ob stare Paulus in *d. l. uxor marito, ff. de donationib. inter virum*, ubi uxori in rem a marito suo nomine, sed uxoris pecuniis emtam, duplex conceditur reivindicatio, utilis, & directa. Nam primo dicitur: *Vindicare directo potest*: additur: *Sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodari*. Ergo licet ab Ulpiano in *d. l. si tutor* concedatur pupillo utilis vindicatio, non tamen dicendum est, propterea eidem directam actionem negare, quæ ei omnino concedenda est: quia favorabilior est causa pupilli, quam mulieris, cum in *d. l. uxor marito* de dote non agatur, sed tantum de donatione. Sed hæc nihil obstant; nam respondeo Paulum in *citata lege* non concedere uxori, nisi utilem actionem reivindicationis, de qua in fine loquitur: nam cum de directa vindicatione antecederet meminit, id dicit, solum ut innuat casum, quo res extet, & consumpta non sit. Verba enim legis sunt: *Quod si res mulieris permanet, & vindicari directo potest*; & subdit eo casu mulieri utilem in rem actionem accommodari, ut facile consideranti patet.

Respondeo II. negando minorem argumenti propositionem, in qua Adversarii volunt, etiam minorem habere Jus pignoris in rem, quam testator ex pecunia ipsius minoris emit, cum hoc nullo Jure constitutum reperiatur. Non negaverim tamen, id verum esse in pupillo, qui ex privilegio Imperatoris Alexandri hoc habet, ut non solum a tutore vindicare rem ita emtam, ut diximus, utili in rem actione possit, sed præterea in ea Jus pignoris habet, *l. si tutor, C. de servo pignori dato*. Quod privilegium, cum nominatum indultum sit pupillo, utique ad minorem non est trahendum, ut recte Schifferdeggerus *loc. cit. qu. ult.* advertit. Verum esto, quod de minore etiam intelligi possit, non tamen inde fit, pignus in rem suam dari, quoniam jam ostendimus, minori, sicut nec pupillo, non acquiri rei emtæ ex sua pecunia dominium.

In re autem ex pecunia pupilli, vel minoris emta, sciendum est ex Cyno in *d. l. sicut proponis, C. de reivind.* & ex Fabro in *Jurisprudencia Papin. tit. 12. princ. 6. illat. 33.* hanc distinctionem adhiberi, ut aliud sit inter personam tutoris, aut curatoris, & personam extranei. Etenim quando tutor, vel curator ex pecunia pupilli, vel minoris, rem in nomen suum emerit, tum datur utilis ad rem vindicandam actio, aut etiam Jus pignoris, ut hætenus explicatum est. Secus autem est in extraneo, qui non sit tutor, aut curator, si ex pecunia pupilli vel minoris, rem suo nomine emerit. Hoc enim casu pupillus, vel minor utilem
ad

ad rem vindicandam non habet actionem; nam textus in *d.l. si tutor*, *ff. quando ex fide tutoris*, & in *l. si curator*, *C. arbitram tutela*, nominatim hanc utilem reivindicationem contra tutorem ipsum, vel curatorem impertiantur: quocirca eam non habebit minor & pupillus contra extraneum; quo casu lex eis tantummodo concedit Jus tacitæ hypothecæ in rem alieno nomine, sed sua ipsorum pecunia emtam, *l. idemque*, *ff. qui potiores in pign. l. sed si pecunia*, in *prin.* *ff. de reb. coram*, qui sub tutela, juncta *l. si tutor*, *C. de servo pignora data*.

Non est demum in hac controversia omittendum, perperam ab Adversariis dici dominium, quod sine traditione acquiritur, Jure singulari acquiri, veluti cum legatarius sit rei legatæ dominus ipsa Juris potestate. Nam illud dicitur fieri Jure speciali, quod est contra regulas Juris: at vero contra regulas Juris non est, ut dominium sine traditione acquiratur; quare nullum in hac re speciale Jus comminisci, aut considerare possumus. Nam inter modos communes, & ordinarios acquirendi rerum dominium est, quod fit per legem, ut constat ex Ulpiano in *fragm. tit. 19.* & in usucapione, adjudicatione, cessione in Jure, occupatione, specificatione, confusione, commitione, aditione hæreditatis nulla sit traditio, & tamen omnes hi modi ordinario Jure niuntur, non etiam speciali, ut patet ex *tit. de acq. rer. dom. Fab. 14. conject. 20.* & in *Juris prudentia Papin. tit. 12. princ. 5. illat. 3.*

De Hypotheca expressa.

D I S C U S S I O II.

HÆc hypotheca solo & nudo consensu contrahitur, seu per pactum conventum, ad instar contractuum, qui consensu perficiuntur; quare nec scripturam exigit, dummodo per testes probetur ita placuisse; sunt enim de his conventionibus scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit, quod tradit Cajus in *l. contrahitur*, *ff. hoc sit*. Estque hic unus ex casibus, in quibus dat actionem Prætor ex pacto, *l. si tibi*, *§. de pignore*, *ff. de pactis*: quod videtur introductum ad similitudinem constitutæ pecuniæ, quæ quia accedit ad aliam obligationem principalem, ideo ipsa pacto recte contrahitur, *l. 1. §. debitum*, *ff. de constituta pecunia*; constat autem hypothecam pariter principali obligationi accedere; quare non immerito Prætor in ipsa ex pacto actionem oriri voluit, ut notat Fab. in *Ration. ad d.l. contrahitur*.

Est præterea alia ratio; nam hypotheca maxime propter res immobiles inducta videtur, quæ quoniam non ita præsentis semper sunt, ut tradi possint, hinc fit eas vix aliter, quam nudo pacto posse obligari, maxime si, ut quotidie fit, bona omnia & præsentia & futura obligantur,

rentur, *l. & qua nondum, in princ. & §. 1. hoc tit.* Nec moveat, quod etiam olim non erat incognitus usus clausulæ constituti, qua debitor constituit se suas res, quas suo nomine possidet, alieno nomine possidere, ex quo debitor desinit possidere, & alium possessorem ministerio suo facit, *l. quod meo, ff. de acq. poss.* non tamen inde fit, non fuisse necessarium inducere, ut hypotheca nudo pacto contrahatur; nam clausula constituti non potest locum habere, nisi in rebus iis, quas actu debitor possidet; cum e diverso hypotheca extendatur etiam ad res futuras, quas nondum possidemus, *d. l. & qua nondum.*

Illud mirum est, ex hypotheca nudo pacto contracta non oriri Jus personale, sed reale ad rem ipsam persequendam; quod tamen ex necessaria ratione factum est; si enim hypotheca Jus reale non produceret, inanis esset, & nullius effectus, cum Jus personale insit ex contractu jam ante inito, cui demum hypotheca adjicitur. Cum ergo hypotheca non pariat personalem actionem, merito parit realem. Secus se res habet, cum agitur de dominio; nam per conventionem oritur personalis actio contra promittentem, qui propterea cogitur dominium per traditionem demum transferre, juxta *text. in l. traditionibus, C. de pactis*, ut recte observant ibidem Bald. Salyc. & Jason.

Maximam tamen dubitationem facit Ulpianus in *l. 1. ff. de pign. act.* ubi non modo hypothecam, sed pignus etiam contrahi nudo pacto, & sine traditione docet. Ita enim ait: *Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventionione, etsi traditum non est.* Quod est falsum, cum pignus sit inter eos contractus, qui re geruntur, hoc est nisi re tradita initum non censetur, *§. creditor quoque, tit. quibus modis re contrahitur obligatio.* Insuper hæc est distinctio inter hypothecam, & pignus; nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione, nuda conventionione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus, ut verba sunt Justiniani in *§. Serviana autem, de actionib.* Non ergo pignus aliter contrahi potest, quam traditione.

Neque dicas, ab Ulpiano pignus capi pro hypotheca. Nam etsi hoc fieri solum concedemus, tamen clare Ulpianus in *cit. l. de pignore* in re mobili, & quod pigno traditur, sermonem habet. Nam ita subdit: *Si igitur contractum sit pignus nuda conventionione, videmus si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus, & æs dederit, an obligavit aurum pignori?* Tum respondit: *Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem æs, quia in hoc non consenserunt.* Ex quibus verbis palam est, Ulpianum loqui de pignore proprie sumto, veluti cum obligatur aurum; & tamen vult id pignoris etiam sine traditione contrahi. Nos tamen dicimus, ex istis ipsis Ulpiani verbis solutionem difficultatis patere; nam hic sermo est de pignore, non quatenus contractum significat; cum enim concedimus esse realem: nec de ipsa re obligationi supposita, quæ

etiam

etiam pignus appellari solet, *l. 39. ff. de pign. act.* sed de eo pignore sermo est, quod ipsam obligationem significat, ob quam deinde res ipsa traditur; nam Ulpianus prius dicit esse contractum pignus nuda conventionione, non subdit aurum dari: ubi prius illud est obligatio, posterius istud est datio, seu realis contractus, qui initur ut fiat satis ipsi obligationi nudo pacto initæ; adeout, si quis ostendat aurum, quasi in satisfactionem pignoris, hoc est obligationis daturus, æsque deinde in dando subjiciat, non videtur se ab obligatione inita liberasse, immo turpiter fecisse videtur, ut extra ordinem stellationatus crimine plecti possit: at vero si quis jam aurum dedit, & eo dato æs subjiciat, furti tenetur, *l. 36. ff. cit. tit.* Errat itaque Salmasius *de modo usurarum, cap. 12. pag. 510.* cum putat, verba Ulpiani in *d. l. 1.* corrupta esse per Tribonianum in illis verbis, *Et æs dederit*; nam ait, ibi quæstionem non esse de pignoris datione, sed de sola conventionione. Verum facilis responsio est, si animadvertamus, hic loqui quidem de pignoris conventionione, sed ita, ut ex ista deinde detur actio ad pignus creditori tradendum; quæ omnia ex jam dictis manifesta sunt. Separandus erat contractus perfectus ab impleto. Perficitur pignus nuda conventionione: impletur per traditionem. Simile habet de venditione Fab. *dec. 22. err. 4. num. 4.* His ita positis, nonnullæ circa hanc expressam hypothecam quæstiones sunt discutiendæ.

**An pactum de retrovendendo pariat hypothecam,
sic ut re alienata, possit contra tertium
possessorem agi.**

D I S C U S S I O III.

NON una hic est Doctorum opinio. Primo Alex. *conf. 10. lib. 1.* ait, si emtor rem, quam venditori pretio restituto, revendere peritus est, in alium distrahat, tunc venditori non succurri, nisi per actionem personalem, qua contra distrahentem agatur ad id, quod interest: ceterum recte in tertium translatum esse dominium, neque tertium istum inquietari posse obtentu hypothecæ. Nam in eam rem venditor ex pacto retrovendi nullam acquisivit hypothecam. Quod Alexandri consilium aureum vocat Ferdinandus in *l. filiusfam. §. Divi, n. 172. ff. de leg. 1.* Curt. senior *conf. 12.* Anchar. junior *q. 13.* Fab. in *C. lib. 4. tit. 36. de pactis inter emt. & vendit. dc. 3.* & de error. *pragm. dec. 22. err. 10.* & *dec. 24. err. 1.*

Probatur I. a simili. Nam pactum de non alienanda re, quam donavi tibi, aut vendidi, aut alio titulo transtuli, non impedit, quin si eam alienes, in alterum dominium transferatur; nam nemo paciscendo effi-

ere potest, ne prædium alienetur, *l. nemo, ff. de pactis*: quod etiam probari volunt ex *l. ea lege, C. de condit. ob causam*, circa quam tamen magna est inter Gujacium, & Forcatulum. dissensio, ut Gothofredus. ibidem notat; communiter tamen receptum est, alienationem non obstante pacto factam sibi constare, & dominium intelligi translatum in eum, in quem facta est alienatio, Boer. *dec. 49. Gama dec. 356*. Hinc fit, quod post alienationem nulla ad rem a tertio recuperandam competat actio, sed solum agatur ad id, quod interest, *l. si ita quis promiserit, §. ea lege, ff. de verb. obl.* quod locum pariter habet in fideicommissio per contractum constituto cum alienandi prohibitione; nam alienatione facta, fideicommissario non actio in rem, sed solum contra alienantem ad id quod interest, concedetur, Rota. *dec. 284. num. 39. par. 6. in noviss.* Surd. *consil. 331. num. 33. & 36*. Ex quibus omnibus patet, pactum de non alienando non inducere hypothecam in favorem ejus, in cujus gratiam pactum initum est. Ergo a pari, immo multò fortius, non inducet hypothecam pactum de retrovendendo, quod solum tacite videtur comprehendere, ne res in alterum distrahatur ..

Ubi & illud notandum est, quod aliquando pactum de non alienando impedit dominii translationem, hoc est, quando præter ipsum pactum, adjecta est specialis hypotheca pro ipso pacificante; tunc enim ob Jus in rem ipsam quæsitum, impeditur dominii translatio, ut observat Angelus in *d. l. ea lege*, & probat ex Martino in *l. si creditor, §. fin. ff. de distract. pign.* cujus verba sunt: *Queritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid Juris sit, & an pactio nulla sit talis, quasi contra Jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*. Ex quibus apparet etiam quod supra dictum est, pactum solum de non alienando non prohibere alienationem, nisi hypotheca addatur, cum ex se pactum illud hypothecam non inducat, & consentit Covar. 2. *var. 15*. Quare id ipsum erit in pacto de retrovendendo, ut scilicet pactum hoc hypothecam non comprehendat, sed opus sit eam omnino addere, ut in alium distractio impediatur.

Probatur II. ex eo, quod qui emit sub pacto de retrovendendo, non cogitur retrovendere, si possit, nec velit, sed ob non impletam a se contractus legem tenetur tantum ad id, quod interest venditoris. Ergo solum ad id quod interest agere poterit etiam in eo casu, quo res revendi sibi non potest. Quod ut plene intelligi queat, altius repetendum est. Cum quis obligatus est, ut vendat, vel ut retrovendat (hæc enim idem sunt, cum retrovenditio aliud non sit, quam secunda venditio) nondum perfecta venditio est, at ne quidem inchoata; nam venditio tunc dicitur perfici, cum consensus præsens est, hoc est, cadit super rem, quæ fiat, non super rem, quæ facienda sit, ut accidit in promissione de vendendo. Unde multum distat, an quis vendiderit, an pactus dum-

dumtaxat sit de vendendo, quod fatetur Bartolus, quem communiter sequuntur in *l. ult. ff. de condit. quæsa data*. Cum ergo quis obligatus est ut vendat, vel retrovendat, quia nondum perfecta venditio est, imo potius nec inchoata, ideo eam implere promissor non cogitur, sed præstando id quod interest, liberatur, ut disputat Fab. *dec. 22. err. 4.*

Adde quod venditio est facti, *l. consilio, §. ult. ff. de curat. furios.* Nemo autem præcise cogi potest ad factum, quia id non potest fieri sine vi & impressione, quam semper exorsam lex habet. Unde illud Jure civili comparatum est, ut in omnibus faciendi obligationibus, si non fiat id, quod promissum est, in locum facti succedat obligatio ejus, quod interest, *l. si quis ab alio, §. ult. ff. de re judic.* Quare si qui vendere promisit, rem deinde vendere nolit, ad præcise vendendum cogi non potest.

Quod si dicas, qui vendidit rem, quam tradere possit, obligatus est ut præcise tradat, nec liberatur, si quanti emtoris interest præstare malit, adeo ut si per contumaciam nolit unquam tradere, licet per meram coactionem cogi ad tradendum non possit (nam ipsa traditio facti est) tamen præter id quod interest, dolus ejus æstimari debet, non quidem per jusjurandum in litem, sed officio Judicis, *l. si traditio, C. de actionibus emti*, juncta *l. si cum fundum, §. 1. ff. de contr. emt.* Fab. 6. *conject. 17.* Ergo idem in pacto de vendendo, seu retrovendendo. Sed respondemus negando paritatem; nam in venditione bona fides non patitur, ut contractui jam perfecto in potestate sit alterutrius contrahentium non implere contractum, quem implere commodè possit; ubi separamus contractum perfectum ab impleto. Perficitur emtio solo consensu: sed non impletur, nisi secuta traditione; per quam non solum possessio, sed etiam dominium rei venditæ, si quod penes venditorem fuit, aut nunc est, in emtorem transferetur, *l. si quis alienam, ff. de actionibus emti*. Hoc autem non habet locum in pacto de vendendo, ubi, ut diximus, venditio adhuc perfecta non est: & in pacto de vendendo bona fides non consideratur, cum non sit contractus, sed pactum: quod si huic pacto accedat stipulatio, nec etiam bona fides locum habebit, cum stipulatio sit contractus stricti Juris, non bonæ fidei.

Quod si iterum dicas, durum videri, adeoque iniquum, venditorem, qui non nisi hac lege rem suam venditurus fuerit, privati commodi suæ conventionis, & pro re sua pecuniam recipere compelli, *l. non enim, ff. rerum amot.* nam certum est pactiones valere, quas quis adhibet in rei suæ alienatione, *l. ult. C. de rer. permitt.* præsertim quia credere oportet, venditorem non aliter fuisse alienaturum, *l. ei fundo, ff. de servit. l. venditor, ff. communia prædiorum*. Respondetur tamen concedendo utilem esse pactionem, ut ex ea agi possit nulla etiam interveniente stipulatione, cum scilicet pactum in ipso contractu, & venditione appositum est, quo casu non censetur nudum, sed venditionis jam contractæ coherentia vestitum, ut propterea pactum ipsius contractus

pars quædam existimetur, quare non potest non esse efficax ad agendum; verum enim vero non inde statim consequitur, ut qui promisit se retrovenditurum, retrovendere præcise compellatur, ut nec compellitur, si per stipulationem ita convenerit: nam pacti utilitas illa sufficit, ut ex eo competat actio præscriptis verbis, aut ex contractu ipso ad id, quod interest, quæ alioqui ex pacto nudo competere nulla posset.

Itaque, ut concludamus, sicut quoties revendi potest, sed revendere emtor nolit, non datur actio ulla in rem ipsam, adeoque nec hypothecaria, sed solum personalis contra ipsum emtorem ad id, quod interest: ita pariter non competet hypothecaria, cum res ipsa ab emtore in alterum est distracta, nec reddi potest, etiamsi velit. Illud notandum, in hac personali actione ad id, quod interest, haberi etiam rationem fructuum, qui post moram percepti sint, *arg. text. in l. 2. C. de pactis inter emtor. juncta l. 1. ff. de act. emti, & l. si traditio, C. ad.*

Probatur III. quia si eadem res pluribus separatim, & quod est consequens, diversis temporibus vendita sit, non præfertur prior emtor, cum res posteriori prius tradita proponitur, sed hic posterior omnino rem retinebit, *l. 15. C. de reivind.* adeout prior emtor non habeat ullam actionem sive realem, sive personalem, contra secundum emtorem, sed solum actionem personalem contra venditorem ipsum, ut coerceatur poena falsi, *l. 21. ff. ad l. Cornel. de falsis*. Ergo multo magis in nostro casu, is qui vendidit sub pacto de retrovendendo, non habebit actionem hypothecariam super re in alterum distracta, eique tradita, sed solum actionem personalem in distrahentem. Dixi multo magis, quia hic res eadem non est duobus vendita, sed solum priori promissa retrovenditio est, sed posteriori actu vendita, immo tradita.

Hæc sententia vera est, etsi alii in contrarium nitantur, alii varie distinguant: de quibus jam est videndum. Itaque nonnulli contendunt, ex pacto de retrovendendo nasci hypothecam contra tertium possessorem, ut primus omnium docuit Paulus Castrensis in *l. si cum venderet, ff. de pign. act.* quem sequuntur Bald. *cons. 201. n. 2. lib. 4.* Jas. *cons. 128. lib. 4.* Capyc. *dec. 182. n. 7.* latissime Fontanella *dec. 79.* & alii apud Merlinum *lib. 2. tit. 2. q. 98.* ubi n. 19. de æquitate hanc opinionem prævalere post alios testatur.

Moventur I. ex Ulpian *l. si cum venderet, ff. de pign. act.* ubi sermo est de pacto interposito a creditore pignus distrahente, ut debitori quantumcunque pretium offerenti emtor id restituere teneatur: & concluditur, dandam ipsi debitori actionem non solum pigneratitiam adversus creditorem, ut cedat eam actionem, quam ex pacto sibi quæsitum contra emtorem, sed habere etiam ex pacto ipso adversus emtorem in factum actionem, imo etiam utilem reivindicationem. Ergo id ipsum dicendum est de eo casu, quo quis vendidit sub pacto de retrovendendo eam rem, quam postmodum emtor in alium alienaverit; sive ante, sive post oblatum a priore venditore pretium, posterior alienatio facta sit; hoc est,

ut

ut venditor ex eo pacto acquirat in rem non modo actionem hypothecariam, sed etiam utilem reivindicationem. Ex quibus ita positis concludit **Castrensis**, pacti de retrovendendo eam vim & potestatem esse, ut utile dominium transferat in ipsum venditorem, in cuius gratiam pactum est appositum, utpote cui inde utilis reivindicatio quaeratur. Docet ult. rursus, pactum istud in eo differre a lege commissoria, & a pacto additionis in diem, quod ex pactis illis non utile dumtaxat, sed etiam directum dominium ipso Jure, & citra ullam traditionem transferatur, quia tendunt ad contractum resolvendum, ex quo directum illud dominium fuerat translatum.

Ergo sicut re non alienata per emptorem, venditor in eam obtinebat utilem reivindicationem, ob utile dominium, quod ex pacto retrovendendi acquiserat; ita idipsum est contra tertium possessorem, quoties res distracta, & alienata proponitur: propterea quod non potest alienatio fieri, nisi cum sua causa: & apud Nostros dicitur, quod resolutio Jure datoris, resolvi etiam necesse sit jus acceptoris, *l. lex vectigali fundo, ff. de pignor. l. debitor, §. ult. ff. de pign. act.*

Verum hæc nihil urgent. Negamus enim paritatem; nam conventio illa, quæ inter creditorem pignus Jure suo distrahentem, & pignoris emptorem facta proponitur in *d. l. si cum venderet, ff. de pign. act.* ut scilicet liceat debitori quandocunque pretium offerenti, rem recipere; hæc, inquam, conventio non tam personam emptoris afficere videtur, quam rem ipsam alienatam. Solester enim attendenda sunt verba Ulpiani, quibus hujusmodi pactum initum proponit, & hæc sunt: *Si solveret debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam*. Utique verba illa, *Recipere rem suam*, nullo modo possunt innuere actionem personalem, sed solum actionem, quæ detur in rem. Propterea recte Ulp. concludit, debitorem, oblato pretio, posse ex vi pacti vindicare rem, utpote quæ sua, hoc est debitoris in pacto fuit appellata; præsertim, cum illud, sua, referatur non ad tempus venditionis a creditore factæ, sed ad tempus redemptionis, quæ a debitore facienda erit. Quocirca conventio ita concepta eam hic vim habet, ut pignus, quod venditum fuit, oblato postea per debitorem pretio, pro non vendito habeatur, ut accidit in lege commissoria, in pacto additionis in diem, & etiam in specie *l. si a te, C. de pactis inter emptorem*. Porro nihil ex his est in casu nostræ quæstionis, ubi omnia diversa sunt; nam cum inter emptorem & venditorem convenit, ut eandem rem venditori quandocunque, aut intra certa tempora pretium restituenti, retrovendere emptor cogatur, hæc verborum formula non dirigitur directo ad ipsam rem, nec eam ita afficit, ut pro inempta haberi debeat; id enim tantum agitur hujusmodi pacto ita concepto, ut emptoris persona obligetur ad retrovendendum. Propterea nulla venditori dari potest reivindicatio ad venditionem rescindendam, sed ea subsistet, nec resolvetur.

Hic

His ita explicatis, apparet decipi omnino Fabr. *dec. 22. err. 9.* cum putat textum Ulpiani in *d. l. si cum venderet*, esse turpiter sedatum & corruptum a Triboniano, a quo scilicet putat adjectam de suo fuisse integram hanc clausulam: *Sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere.* Ait ergo Faber, hanc decisionem a certissimis & notissimis juris regulis abhorrere; nam quod ad vindicationem pertinet, hæc nullo modo debitori in hoc casu dari potest, quia creditore pignus utiliter distrahente, hoc est servatis solemnibus, & nihil sit, quod prohibeat, aut vitiet distractionem, statim dominium pignoris transit in emtorem, licet creditor, qui alienavit, non fuerit dominus, §. 1. *Institutionib. quib. alienare licet, l. quia creditore, C. de pignor.* Ergo non potest debitor contra emtorem habere actionem realem; nam absurdum est, ut vindicatio ulla sive directa, sive utilis, adversus dominum detur, contra quem nec Publiciana datur, nisi certis casibus, *l. pen. ff. de Publ. in rem act.* Nec movetur Faber, quod conventio addita sit, nimirum ut debitori oblato pretio liceat pignus recipere; nam ait, hanc pacificationem non posse nisi actionem personalem producere.

Sed jam ex dictis patet quid Fabro respondendum sit, qui dum Triboniani errores deprehendere conatur, ipse errat, & mentem Ulpiani non assequitur: quandoquidem pactum in *d. l. si cum venderet*, eo tendit, ut pignus pro memto habeatur ipso jure, cum debitor pretium obtulerit: nam dictum fuit, *Ut liceret ei recipere rem suam*: ubi illud, *recipere rem*, & illud, *suam*, aperte innuunt, paciscentes egisse de actione reali, seu vindicatione, quæ quidem post pignoris distractionem per creditorem factam a debitore acquiri non potest, nisi pignus dicatur inemptum.

II. Moventur Adversarii ad asserendum, ex pacto de retrovendendo induci hypothecam, ex responso Papini in *l. creditor, §. post divisionem, ff. qui potior in pignor.* unde colligere nituntur, pactum de retrovendendo eam vim habere, ut pignoris conventionem, & obligationem per æquipollentia verba inducat.

Quod omnino falsum est, ut recte observat Fab. *dec. 24. er. 1.* nam pactum de vendendo, de quo Pap. eo loco tractat, non illud est, quo quis promittat se alteri venditurum, sed quo quis alteri permittat, ut ipsius promittentis rem distrahat; nam species ita habet, quis cum fratre suo in judicio familiæ eriscundæ ita pactus est, ut nisi frater pignus contractum liberasset, liceret alteri fratri partem rerum, quæ priori ex divisione pervenerant, alienare. Itaque hic de alio non convenitur, nisi ut quis permissu domini, rem alienam vendere possit, quæ permissio multum distat a promissione vendendi; nam promissio personam promittentis obligat, permissio vero non tam personam afficit, quam rem ipsam, cujus distrahendæ Jus creditor nanciscitur. Quod probatur ex eo, quia
ali-

aliter creditor rem alienam distrahere non potest, nisi antecedenter pignus contractum intelligeretur: non enim nomen solum, aut Jus creditoris in eam rem satis esset, ut ex eo constat, quod tum etiam cum debitor jam condemnatus est, non prius a creditore ejus bona in iudicati executionem distrahi possunt, quam in iis jus pignoris in beneficium creditoris statutum sit per primum decretum, sive per capionem iudiciali auctoritate factam, *l. a D. Pio., ff. de re judic.*

III. Moventur ex *l. creditores, C. de pignor.* Quæ nihil ad rem facit; nam ibi agitur solum de pacto, quo convenit, ut creditor ingredi possit propria auctoritate possessionem bonorum debitoris; quod nihil commune, aut simile habet cum pacto de retrovendendo: nam hoc in personam, illud in rem videtur conceptum: nec proinde mirum videri debet, ex illo pacto induci hypothecam, non etiam ex isto. Nam utique creditori non licebit ingredi possessionem bonorum debitoris, nisi prius ea bona habeat obligata.

Supereft nunc, ut examinemus opinionem eorum, qui distinguunt. Ajunt enim videndum esse, utrum secunda venditio facta sit ante moram a primo emtore in retrovendendo admissam, an post moram. Dicitur mora ab emtore commissa, si venditor jam obtulit ei pretium, insistendo ut retrovendat: iste autem non modo non retrovendit, sed rem in alterum distrahit: quo casu docent, primo venditori competere actionem contra secundum emtorem. At si antequam primus venditor pretium offerat, hoc est ante moram, emtor rem distraxerit, volunt tunc nullam actionem contra secundum emtorem dari. Atque eo modo hæc discordantes opiniones conciliant, præcipue ut Castrensis sententiam tueantur, quæ rei vindicationem contra tertium possessorem concedit.

Hæc distinctio parvi facienda, & rejicitur a Fabro *dec. 22. err. 10. num. 5*; nam sive ante moram, sive post moram, facta secunda venditio sit, semper verum est, translatum esse dominium a primo venditore in primum emtorem, rursusque a primo emtore in secundum: nec a secundo emtore ad primum venditorem unquam rediisse: nec proinde ei, qui dominus non sit, competere posse vindicationem. E contrario semper verum est, ex pacto de retrovendendo, nasci tantummodo actionem personalem, quæ ejus naturæ est, ut non competat, nisi contra eum, cum quo contractus, seu pactum initum est; nec unquam datur contra tertium rei possessorem, ut notissimæ juris regulæ statuunt; nimirum ut actio personalis nunquam sequatur singularem successorem, *l. ult. ff. de contr. emt. l. 1. §. si beres, ff. ad Trebell.* mora enim unius efficere non potest, ut contractus a persona ejus, cum quo initus est, in personam alterius transferatur. Ergo neque illud faciet, ut personalis obligatio, quæ primum emtorem obstrinxit, extendatur ad obstringendum eodem vinculo secundum emtorem.

Nec sane mora secundi venditoris nocere potest secundo emtori, ut

patet ex eo, quod supra innuimus, scilicet, quod licet venditor illē eandem rem retrovendidisset primo venditori, necdum tamen tradidisset, potior tamen in causa dominii haberetur secundus emtor, cui res tradita sit, ex reg. in *l. quoties*, *C. de reivindic.* Nemo enim dixerit, plus juris habere debere primum venditorem ob moram a primo emtore in retrovendendo commissam, quam si retrovenditio ipsa facta esset.

Ita pariter rejicienda est distinctio illa, quam nonnulli proferunt, an secundus emtor pactum illud de retrovendendo cum primo emtore initum sciverit, an potius ignoraverit. Nihil enim commune habet illius scientia cum Jure dominii, aut actionis personalis, aut hypothecæ; & semper verum erit, dominium esse translatum in secundum istum emtorem, & pactum esse personale, cum solo primo emtore initum. Quare advertendum est, scientiam, adeoque malam fidem, & dolum, non afficere rem, sed personam dumtaxat, & quidem ejus solius, qui dolo malo quid admisit, non etiam illius, qui a doloso comparavit, quam in rem est textus apertissimus in *l. dolus*, *C. de rescind. vendit.* vide Fabr. *dec. 7. err. 3.*

Tandem in quantum ad praxim, pro evitandis his omnibus controversiis, illud observari solet, ut in venditione cum pacto retrovendendi addatur expressa bonorum obligatio & hypotheca; tunc enim putant communiter ex ea agi posse a venditore adversus tertium bonorum possessorem, Magon. *dec. 80. num. 30.* Borgninus *dec. 16. num. 10.* Cyriac. *contr. 308. num. 61. cum seq.*

Utrum bona fideicommisso subjecta possint hypothecari.

D I S C U S S I O IV.

Duo omnino sunt casus, qui in hac controversia generaliter distinguuntur. Prior est, si ab eo, qui onus fideicommissi injunxit, non est expresse addita alienandi prohibitio, ita ut hæc prohibitio tacite tantum insit ex onere restituendi heredi injuncto in favorem fideicommissarii: quod quidem onus inducit legalem alienandi prohibitionem. Ita erit si testator simpliciter dicat, Heredis mei fidei committo, ut bona mea restituat Cajo. Alter casus est, quando præter hanc tacitam legis prohibitionem, adest expressa testatoris prohibitio, qui bona fideicommisso subjecta alienari vetet. Ex hac casuum distinctione varie respondendum est; sed præ omnibus advertendum est, quæstionem non esse de fideicommisso puro, quod statim restitui debeat, in quod hypothecam nullam contrahi posse certum est: sed esse de fideicommisso, quod ex adventu diei, vel conditionis pendeat, veluti si dictum sit, Rogo ut

re.

restituatur post mortem suam, vel si navis venerit; tunc enim pendente die, aut conditione, inquiritur, an liceat gravato hypothecam in iis bonis contrahere, quæ tamen duret ad id solum tempus, quo dies advenerit, vel conditio purificetur, & non ultra, ex regula, Quod resolutio Jure datoris, resolvitur Jus acceptatoris, *l. lex vestigali, ff. hoc tit.* Sit ergo.

Conclusio I. Quando adest tantum fideicommissum sine ulla expressa alienandi prohibitione, licitum est pendente die, aut conditione, res fideicommissio subjectas pignori, vel hypothecæ dare. Ita Socinus junior *conf. 198. num. 5. lib. 1. Fufar. de substit. qu. 693. num. 18. & q. 703. num. 1. Peregr. de fideicom. art. 40. num. 112. Negul. hoc tit. par. 2. membro 2. num. 31.*

Probatur I. ex *d. l. lex vestigali*, ubi sermo est de fundo vestigali alteri concessio sub ea lege, ut si post certum tempus vestigal solum non esset, is fundus ad dominum rediret; & tamen Scavola ait, fundum hunc pignori dari posse, sic ut pignus consistat, donec fundus ob non solum vestigal ad dominum redeat. Facit etiam textus in *l. si is cui, §. beres, ff. quemadmodum serv. amitt.* ubi si heres fundo sub conditione legato imponat servitutem, servitus tenet, & non extinguitur, nisi legati conditio existat; idque ex regula, quæ ait, Plerumque fit, ut etiam ea, quæ a nobis possunt abire, perinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possint, *l. plerumque, ff. de reg. juris.*

Probatur II. quia res fideicommissio subjectæ possunt vendi & donari, antequam fideicommissum existat: ergo multo magis poterunt hypothecari. Probatur antecedens ex *l. servo legato, §. 1. ff. de leg. 1. ex l. fin. §. fin. ff. de leg. 2. & ex l. generaliter, §. si cum legato, ff. de fid. libertatib.* ibi: *Si sub conditione sit ei libertas relicta, & pendente conditione alienatus sit, attamen eum sua causa alienetur;* hoc est alienatio valet, ita tamen ut conditione existente, servus libertatem consequatur. Unde communiter docent, hanc alienationem pendente conditione non posse interim per substitutum revocari. Immo & censum valide super bonis fideicommissio subjectis constitui, probat Cencius *de censib. par. 1. c. 2. q. 1. art. 6. num. 1.* Duardus in *cod. tract. tit. de re censui subjugata, §. 1. q. 7. num. 54.* Ita posse in solum dari creditori, tradit Fufar. *qu. 696.*

Probatur III. ratione, quia pendente conditione nullum Jus fideicommissario videtur quæsitum, cum conditio nihil ponat in esse, idem est si dies pendeat. Unde quatenus sit nulla obligatio & alienatio, nullitas non oritur, seu resultat ex nunc, hoc est ex tempore factæ distractionis & pignoris, sed ex tunc, nimirum ex tempore adventus conditionis vel diei: quare interim actus habet implicitum statum validitatis ex textu in *d. l. lex vestigali.*

Objicies ex *textu in autb. res quæ, C. commun. de leg. ex quo res,*
D
quæ

quæ subjacent restitutioni, prohibentur alienari, vel obligari, ex §. *quamobrem*, *ad b. de restit. & ea quæ parit*. Ex quo textu permotus Angelus *ibid. in princ. num. 2.* generatim tradidit, bona fideicommissio subjecta non posse neque etiam conditione pendente hypothecæ, vel pignori dari, quem sequutus est Alex. in *l. si constante*, *n. 28. ff. sol. matr.* & alii, qui docent, per illum textum corrigi reliqua omnia Jura, quæ in contrarium adducuntur. Confirmant id ipsum ex *l. fin. §. si autem, C. commun. de leg.* in illis verbis: *Melius quidem faciet, si & in his casibus caveat ab omni venditione, aut hypotheca*.

Pro responsione sciendum est, in *d. §. quamobrem* nullum legi expressum verbum, quo prohibeatur alienatio vel obligatio eorum bonorum, quæ restitutioni, seu fideicommissio subjecta sint; tantum ex mente legis id collegisse Innerium, cum hanc prohibitionem expressit in *d. auth. res quæ*. Collectionis ratio est, quia Justinianus impertitur alienationem aut obligationem, cum agitur de dote, & de donatione propter nuptias; quia ergo exceptio firmat regulam in contrarium, & inclusio unius est exclusio alterius, ideo his duobus casibus exceptis, in reliquis omnibus vetita hypotheca, & distractio intelligetur. Quæ quidem verissima sunt, sed nihil contra nos; quia ex his responsio ad argumentum patet; nam cujus generis est exceptio, ejusdem est regula; quapropter cum Justinianus ibi sermonem habeat de alienatione, vel hypotheca irrevocabili, ut est ea, quæ fit ex causa dotis, vel donationis propter nuptias restituendæ, & (ut Doctores addunt) etiam constitutendæ: propterea prohibitio cadet etiam in distractione, & pignoratione irrevocabili, quæ nimirum per casum restitutionis non revocatur. Quod nos quidem ultra concedimus: cum enim dicimus pendente fideicommissio posse bona oppignerari & distrahi, id ita capimus, ut hæc omnia in fideicommissi restitutione evanescant, ut jam notavimus ex *d. l. hæc vestigali ff. hoc tit.* cum aliis supra citatis. Ita Merlinus *lib. 1. tit. 3. q. 6. num. 4.*

Quod vero spectat ad *text. in d. l. fin. §. si autem*, respondemus verba ita esse concepta, ut consilium tantum innuant, veluti dicendo, *Melius quidem faciet, &c.* quod utique non necessitatem legis, sed consilii arbitrium demonstrant; eo præsertim, quia Justinianus in *ead. lege* hæc subdit: *Sciat quod conditione impleta ab initio causa ad irritum revocetur*: quæ verba satis docent, interim pendente fideicommissi conditione aut dic, hypothecam & distractionem sustineri, cum dicatur ad irritum revocari tunc, cum restitutio facienda est.

II. Conclusio, si præter fideicommissum, adsit expressa alienandi prohibitio, tunc non solum alienatio prohibita dicitur, sed etiam hypotheca, ut plene ex communi opinione, Fusar. *qu. 554.* Alciat. in *l. alienationis, in princ. ff. de verb. signif.* Redoanus *de reb. Ecclesiæ non alien. q. 1.* Peregr. *de fideic. art. 40. num. 18.* Ratio conclusionis aperta est,

est, quia etsi olim stricta fuerit alienationis appellatio, tamen hodie ex *l. sancimus, C. de reb. alienis non alienandis*, statutum est, porrigi non solum ad translationem, seu desitionem dominii, sed etiam ad usufructus dationem, hypothecam, pignoris nexum, servitutis impositionem, & emphyteusis contractum; idque sive alienationis nomen prolatum proponatur a lege, sive a testatore, sive pacto contrahentium, ut latius deduximus ad *l. 1. C. de bonis maternis, par. 3.* Unde ajunt, prohibita alienatione, intelligi prohibitum omnem actum, per quem ad ipsam perveniri possit, etiam mediate, DD. in *l. filiusfam. §. divi, ff. de leg. 1.* & in *d. l. sancimus*. Propterea neque etiam fideicommissi die, aut conditione pendente, hypotheca valebit; quia statim initio ipso jure est nulla, ut recte notat Seraphinus *dec. 757. num. 3. & seq.*

Verum perplurima sunt, quæ hic DD. cumulant pro restrictione hujus conclusionis, quæ breviter examinanda sunt. Quæritur ergo, an bona prohibita alienari veniant sub generali hypotheca.

I. Sunt qui generaliter affirmant venire, ex *cap. nulli, de reb. Ecclesie non alien.* ubi alienationis nomine continetur specialis hypotheca, ut propterea videtur innui generalem hypothecam sub eodem nomine non comprehendi, neque prohiberi; maxime quia in generali hypotheca minus præjudicium infertur domino, quam in speciali, ut patet ex eo, quod qui speciatim servum hypothecæ supponit, nequit deinde servum de manu mittere: quæ tamen manumissio non denegatur ei, qui generalem hypothecam contraxit, *l. si quis obligatus, ff. qui sine manu. ad libertatem, l. 3. C. de servo pignori dato*, & notat Glos. in *cap. quamquam, dist. 23.* Ita post alios Covar. 2. var. 16. Redoanus *de reb. Eccles. q. 2. cap. 6.* Molina *de contract. disp. 466. num. 2.* & communiter Can. in *d. cap. nulli.*

II. Alii distinguunt inter prohibitionem alienationis sub pœna, veluti si substitutus, seu fideicommissarius statim alienatione facta vocaretur, & inter prohibitionem citra pœnam; itaut velint hoc casu bona in generalem hypothecam venire ex rationibus jam adductis; secus vero in illo primo casu: quod probant tum ex mente testatoris, qui pœnam addendo videtur strictissime ligare gravatum heredem, ne ullo pacto alienet: tum etiam ex mente alienantis, qui in dubio, hoc est universaliter loquendo, non est censendus se ad pœnam obligare voluisse; itaut non videatur generaliter hypothecare, quæ specialiter non hypothecasset. veluti non comprehenduntur in generali mandato ea, quæ quis in specie non concessisset, *l. 1. ff. de muner. & honor. luxorem, §. felicissime, ff. de leg. 3.* Quæ distinctio est ex mente Bart. in *l. codicillis, §. instituto, n. 3. ff. de leg. 2.* qui ait, sub generali hypotheca non comprehendi bona prohibita alienari, ne pœna contrahatur; quare videtur sentire, ea bona comprehendi, quoties nulla pœna apposita est. Sequitur Gabriel *tit. de reg. jur. concl. 12. n. 38.* Peregr. *conf. 50. lib. 4.* Cyriac. *latissime contr. 222. num. 56. cum seq.* Merlinus *loc. cit. quæst. 7. num. 14.*

Id tamen restringunt, cum qui generali hypothecæ sua bona subjecit, non habet, nisi ea, quæ alienari prohibita sunt; tunc enim ne verba sint inania, censeretur illa ipsa obligasse, & pœna committeretur, ut præter Gabr. & Peregr. supracitados, docet Petrasianæ *§ug.35.* et si *Theaur. decis. 193. num.3.* æquitate motus, ne hæc pœna committatur, dicat generalem hypothecam hoc casu cadere non super bona ipsa alienari prohibita, sed super fructus, & super bona, quæ quis deinceps acquisiturus sit, ut etiam decidit Rota *decis.489. num.7. par.4.in noviss.*

III. Alii generatim ajunt, bona alienari prohibita, sive pœna adjecta sit, sive non, non posse ullo modo obligari, neque etiam si generalis hypotheca sit, ut docet post alios Steph. Quaranta in *summa bullarum. v. alienatio*. Quæ sententia verior est, & non obscure colligitur tum ex *d.l. sancimus. C. de reb. alienis*, tum etiam ex *Extr. ambitiose*, in quibus generatim nulla facta distinctione, sub nomine alienationis, sive a Jure, sive ab homine prolato, semper comprehenditur hypotheca: & ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus. Idipsum affirmat ratio ex definitione alienationis desumpta, quæ est, ut sit dominii, vel Juris translatio, aut desitio, ut latius a nobis dictum est in *d.l.1. C. de bonis maternis*: sed hujusmodi est hypotheca quæcunque, etiam generalis; quare sub prohibitione alienationis continebitur.

Neque in contrarium opposita refragantur; nam conjectura desumpta ex *cap. nulli, de reb. Eccles.* excluditur, & elevatur per alias Juris constitutiones, in quibus, ut diximus, sine ulla distinctione hypotheca quæcunque prohibetur, ut prohibetur quæcunque alia Juris impositio & onus. Quod vero ajunt de servo, generali hypothecæ subiecto, & valde manumisso, respondetur hic duo esse considerata: primo id introductum esse favore libertatis, ob quam multa in Jure nostro specialia permittuntur; quare non idem esset, si debitor servum illum vendat: secundo id intelligi, quoties in fraudem creditoris manumissio non cedat, quod est, si debitor etiam manumisso servo reperiat solvendo, & adsint alia bona, super quibus creditoribus fieri possit satis, ut patet ex *l.1. C. cod. tit. de servo pignori dato*. Illud tamen concedimus, per hypothecam generalem permitti venditionem, quæ tamen tendat ad augendum patrimonium per commercium, non etiam eam, quæ diminuat: nam qui generaliter omnia bona obligavit, potest vendere fructus & pecudes, ne impediatur rem suam agere, Myns. in *§. item Serviana, Institutionibus de act.* per text. in *l. qui tabernas, ff. hoc tit.* Afflict. *dec.6.* Merlin. *lib.1. qu.45. & lib.2. q.46.*

Ex quibus rejicitur Leorum opinio, qui distinguunt inter hypothecam odiosam, & favorabilem. Odiosam vocant eam, quæ fiat in pœnam & in odium certæ personæ, quo casu sub nomine alienationis hypothecam nolunt comprehendere: quare licet accusatus de crimine capitali, ex quo bona sint confiscanda, nequeat alienare, tamen oppignerare & specialiter

cialiter sua bona poterit. Favorabilem e diverso appellant, quæ privi-
legio in alterius favorem tendat, veluti substituti, aut fideicommissarii,
creditoris, & similium: tunc hypothecam non posse contrahi docent.
Unde in *l. si pupillorum*, §. *si pater*, ff. *de reb. eorum*, prohibitio alienan-
di comprehendit etiam hypothecam, ut post Gl. tradit Cyn. Bald. & alii
in *d. l. fidei commissus*, C. *de reb. alien.* Alex. *conf. 29. num. 5. l. 2.* Ant. Fanen-
sis *de pignor. par. 2. memb. 3. num. 69.* Tiraqu. *1. de retract. §. 1. gl. 18.* ubi
tamen alios refert, qui hanc distinctionem impugnant, docentes sem-
per hypothecam prohibitam censer, quia semper verbum alienationis
generale est, & ad omnes hypothecas se extendit, uti diximus. Vide
Alciat. in *l. alienationis*, ff. *de verb. signif.* & Quaranta *loc. cit.*

Rejicitur II. sententia eorum, qui distinguunt inter prohibitionem
alienationis in contractu factam, & inter factam in ultimis voluntati-
bus, ut in istis alienationis nomen etiam hypothecam comprehendat,
in illis non item. Pro qua tamen re clarius percipienda, sit.

Utrum alienationis nomen in contractu appositum & hypothecam comprehendat.

D I S C U S S I O V.

QUoniam hæc quæstio maxime pro emphyteusi proponitur, pro-
pterea sciendum est, in Jure nostro emphyteutæ non omnem pro-
hiberi alienationem, sed tantum venditionem domino irrequisito, ut in
l. eum dabitabatur, C. *de Jure emphyteutico*: ideo fundum concedentes, ut
sibi plenius caveant, solere in emphyteusis contractus expresse apponere,
ne alienari possit. Quæstio modo est, utrum hoc casu liceat emphyteu-
tæ fundum oppignerare. Et si enim Alex. in *l. lex vestigali*, ff. *eodem*,
Angelus in *auth. de restitutionibus & ea, quæ parit*, Berous *conf. 127.*
num. 12. & seq. *lib. 1.* alique voluerint, ex legibus etiam, emphyteutæ
pignus, vel hypothecam prohiberi; hæc tamen opinio falsa est: moven-
tur enim ex *auth. hoc jus*, & ex *auth. quæ res*, C. *de Sacros. Eccl.* in quibus
apertis verbis Justinianus vetat, pignori, aut hypothecæ res emphyteu-
ticas concedi; qui tamen textus palam de Æconomo Ecclesiæ loquun-
tur, cui non ea administrandi facultas conceditur, quæ emphyteutæ;
propterea ex illo ad hunc trahi nullo modo possunt: quare certum sit,
ex legum dispositione licitam esse emphyteutæ oppignerationem, quan-
do aliter pacto conventum non est. Solum ergo dubium est, cum pa-
cto eidem alienatio prohibetur.

Et quidam distinguunt duos casus. Primo si simpliciter alienatio
prohibita sit, quo casu emphyteutæ hypothecam permittunt. Secun-
do si generaliter omnis alienatio prohibeatur; nam tunc etiam oppigne-
rationem

rationem illi prohibitam volunt. Ita post alios Merlinus *lib. 1. tit. 11. q. 8. n. 7. & 36.* Quæ distinctio nullo modo ferri potest, cum notissimum sit, propositionem indefinitam æquipollere universali: quare tantundem est dicere, Prohibeo alienationem, quam Prohibeo omnem alienationem; quocirca si hoc casu hypotheca non permittitur, neque etiam illo permittenda erit.

Alii vero generatim affirmant, emphyteutica bona, prohibita alienatione, posse hypothecari etiam irrequisito domino, Bart. & Castr. in *l. tutor, §. ult. de pign. act.* Alex. in *l. si constante, num. 25. cum seq. ff. sol. matr.* ibique Crotus in *lect. num. 94.* Fachin. 3. *contr. 98.* Menoch. *con. fil. 662. num. 2.* aliique communiter. Itaque circa verbum alienandi distinguunt, monentque strictius sumi, cum in contractibus appositum est, ubi hypothecam non comprehendit, latius vero accipi in ultimis voluntatibus, in quibus ad eam quoque extenditur; quia scilicet lex majori favore voluntates mortuorum prosequitur, quam contractus, in quibus stricta interpretatio fit, Covar. 2. *variar. 16. num. 7.*

Probant I. ratione, quia pacta prohibentia alienationem debent regi a sua causa, ob quam sunt apposita, quæ causa hic esse non potest, nisi jus directi domini, cujus gratia domino, cum agitur de emphyteusis alienatione, debetur aut prælatio, si etiam ipse emere velit, vel certe laudemium, si nolit emere. Sed hypotheca emphyteusis nullum omnino præjudicium infert aut prælationi, aut laudemio. Ergo pacta prohibentia alienationem hic non comprehendunt hypothecam, sed solum eos actus, ex quibus transfertur dominium. Præsertim cum hypotheca hoc casu non deserviat creditoribus, nisi ad perceptionem fructuum, qui essent ipsius emphyteutæ: nec daret, nisi ad id usque temporis, quo emphyteusis ad dominium directum revolyeretur, ut ex Rota *divers. decis. 426. num. 4. par. 1.* Franch. *dec. 226. num. 3.* Surd. *dec. 286. sub num. 12.* Osasch. *dec. 156. num. 9.*

Probant II. ex legibus, quia in *d. l. tutor, §. fin. ff. de pign. act.* expresse dicitur, vectigale prædium pignori dari posse, hoc est, usque eo dum revertatur ad dominium, ut in *d. l. lex vectigali, ff. hoc tit.* Prædium autem vectigale est, ex quo solvitur census Principi, sicut ex emphyteusi solvitur annuus canon homini privato; quocirca a fortiori emphyteusis poterit oppignerari, non obstante prohibitione alienationis.

Hanc conclusionem varie explicant, & producant. I. ut hypotheca contrahi possit etiam domino non requisito, quod est contra Bart. in *d. l. tutor, §. ult.* idque ex duplici ratione: primo, quia cum consensus domini obtinetur, nullum est dubium, posse emphyteusim non solum oppignerari, sed etiam vendi, ut in *d. l. cum dubitabatur, C. de Jure emphyt.* Deinde, quia tunc dominus directus requiri, & rogari debet, cum est timor caducitatis, ut vocant, hoc est, ne ob pœnam emphyteusis devolvatur ad dominum: quæ pœna nunquam incurritur per hypothecam,

pothecam, sed solum per venditionem. Unde communis opinio est, quod si emphyteusis fuerit concessa sub expresso pacto, ne hypothecetur, & eo non obstante emphyteuta hypothecet, non propterea incurritur poena caducitatis, sed solum hypotheca est nullius momenti, *Corbula de privatione ob alienationem*, *lim. 33.* *Amic. de Jure emphyt. qu. 14.* *Negul. hoc tit. par. 2. memb. 3. num. 79. cum seqq.* Itaque cum in hypotheca de poena caducitatis non agatur, non opus est, ut requiratur domini consensus, nisi forte ob majorem cautionem, ut ait *Specul. de Jure emphyteutæ recte*, *q. 122.*

Producunt II. in meliorationibus, quæ fiant in emphyteusi, quas *ἐμφοιήματα* Græce vocat *text. in d. l. cum dubitabatur*, & in *l. si quos*, *C. de decurionibus*, *lib. 10.* etiamsi in casu devolutionis ex pacto ad directum dominium pertinerent, cum non debeat melior esse conditio accessorii, quam sit ipsius rei principalis. Quin etiam emponemata vendi interim posse, docet *Rota dec. 294. num. 7. par. 1. in noviss.* quod sequitur *Merlinus loc. cit. num. 29.* Sed hoc, quod de venditione dicunt, nullo modo recipi potest, cum aperte adversetur *text. in d. l. cum dubitabatur*, ubi aperte nec emphyteusim, nec emponemata vendi posse statuitur.

Producunt III. etiam in emphyteusi Ecclesiastica, quæ nullum in quantum ad hanc rem privilegium habet, *Mantica de tacit. lib. 11. tit. 4. num. 25.* *Cyriac. contr. 205. num. 220.* *Gratian. discept. cap. 43. nam. 8. cum sequ.*

In quantum vero ad extinctionem hujus hypothecæ, notant nonnulla, nimirum quod licet extinguatur, ut diximus, quando emphyteusis devolvitur ad dominum, vel ob canonem non solutum, vel ob lineam finitam, aut quavis alia de causa; tamen creditoribus salvum Jus remanet super meliorationibus, quæ ut a domino refici debent ipsi emphyteutæ, ita peti a creditoribus possunt, qui habent hypothecam in emphyteutæ bonis; dummodo excipias eum casum, quo meliorationes ex pacto ad dominum directum pertinerent post devolutionem, *Rota decis. 502. par. 3. in noviss.*

Sed si emphyteusis redeat ad dominum, non Jure devolutionis, sed ex aliquo contractu, puta emtionis, permutationis, donationis, utique pignus non dissolveretur: nam tunc non venit ad emphyteusim ut directus dominus, sed ut quilibet alius contrahens, *Franch. d. decis. 226. num. 4.* ubi etiam notat, quod si dominus veniret ad emphyteusim Jure prælationis, licet eo casu remeget, tamen quia veniret Jure domini, ideo docet resolvi pignus, ut etiam post alios tradit *Osalschus dec. 156. num. 14.* Quod satis notabile est.

Hæc est communis opinio circa quæstionem ab initio propositam; posse scilicet emphyteusim hypothecæ supponi, quoties ejusdem alienatio est prohibita; tamen si meminerimus ea, quæ supra deduximus in

in discussione antecedenti *conclus.* 2. palam falsam esse comperiemus; demonstravimus enim alienationis nomen semper hypothecam comprehendere etiam, si in contractibus appositum sit. Ecce tibi verba Justiniani in *l. sancimus, C. de reb. alienis non alienandis: Sancimus siue lex alienationem inhibuerit, siue testator id fecerit, siue pactio contrahentium hoc admiserit, &c. vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi.* Qua ergo fronte dicere possumus alienationis nomen in contractibus appositum hypothecam non complecti? cum hic expressissimis verbis dicatur, hypothecam penitus prohiberi alienatione prohibita, etiam quando pacto contrahentium facta alienationis prohibitio est.

Ad rationes vero Adversariorum facilis responsio est. Cum enim dicunt, ex hypotheca rei emphyteoticæ nullum sequi præjudicium contra dominum directum, quia nec prælatio, nec laudemium eo casu locum habet; respondemus hic non agi de præjudicio, sed de voluntate domini concedentis emphyteusim; dominus enim potest rei suæ quæcumque conditionem, legem, seu pactum apponere, etiamsi conditio illa, lex, seu pactum, nullam utilitatem domino allaturum sit, & contravenitio nullum præjudicium, *l. ult. C. de reram permut. l. ei fundo, ff. de servit. l. venditor, ff. communia prædior.* Hinc est, quod potest quis jubere, bona in mare dejici, etsi ex projectione nullam utilitatem percepturus sit; satis est enim ita voluisse, *l. Marcus, ff. de condit. & demonstr.* Sed ut strictius cum Adversariis agamus, proferemus exemplum in feudo, ex cujus hypotheca certum est nullum præjudicium Regi, aut alii domino directo inferri, ut nullum etiam inferitur ex hypotheca emphyteusis; & tamen certum est in feudo hypothecam non sustineri, cum in eo quæcumque alienatio prohibeatur, ut expressim habetur in *cap. 1. tit. de prohib. alienat. per Lotharium, cap. licet vasallus, in fine, tit. si de feudo defuncti, Ass. in constitut. nostri Regni, quæ incipit, Constitutionem divæ memoriæ, num. 81.* Et ratio est, quia in his casibus, ut diximus, voluntas attendenda est, non præjudicium, aut utilitas. Voluntas autem prohibendi hypothecam in emphyteusi aperte patet ex prohibitione alienationis, quando sub hoc nomine etiam a contrahentibus expresso hypotheca comprehenditur, *d. l. sancimus.* Nec obstat, hypothecam devolutione emphyteusis ad dominum dissolvi; nam etiam quæcumque alia alienatio eodem casu dissolveretur, & nihilominus alienatio fieri non potest: ergo nec hypotheca.

Neque iterum obstat, fundum vectigalem posse hypothecari; nam respondemus I. in *d. l. tutor, & d. l. lex vectigali*, nihil constare de fundi vectigalis prohibita alienatione: potest enim fieri, ut fundus vectigalis naturam habuerit fundi emphyteotici, in quo ex lege non est prohibita omnis alienatio, sed solum venditio, ut diximus ex *l. cum dubitatur, C. de Jure emphyt.* quare sicut emphyteusis ex lege etiamnum potest hypothecari, ita etiam olim potuerit fundus vectigalis. Quæstio

ve-

vero natura est, cum expresse ex contrahentium consensu additum est, ne emphyteusis alienetur, quod ipsum fuisse in vestigali fundo conventum non apparet.

II. Respondemus, olim Jure Digestorum alienationis nomen strictius accipi solitum, nec comprehendisse hypothecam, ut patet ex *l. alienationis, ff. de verb. sign.* Justinianum vero ejus significationem ampliavisse etiam ad pignus & hypothecam, patet ex *d. l. sancimus*, quæ privatim pro hypotheca lata ab Imperatore videtur, & certe ea nova sanctione non fuisset opus, si etiam Digestorum tempore alienationis significatio ita late patuisset, uti a Justiniano ibi in Codice disponitur. Propterea nihil mirum est, si olim fundus vestigalis, etiam posito, quod ex pacto alienari prohibitus fuerit, potuerit tamen hypothecari. Hodie vero secus esset ex nova Justiniani lege. Proinde Adversariorum argumentum nullum est, dum inde concludunt, emphyteusim alienari prohibitam posse hypothecæ supponi, ex quo etiam generalem regulam faciunt, alienationis nomen in contractibus ad hypothecam non extendi, quod est, ut diximus, contra expressa Imperatoris verba in *d. l. sancimus*.

Illud tamen non inviti admittimus, quod tradunt de hypotheca sive etiam alienatione inter comprehensos. Dicuntur comprehensi, quicumque ad emphyteusim vocati sunt, veluti si concessa sit tibi, & descendentibus usque ad quartum gradum, isti descendentes videntur comprehensi. Docent ergo, possessorem emphyteusis posse comprehensis istis eum fundum non modo hypothecare, sed etiam in ipsos alienare, non obstante quacunque prohibitione. Ita communiter Doctores post Menoch. *cons. 1694. num. 16.* & Rotam *diversorum dec. 384. num. 2. par. 1.*

De lege Commissoria pignori adjecta.

D I S C U S S I O VI.

Vulgo DD. post Gloss. in *l. 1. C. de pactis pignorum, v. creditoribus*, docent legem commissariam in pignoribus, proprie loquendo, intelligi, cum verba ita concipiuntur, ut intra certum tempus, pecunia pro luendo pignore a debitore non soluta, pignoris dominium ipso Jure censeatur in creditorem translata, veluti dicendo, pignus sit creditoris Jure domini, intelligatur ei venditum, cedat ei in solutum, aut simili alio modo. Nam si hæc translatio domini in creditorem non fiat ipso Jure, sed facto ipsius debitoris, tunc dicetur lex commissoria improprie, puta si pignus intra diem statutum non relatur, res detur in solutum a debitore ipsi creditori. Sequitur Bartol. in *l. quamvis num. 1. ff. de solut. Surd. dec. 248. num. 1.* & alii communiter.

Pignus ita contractum appellabatur Fiducia, & a Cujacio ad *s. sententiarum Pauli*, tit. 13. ita definitur. Est Fiducia pignus, quod creditori mancipatur, aut in Jure ceditur, ea lege, ut soluta ad diem pecunia, remancipetur, non soluta, creditori pleno Jure committatur.

Ita per pignus non transit dominium, per fiduciam transit, Isidorus 5. orig. Et probatur ex Paulo loc. cit. §. *debitor*, ubi *Debitor creditori fiduciam vendere non potest, sed aliis, si velit, vendere potest, itaut ex pretio ejusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emtori præstet*. Et ex eodem Paulo 3. sent. tit. 6. ubi legatis ancillis non veniunt, quæ fiduciæ datæ sunt. Nempe quia debitoris non sunt, ut ibidem Cujacius ait. Ceterum servi pignori, vel hypothecæ dati, debentur, *l. suos autem*, ff. de leg. 3.

Olim tamen lex commissoria in pignore erat, cum pignus mancipabatur, vel quod effectu idem erat, cedebatur in Jure creditori per debitorem; his enim modis pignoris dominium statim in creditorem transferebatur: verum addebatur pactum, quod lex commissoria dictum est, ut soluta ad diem pecunia per debitorem, creditor teneretur vel remancipare pignus, vel in Jure retrocedere: pecunia vero non soluta, creditori pignus pleno Jure commissum intelligeretur. Unde legis commissoriæ nomen perfluxit: quippe lex hic nonnisi pactum significat, quod idcirco lex dictum est, quia pactum legem dat contractui, *l. 1. §. si convenit*, ff. de positi, *l. contractus*, ff. de reg. Juris, *l. legem*, C. de pactis. Commissoria vero dicitur ex illis verbis, *Creditori pignus pleno Jure commissum intelligeretur*. Itaque legem commissoriam dicere debemus, nunquam vero pactum legis commissoriæ, quod perinde esset, ac si pactum pacti commissorii diceret, quod est absurdum; etsi ita loquatur Innocentius in cap. *significante*, de pignoribus.

Id quod diximus manifeste patet ex lege commissoria, quæ in venditionibus adhibetur; nam vendo tibi prædium, & trado, hoc est statim in te prædii dominium transfero, at si pretium a te mihi certo tempore non fuerit solutum, prædium sit inemtum, *l. 1. ff. de lege commissoria*. Ita ergo in pignore statim creditori conceditur pignoris dominium per mancipationem, quæ olim habebatur ut venditio, vel per cessionem in Jure, at pecunia ad certam diem soluta, pignus remanciparetur, vel retrocederetur. Idque etiam dicebatur Fiducia, ut dictum est, quia fidem habebat debitor sibi dominium pignoris restitutum iri, Cujacius ad Paulum *lib. 2. sent. tit. 13.* qui inscriptus est de lege commissoria, §. 1. Fab. 21. err. 1.

Hæc vero lex commissoria in pignoribus improbata fuit ab Imperatore Constantino in *l. fin. C. de pact. pign.* quia creditores facile pelliciebant debitorem, ut rem magni pretii pro exiguo debito manciparet, proposito fiduciæ, seu remancipationis remedio, quo deceptus debitor, sibi persuadebat, parum sua interesse, plurisne, an minoris pignus esset, quip-

quippe quod tanto facilius redhibitum iri speraret, quanto minor foret pecuniæ quantitas, pro qua pignus datum fuisset. Et licet accidere possit, ut pignus quandoque se pecuniæ creditæ æquet, lex tamen adaptatur ad ea, quæ frequentius accidunt, *l. nam ad ea, ff. de legib.* Adde, quod creditores olim non facile mutuo pecuniam suam credebant, nisi mancipatio intercessisset. Et id est, quod ait Constantinus, *Crescente legis commissoria asperitate.*

Hæc de vera lege commissoria, ut olim erat. Ea vero, quæ hodie in usu est, nimirum, nisi debitor pignus luat intra certum tempus, pignus sit creditoris Jure dominii, est quoque improbata ab Innocentio III. in *cap. significante, de pignorib.* ibi: *Cum igitur pactum legis commissoria sit in pignoribus improbatum.* Idque verum est, sive lex ista commissoria sit propriis verbis concepta, sive similibus priorum, *Surd. decis. 247. num. 11.*

Quæritur tamen I. quid Juris sit, cum lex commissoria est jurejurando munita? Et Abbas in *d. cap. significante 3. notab. n. 4.* *Negus. par. 4. num. 3.* alique apud Seraphin. *de juram. priv. 131.* docent, jusjurandum esse servandum; quia Jusjurandum etsi de ea re interpositum fuerit, quæ legibus non probetur, tamen quia sine dispendio & detrimento salutis æternæ violari non potest, propterea servandum est: quod patet ex eo, quia conventiones illas omnes, contra Senatusconsulti Macedoniani, aut Vellejani, aut legis Juliæ prohibitionem factas, & alias hujusmodi sexcentas a Jure civili improbatas, Jus tamen Pontificium passim tuetur, ratione illa generali, quod hujusmodi juramenta non vi, non dolo, sed sponte præstita, nec in alterius præjudicium redundant, nec observata vergant in dispendium salutis æternæ, *cap. cum contingat, de jurejur. cap. quamvis pactum, de pactis, in 6.* Volunt itaque supracitati DD. legem commissoriam juramento firmari, & juramentum esse observandum, quod etiam probant ex *d. cap. significante*, in illis verbis: *Juramenti debitum adimplevit.*

Alii vero magis communiter tradunt, legem commissoriam non confirmari, utpote quæ odio creditoris & usurarum sit prohibita, ut propterea juramento firmari non possit, quod non est vinculum iniquitatis, *cap. non est obligatorium, de reg. Jur. in 6.* valere tamen Jusjurandum, & omnino servandum esse, ad perjurii crimen evitandum, nisi impetrata sit absolutio, Covar. in *cap. quamvis pactum, 2. parte relectionis, §. 3. n. 3. & 3. var. 2. num. 7.* Merenda 1. *contr. 3. num. 4.* Guid. Papa *qu. 6.* Hi ergo ita generaliter circa materiam jurisjurandi distinguunt, quod si pactum est quidem a lege prohibitum, tamen non est iniquum, tunc ipsum pactum, alioquin nullum & illegitimum, juramento confirmatur, ut in fundi dotalis obligatione aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d. cap. cum contingat*, itemque in pacto de non succedendo, de quo in *d. cap. quamvis pactum.* At quando pactum est legibus odiosum, est ini-

quum, aut fovet peccatum, tunc peccatum istud jurejurando non confirmatur: at vero jusjurandum prodest ad perjurii exceptionem inducendam, hoc est, si qui juravit, veniat contra suum juramentum, possit a convento opponi illum esse perjurum, ut accidit in lege commissoria pignoribus adjecta.

Hujus distinctionis præcipui effectus duo sunt. Prior est, quia cum Jusjurandum non firmat contractum, sed solum perjurii exceptionem inducit, ad id vitandum satis est, quod obligatus impetret absolutionem a vinculo Jurisjurandi, quæ concedi solet ab Episcopo aut ejus Vicario facillime, nec citata parte, nec adhibita ulla causæ cognitione: impetratur autem ad finem agendi. Post vero hanc impetrationem, nulla ad contractum rescindendum opus est in integrum restitutione, quia quod nullum prorsus est, rescindi nullo modo potest, *l. 5. §. 1. ff. de injusto rupto, l. 2. C. de prædiis minorum*. Secus est, quando religio Jurisjurandi contractum alioquin prohibitum, confirmat; neque enim tunc satis est absolutionem impetrasse, sed necessarium præterea est auxilium restitutionis in integrum ad contractum rescindendum, quæ restitutio nunquam concedi potest, nisi causa cognita, vocatisque omnibus, quorum interest.

Posterior est, quod cum contractus Jurejurando firmatur, non tantum is, qui juravit, tenetur ex eo contractu, sed ipsius quoque heres, & successor: quia vinculum contractus est reale, & eapropter obligat omnes, qui in contrahentis Jura succedunt, nec ob id solum fieri irritum potest, quod decesserit is, qui juravit. At vero, si jusjurandum solum vinculum perjurii inducit, tunc quia Jurisjurandi vinculum mere personale est ex parte jurantis, nec nisi jurantem obligat, ut si contra faciat, perjurus esse videatur; ideo ad successores non transit, *cap. veritatis, de jurejur.* Vasquez *de success. creat. lib. 3. §. 28. n. 14.* Coras. in *frater a fratre, num. 73. ff. de condict. indebiti*; etsi isti putent nunquam Jusjurandum actum Jure invalidum firmare, sed solum perjurii exceptionem parere, quod est contra textus in *d. cap. cum contingat, & dicto cap. quamvis pactum*, ut in *Institutionibus Canonicis lib. 3. tit. de pactis, & transact.* notavimus.

At vero Faber *dec. 21. err. 8. num. 4.* singulariter putat, in lege commissoria pignori adjecta, Jusjurandum neque etiam perjurii exceptionem inducere. Quod probat ex eo, quia improbandæ hujus pactionis, & legis commissoriæ ratio alia non est, quam quod implicat contradictionem, cum fieri nequeat, ut ejusdem rei pignus & venditio simul contrahatur, aut contracta unquam intelligatur. Sed Jusjurandum non obligat ad impossibile, & ad ea, quæ contradictionem implicant: ergo hoc casu Jurisjurandi nulla est auctoritas. Probat etiam, quia, ut DD. volunt, lex commissoria continet usurariam pravitatem: ergo Jurisjurandi observatio in hoc casu non est citra præjudicium & dispendium.

dium salutis æternæ: & per consequens nullo modo obligat: nam tunc observari Juramentum debet, cum ejus violatio animæ periculum inducit, ut ip̄ *citat. capit.* patet: maxime, quia in numero impossibilium ea quoque ponuntur, quæ tametsi de facto impleri possint; facta tamen vel bonos mores læderent; vel leges, *l. conditiones, cum l. seq. ff. de condit. Institut.* Immo Faber ipse *dec. 41. cr. 5. num. 2.* putat Jurejurando non confirmari contractus, nisi in casibus expressis in *d. cap. cum contingat*, & *d. cap. quamvis pactam*, quas constitutiones ad alios diversus casus extendi posse negat, ne inde capteretur occasio legum omnium violandarum, prætextu adhibiti Jurisjurandi: unde supra *err. 4.* idem Faber docuerat, donationem a patre factam filiosam. etiam causa matrimonii non valere, nihil Jurejurando obstante; nam inter patrem & filium donatio impeditur ob vinculum patris potestatis, quod obstat, ne qua inter patrem & filiosam obligatio contrahatur, *l. fœs erasncipati, C. de donat. l. 2. C. de inoff. donationib.* nec etiam, si alioquin justissima contrahendæ obligationis causa intercedat, ut in specie textus in *l. Imperator, ff. ad Trebell.* Ideo autem Jus patris potestatis affert hoc impedimentum, quod faciat ut patris & filii una eademque persona esse existimetur, *l. ne cum filiosam. ff. de furtis*: fieri autem nequeat, ut idem sibi ipsi obligetur, vel qua alia ratione debitor simul fiat, & creditor, *l. heres a debitore, §. servo suo, & seq. l. debitor, ff. de fidejuss. l. Stichum, §. aditio, ff. de solut.* Hinc ergo Faber concludit, juramentum facere non posse, ut donatio filiosam collata valeat, faceret enim impossibile, & quod implicat contradictionem, ut scilicet idem sibi ipsi obligaretur, idem esset in eadem re debitor, & creditor, seu debitor sui ipsius. Constat autem Jus patris potestatis esse venerabile non solum legibus civilibus, sed etiam Pontificiis, quæ nunquam statuunt hoc Jus per Jusjurandum tolli. Habet ergo in hoc casu locum regula Juris Pontificii, quæ negat impossibilitatem ullam esse obligationem, nec si millies Jurata proponatur. Verum de hac quæstione latius diximus in *tract. de donationib.*

His tamen minime obstantibus, non est recedendum ab eorum opinione, qui docent, legem commissoriam etsi Jurejurando non firmetur, tamen parere exceptionem perjurii, nisi impetrata prius fuerit absolutio. Id patet evidentissime ex Innocentii S. Pontificis rescripto in *d. cap. significante, de pignor.* ubi habetur, ideo Civem Pisanum non tensem ex lege commissoria, quia *Quantum in eo fuit* (verba textus sunt) *juramenti debitam adimplevit*, hoc est, quia per debitorem Pisanum non stetit, quominus intra dictam diem pecuniam solveret; dederat enim eam certo nuncio deferendam, quam tamen nuncius infideliter agens non persolverat. Inde ergo habetur, tanquam si Jurejurando fecisset satis. Quod aperte demonstrat, Jurisjurandi religionem in lege commissoria obligare. Et quamvis deinde S. Pontifex subjungat, *Pacta tali, vel Juramento nequaquam obstante*; tamen id dicit, non quia Jurisjurandi nulla ibi ratio

tio habeatur, aliter enim sibi contradiceret textus; sed quia debitor jam videbatur, quantum in ipso erat, Jusjurandum adimplesse: & propterea ejus exceptio Jurisjurandi amplius non obstat.

Neque in contrarium facit, quod contractus iste sit usurarius; nam respondemus usuras ipsas, si cum juramento promissæ sint, solvendas esse, ne juramentum contemptum videatur: verum tamen est, postmodum usuras esse restituendas ipsi debitori, qui solvit, ut aperte disponitur in *cap. debitores, de Jurejur.* Quæ duo docent; primo usurarium contractum, quo nihil est odiosius, juramento non confirmari, cum peccatum foveat; secundo ipsum juramentum esse servandum, nisi absolutio petatur: quod si absolutio non petatur, usuræ solventur quidem, ut juramentum impleatur, sed eo impleto repetuntur, quasi solutæ sine causa, ut ex *d. cap. debitores*, advertit Portius in *§. extraneis, Instit. de heredum qualitate*. Ergo multo magis servandum est Jusjurandum, in casu legis commissoriæ pignori adjectæ, quæ non nisi per similitudinem quandam videtur gravitatem usurariam complecti: nam usuræ proprie in solo mutui contractu esse intelliguntur, ut in *tit. de usuris*.

Neque iterum obstat, quod implicet contradictionem pignus simul esse cum venditione, ut velle videtur lex commissoria; nam etsi ultro concedamus, Jusjurandum nihil omnino operari, ubi rei impossibili additur, cum nullo modo fieri possibile, quod per rerum naturam impossibile est, possit; negamus tamen legem commissoriam quidquam, quod impossibile sit, continere. Nam aut loquimur de Jure antiquo, aut de Jure novo, & in neutro casu hanc implicantiam reperiri dicimus: quippe olim lex commissoria non erat, nisi venditio, seu mancipatio rei pigneratæ, quæ venditio concipiebatur sub conditione resolutive, hoc est eam resolvi, cum pecunia creditori intra statutam diem persolvebatur: nullo autem modo erat pignus, nisi nomine tenus. Quod probatur ex eo, quia si contradictionem implicasset, ut quidem vult Faber, nunquam lex commissoria fuisset permessa: nam quod est impossibile ex sui natura, nullo tempore potest esse possibile; & nihilominus certissimum est, quod ante constitutionem Constantini in *l. ult. C. de pactis pignorum*, lex commissoria fuit permessa & licita; quocirca non est impossibilis. Neque verum est, ab eo Imperatore fuisse deinde prohibitam, quod implicaret contradictionem, cum id falsum ex ipso textu appareat, ubi aperte dicitur, fuisse prohibitam, *crescente asperitate*, hoc est, quod quicunque suas mutuo dabant pecunias, sub alia conditione nollent eas dare, quam lege commissoria, ut ita pignus lucrarentur, pro minori aut etiam minima summa pecuniæ creditæ, ut supra explicatum est.

Quod si de Jure novo sermo sit, neque etiam ulla apparet contradictionis implicatio: nam sunt distincta tempora pignoris, & venditionis: nam pignus purum est usque ad certam diem inter contrahentes sta-

statutam: post vero diei adventum, & creditum non solum, pignus transit in puram venditionem: hoc est, contractus pignoris resolvitur, & novus contractus venditionis initus intelligitur. Itaque etsi verum sit, pignus, & venditionem, si simul & eodem tempore fiant, implicare contradictionem: tamen aliud est, cum pignus uno tempore, venditio alio tempore fiat, ut clare patet.

Cum vero Faber addit, donationem paternam Jurejurando non confirmari, quia per Jusjurandum patria potestas non tollitur, id quoque falsum est; nam in rebus spiritualibus patria potestas negligitur, quod patet ex *cap. fin. §. fin. de judiciis*, in 6. ubi in causis beneficiorum, aliisque, quæ spirituales sunt, filiusfam. in judicium venire, & agere potest etiam sine patris consensu, qui consensus alioqui Jure patriæ potestatis exigeretur. Ergo etiam negligenda est in casu nostro, ubi agitur de jurejurando, quod spirituale est, & vinculum animæ, *cap. etsi Christus, de Jurejur.* Neque facit, quod Portius *loc. cit.* ait, hic agi de donatione, quæ spiritualis non est; nam quam facillime respondetur, donationem, de qua tractamus, non esse simplicem, sed juratam; & satis est ipsum Jusjurandum illi adnexum esse spirituale: uti etiam Jus patronatus, quia est spiritualitati adnexum, spirituale censetur, *cap. quod autem, de Jure patronatus*. Præterea Jusjurandum est de Jure divino, ex quo servandum est; patria potestas est de Jure civili: sed Jus divinum est potentius, Jus civile debilius: ergo hoc illi cedere debet; ut propterea in casu donationis paternæ filius habendus sit tanquam emancipatus, & non solum valebit & servandum erit Jusjurandum, sed præterea ipsa donatio confirmabitur, ex regula superius tradita, quod quæ peccatum non fovet, etsi Jure prohibita, tamen Jurejurando confirmantur.

Hinc colligitur, non esse audiendum Fabrum, cum ait, Jurejurando non confirmari contractus, nisi in casibus a Jure expressis, qui duo omnino sunt, hoc est, cum filia dote recepta hereditati paternæ renunciat, & cum mulier bona dotalia alienat & obligat; nam etsi textus in *d. cap. cum contingat*, & *d. cap. quumvis pactum*, illos duos tantum casus exprimant; tamen ratio, quam addunt, universalis est, nempe jura-menta sine vi & dolo sponte præstita, cum in alterius præjudicium non redundant, tunc observari debere, ne perjurium vergat in dispendium salutis æternæ, eoque inde contractus ipsos confirmari.

Quæritur II. de lege commissoria adjecta pignori, quod datur ob causam dotis, utrum valeat? Puta, vir facto casu restitutionis soluto matrimonio, pignora uxori tradit, addito pacto, ut nisi ad certam diem reluat, cedant in solum uxori: aut contra, uxor pro dote, quam viro promisit, pignora tradit, sub hac lege, ut viri fiant, dote intra certum tempus non soluta.

Et communis responsio est, etiam in his casibus legem commissoriam improbari, ut nullum sit in hac parte dotis privilegium, Negus.

par. 4.

par.4. num.2. & 7. Covar.3. variar.2. Surd. dec.248. num.13. Et probatur ex *l. quamvis*, ff. de solutionib. ubi maritus pro restitutione dotis, quam acceperat, prædia obligavit, hac lege, ut diremto demum matrimonio, dotem non restitueret uxori, sed pro ea, prædia obligata in solutum daret; & respondet Ulpianus virum ad hanc dationem in solutum non teneri, & satis esse, si vir offerat dotis quantitatem. Ex quo apparet, dotem hoc casu nullo privilegio frui, sed haberi instar reliquarum rerum, in quibus datio in solutum hoc modo concepta non valet, *l.1. C. de pactis pignorum*.

Possset tamen dici, hæc procedere, quando pactum istud est interpositum favore uxoris, nec habere locum quando est favore ipsius mariti, ut scilicet non soluta sibi dote promissa, pignus sibi acquirat; ita ut hic favorabilior sit causa viri, quam uxoris, ex eo, quod ille portat onera matrimonii, quæ ut plurimum excedunt fructus dotis. Nam etsi usuræ sint generatim prohibitæ, & propterea fructus pignoris, quod est apud ipsum creditorem, computentur in sortem, *cap. conquestus*, de usuris; tamen id cessat in marito, qui fructus prædiorum pro dote pignori sibi obligatorum, non tenetur in sortem computare; cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii sustinenda, ut loquitur textus in *cap. salubriter*, cit. tit. de usuris. Ergo a pari, & ex eadem ratione idem videtur dicendum in lege commissoria. Et ita sunt intelligendi, qui dicunt legem hanc favore dotis valere apud Manticam *de tacitis*, lib.11. tit.10. num.37. Sed pro majori intelligentia.

Quæritur III. an datio in solutum, vel pro soluto, in pignore sit prohibita, & habeatur pro lege commissoria? Et post alios Bursat. *consil.320. num.114. cum seq. lib.3.* Crav. *cons.327.* Mondedeus *cons.31. lib.1.* contendunt, id omnino licitum esse. Quod probant primo, quia datio pro soluto est a Jure permessa, veluti si tibi quantitatem debeam, puta 100. & pro his accipias a me speciem, ut Sicum, aut frumentum, id datio pro soluto dicitur, & Jure permessa est, *l. eleganter*, ff. de pigner. act. Ergo id ipsum in pignore non debet censeri prohibitum, aut legi commissoriæ exæquari.

II. Quia datio pro soluto comparatur venditioni, ejusque vicem gerit, *d. l. eleganter*. Ergo etiam dato hanc dationem in pignore haberi pro lege commissoria, licita erit censenda: propterea quod in venditione lex commissoria licite apponitur, *tot. tit. ff. de lege commissoria*; qui titulus licet sit generalibus verbis conceptus, non tamen adeo generalis est, ut ad quamlibet speciem legis commissoriæ pertineat, sed ad eam dumtaxat, quæ venditionibus accommodatur. Ita non debet censeri prohibita, cum dationi in solutum adjungitur, ut quæ instar venditionis habetur.

III. Quia in datione pro soluto cessat ratio, ex qua lex commissoria fuit in pignore prohibita; nam hæc fuit, quia pignus pro non justo pretie creditori plerumque assignatur; cum e diverso datio pro solu-

to

to plerumque pro justo pretio fiat. Ergo cessante prohibitionis ratione, etiam prohibitio ipsa cessare debet.

IV. Quod non est prohibitum, id debet censerī permissum, *cap. inter corporalia, de translat.* Cum ergo nullo Jure pactum, de quo agimus, legatur prohibitum, opus est, ut permissum omnino censeatur.

His tamen minime obstantibus, verius est, dationem in solutum in pignore legi commissoriæ conjunctam reprobari. Ita Mantica *de tacitis lib. 11. tit. 9. num. 8. cum seq.* Purpurat. *conf. 349. num. 5.* Surd. *d. 2. c. 248. num. 12. & 19.* ubi id magis communiter DD. probari testatur, quibus accedit Merlinus *lib. 4. tit. 4. q. 121. a num. 42.* Et patet expresse ex *cit. l. quamvis, ff. de solationib.* ubi palam dicitur, pignus ita contractum, ut non soluta ad certam diem pecunia debita, pignus ipsum cederet in solutum; & statuitur, debitorem non obligari pacto, sed debitam quantitatem solvendo, liberari. Idipsum habetur in *l. Titius cum matuos, ff. de contr. emt.* Debitor enim pro mutuata sibi pecunia, dedit pignori seu hypothecæ prædia, & fidejussorem, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum; quod si id ita non fecerit, & ipse fidejussor debitum creditori solverit, conventum est, ut ipsi fidejussori prædia emta essent. Jam fidejussor intra diem scriptam non fuit liberatus, sed ipse creditori solvit; quæsitum est, an emta habeat supradicta prædia? Et respondet Scævola distinguendo, posse fidejussorem sibi habere ea prædia, si ut ex contractu emtionis ea petat, non item si velit ut ex causa principalis obligationis. Hæc enim verba Scævolæ sunt: *Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeantur, sub conditione emtio facta est, contractam esse obligationem.* Itaque eatenus valet pactum, quatenus capitur pro venditione conditionali, veluti si dictum esset, *Vendo tibi prædia, si debitum pro me solveris.* Differentia inter utrumque casum est; quia cum pignora intelliguntur vendita pro obligatione rei debitæ, etiam si pignora pluris sint, id omne tamen sibi lucratur creditor; & hic est casus legis commissoriæ, & non tenet. At vero, cum ut simpliciter vendita intelligantur pignora, præcisa causa obligationis, tunc quia venditio justo pretio facienda est, ideo si pignora pluris valeant, superest debitori hypothecæ repetitio, hoc est superflui: propterea id licitum est, nec cum lege commissoria ullam affinitatem, aut similitudinem habet, Bart. in *d. l. quamvis, in princ.* Abbas in *d. cap. significante, num. 7.* Faber in *C. lib. 8. tit. 22. de pactis pignorum, diff. 2.* alique communiter.

Probatur etiam ratione, quia non minus locum habet ratio deceptionis, cum pignus datur in solutum, ac cum simpliciter dicitur, ut creditori Jure dominii acquiratur; ita ut inter utrumque casum verba differant, res vero eadem sit, nam semper pignus, sive hoc, sive illo modo, in totum creditori quæritur, etiam si pluris sit; quæ deceptio est, & asperitas legis commissoriæ, quas damnat Constantinus in *d. l. fin. C. de pactis pignorum.*

Ex his quam facillime contrariorum argumenta solvuntur. Nam cum ajunt primo, dationem pro soluto esse a Jure permissam, id quidem verum, cum agitur de alio contractu, puta venditionis, non etiam cum agitur de pignore, in quo ob captionis & usurariæ pravitatis suspicionem est omnino prohibita. Neque hoc nos fingimus, sed utrumque in legibus expressum est. Nam datio pro soluto in venditione permittitur in *d.l.eleganter*, ff. *de pign. act.* at vero in pignore prohibetur in *d.l. quamvis*, ff. *de solationibus*, & in *d.l. Titius*, ff. *de contr. emt.* Idque ob disparitatem rationis in uno, ac in alio casu. Neque hoc mirum, nam ita pariter lex commissoria est in venditione concessa, vetita in pignore, ut diximus.

Ad secundum, cum docent dationem pro soluto haberi ut venditionem, concedimus id ita esse, at enim nihil inde colligi potest, quod cum Adversariis faciat; nam venditio si fiat pro justo pretio, contractus licitus est; id nihilominus non accidit in pignore, ubi pignus ex datione in solutum intelligitur creditori venditum, etiamsi ejus valor quantitate debitam excedat. Id enim asperitas, captio, & usurarium est; nam si datio pro soluto ita conciperetur, ut hyperochæ repetitio esset, utique permissa foret legibus, ut ex Bart. Abbate, & aliis notatum est, qui etsi de vera venditione pignoris loquantur, tamen idipsum in datione pro soluto esse, non potest dubitari, ut consuluit Hondedeus *d. consil. 31.* & post alios docet Cyriac. *contr. 393. num. 8.* Gutierrez *de juram. confirm. cap. 33. num. 3.*

Quæ tertio & quarto loco obijciunt, nempe cessare in nostro casu captionis suspicionem, & hanc in solutum dationem non esse a legibus prohibitam; hæc omnia jam per se evanescent ex iis, quæ nos in nostris probationibus deduximus, ubi & leges id prohibere, & captionem inesse demonstravimus.

An in venditione pignoris liceat purgare moram.

DISCUSSIO VII.

PUta, conventum est, quod si pignus certa die debitor non luat, censeatur creditori venditum justo pretio cum obligatione reddendi hyperocham, quo casu pactum valere jam diximus: quod adeo verum est, ut fructus post lapsum diem statutam perceptos sibi creditor lucretur, nec in creditum imputet, quamvis adhuc pretium pignoris statutum non sit: quod etiam adversus pupillum habere locum, docet Menoch. *de acq. poss. remed. 5. a num. 160.* Jam quaeritur, an ante sequentem estimationem, sed elapsa jam die, liceat debitori offerre quantita-

tem

tem debitam, & pignus luere; id enim dicitur purgatio moræ.

Id ut recte intelligatur, sciendum est I. propositam a nobis speciem longe diversam esse ab eo casu, quo pignus alteri vendendum est; tunc enim certum est, moram purgari posse, adeout si debitor ante distractionem pigneratæ possessionis pecuniam offerat, quam creditor nolit recipere, pignoris distractio, quæ deinde fiet, nullius momenti sit, *l. si priusquam*, junctæ *l. si residuum*, *C. de distract. pign.* facit etiam textus in *l. fundus*, *ff. de rescind. vendit.* Sic quoque diversam esse ab alia specie, in qua jam ab initio contractus statutum esset pretium, pro quo pignus creditori intelligendum foret venditum; tunc enim quia venditio statim post elapsam diem scriptam dicitur perfecta ex pretii determinatione, amplius rescindi non potest: & pretium statutum in dubio præsumitur juxta præsumptionem Juris, ut consuluit Hondedeus *d. cons. 31. num. 51. cum seq.* licet aliter senserit Surdus *dec. 248. num. 21.*

Sciendum est II. regulam esse, ut ex dandi, solvendique difficultate reus evadat moram; re integra, seu possit illam purgare, cum primum solvere paratus est, & offert; quia difficultas excusat, adeout nec perjurus dicatur, qui pro difficultate promissa non implet, *l. fin. ff. qui satisfacere cogantur*, *cap. brevi, de Jurejur.*: puta si Capuam ire promiserim, vel si si iudicio me Judex jusserit, & tempestas præpediat, *l. fin. §. pen. ff. ad l. Rhod. l. 2. §. si quis iudicio*, *ff. si quis cautionibus*, ut latius in *tract. de mora a nobis disputatum est.* Ab hac tamen regula excipiuntur sex omnino casus. I. si quis difficultatem affectavit, procurando e.g. ut a Magistratu retineretur: nam quædam licet profint, tamen desiderata, seu affectata non præstunt ob dolum, *d. l. 2. §. fin.* junctæ *litem hi*, & *l. qui dote*, *ff. quibus ex causis major.* II. si difficultas alia via poterat effugi, nempe itinere pedestri commode vitans procellas maris, *d. l. 2. §. pen.* III. si temere se in difficultatem conjecit, & causam præstitit; unde dicitur, quod non videtur iniquum si infirmitas culpæ adnumeretur, si intelligat, vel intelligere debeat, infirmitatem suam alii periculosam futuram, *l. idem Juris*, *§. fin. ff. ad l. Aquil.* IV. si quis rem difficilem sibi esse certo sciens, promittat tamen, *l. pen. ff. de Jure dotium*; propterea quod talis culpa in dolum inclinat, & propterea contumaciam non excusat, *l. 1. §. si cum duobus*, *ff. de collationibus*. V. si ficta sit difficultas, & terror vanus, qui solet dici terror Panicus, *l. 3. §. si quis autem*, *ff. de vi arm.* VI. si qui difficultatis se prætextu tuetur, potuit se ab ea extricare, saltem per æquipollens, *l. quemadmodum*, *§. item Labeo*, *ff. ad l. Aquil. l. in testamento*, *ff. de condit. & demonstr. l. inter, §. sacram*, *ff. de verb. oblig.* Forcatulus de mora, *par. 3. in princ.*

Sciendum tandem, inter plures causas, ex quibus mora contrahitur, esse diei præscriptæ lapsum, quæ debitorem pro homine interpellare dicitur, ut impleat id, ad quod tenetur: eo non implente, mora dicitur commissa, quam non inultam leges dimittunt, *l. vinum*, *ff. de reb. creditis,*

ditis, *l. pecunia*, §. *fin.* ff. de *usuris*, *l. si fundus*, §. *fin.* *l. post diem*, ff. de *lege commissoria*. Conceditur tamen quandoque debitori, ut emendare eam moram possit, offerendo, vel implendo id, ad quod tenetur. Epe enim, ait Celsus adolescens, *banc quaestionem de bono & aequo: quo in genere plerumque sub auctoritate Juris scientia, perniciosè erratur*, quod refert Paulus in *l. si servum Stichum*, §. *sequitur*, ff. de *verb. oblig.*

His ita positis, ad quaestionem veniamus. Et arridet eorum sententia, qui moram emendari, seu purgari posse docent. Ita Covar. 3. var. 2. Mantica de *tacitis*, lib. 11. tit. 10. Menoch. de *acq. post. remedio* §. num. 46. & voluit Angelus in *l. cum dominam*, in *fin.* C. de *pignor.*

Quod probatur I. quia etsi conventum sit, ut bona pignori obligata post lapsum certæ diei intelligantur vendita justo pretio; tamen post diei adventum non statim dicitur perfecta venditio, quæ erit suspensa donec res æstimetur, & pretii quantitas certo statuatur. Sed cum contractus perfectus non est, datur locus pœnitentiæ, propterea quod tunc actus ex voluntario transit in necessarium, cum perfectus est, DD. in *l. fin.* C. de *contr. emt.* Ergo si datur locus pœnitentiæ, poterit moram purgari, & emendari. Probatur major propositio, ex eo quod ad perficiendam venditionem non satis est pretium, sed præterea requiritur, ut pretium sit certum, §. *pretium*, *Inst. de emt. & vendit.* Cum itaque in nostro casu pretium adhuc certum non sit, consequens est, ut nec venditio dicatur perfecta. Cavendum tamen ab illis est, qui dicunt ulterius, hanc venditionem haberi pro conditionali, ut probent dari locum moræ purgandæ: quod falsum est, nam venditio tunc dicitur conditionalis, quando pretium expresse collatum est in arbitrium alterius; ut vendo quanti Titius æstimabit, *d. l. fin.* C. de *contr. emt.* quod certe in casu nostro non est.

Probatur II. quia hic contractus, vendo quanti justum est, non est nisi contractus innominatus, seu præscriptis verbis, DD. in *l. 1.* ff. de *præscriptis verbis*; & in casu nostro ita expresse sentiunt etiam Adversarii ipsi, ut Bald. in *d. l. fin.* num. 8. Ripa in *l. ita stipulatus*, num. 20. ff. de *verb. oblig.* & alii infra citandi. Sed in contractibus innominatis, re integra, licet uni pœnitere, & a conventionem recedere, etiam altero invito, *l. 5.* ff. de *conditione causa data*. Ergo potest mora emendari, non solum de æquitate, sed etiam de rigore.

Probatur III. a pari, quia in lege commissoria venditioni adjecta, cum dicitur, ut res sit inempta, si non certa die pretium persolvatur, licitum est post lapsum diei moram ex bono & æquo purgari, *d. l. si servum Stichum*, §. *sequitur*, ff. de *verb. oblig.* *l. sed et si alia*, ff. de *constit. pecunia*, quamvis statim a transitu diei videatur ab emtione discessum, *l. si fundus*, §. *fin.* *l. post diem*, ff. de *lege commissoria*, & notat Forcat. *loc. cit.* n. 4. Ergo etiam cum dictum est, ut pignus intelligatur venditum, si intra diem certam non luatur, potest purgari mora, etsi esset venditio perfecta.

In

In contrarium pugnant, præter Bart. & Ripam supracitados, etiam Fach. 2. contr. 1. & Merlinus lib. 4. tit. 4. qu. 121. a num. 52. qui nituntur in eo, quod etiam ante factam pretii declarationem, cum dictum est, vendo pro justo pretio, venditio dicatur perfecta, cum pretium ex hoc videatur jam esse certum. Ut id probent, utuntur textu Ulpiani in l. hac venditio, §. hujusmodi, ff. de contr. emt. ubi habetur: *Hujusmodi emtio, quanti tu emisisti, quantum pretii in arca habeo, valet; nec enim incertum est pretium in tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.* Ita ergo, licet ante declarationem non constet de pretio, tamen de eo constare dicitur, quia dictum est, pro justo pretio; quod semper est certum, etiam ante declarationem.

Moventur etiam, quia in contractibus onerosis, cum quid sub certa die, & poena, vel commodo alteri ex contrahentibus quærendo, promittitur, non fit locus emendationi moræ ob interesse actoris, aut creditoris, Alex. Jason, & Bart. in l. si insulam, ff. de verb. obl. atque ita volunt esse in questione proposita.

Sed ad utrumque facillime respondetur. Ad primum enim negamus, venditionem esse in nostro casu perfectam, aut pretium esse certum. Nec facit in contrarium textus in d. l. hac venditio; nam eatenus ibi pretium dicitur certum, quia refertur ad tempus præteritum, vel præsens: & quidem ad tempus præteritum refertur illud primum exemplum, quanti tu emisisti, tanti vendis? ad tempus præsens refertur secundum, quantum pretii in arca habeo. Constat autem, quæ hæc tempora respiciunt non posse ex se, & ex natura sua esse, nisi certa, quamvis a nobis ignorentur, quod textus idem declarat in verbis illis: *Magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.* Alia omnia in casu nostro, ubi agitur de pretio, quod tempus futurum respicit, nimirum post lapsum certæ diei determinando, & declarando per peritos. Omnia autem futura incerta sunt, nisi sint necessaria, & proinde incertum erit pretium ipsum. Nec obstat, quod dictum fuerit pretium justum: nam id non consistit in individuo, sed plus & minus recipere potest, ita ut sæpe accidat eodem tempore eandem rem pluris æstimari ab uno perito, quam ab altero. Similia his, quæ diximus, habentur de conditionibus, quæ incertæ dicuntur, & suspendunt actum, quod ad futurum contingens referuntur; nam si præsens, vel præscriptum tempus inspiciant, certæ sunt, & aut statim debetur, si veræ, aut nunquam debetur, si falsæ. Cujus rei rationem affert Justinianus in §. conditiones, Institut. de verb. oblig. in hæc verba: *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* Itaque in casibus propositis a Jurisconsulto in d. l. hac venditio, pretium est certum in se, sed incertum apud contrahentem: in casu autem nostro utraque incertitudo versatur.

Ad

Ad secundum, quod dicunt ob interesse actoris moram non purgari, respondetur ex communi distinctione, quam sequitur Forcatulus *loc.cit. num. 10*. Nempe interesse hic duplici modo capi; nam primo denotat lucrum cessans, vel damnum emergens ratione moræ, ut in *l. 1. ff. de æt. emti*, & in *l. si commissæ, ff. rem ratam haberi*; quo casu ejusmodi creditoris interesse non patitur moram emendari posse, propterea quod id ipsius moræ partus & effectus est: quod verum est, nisi una cum interesse res ipsa principalis commode præstetur. Finge, mutuo tibi centum dedi sub hac lege, ut nisi ad certam diem reddas, ob lucrum cessans, vel damnum emergens, usuræ debeantur; lapso jam die nequis moram purgare, nisi pecuniam debitam una cum pactis usuris restituas, DD. in *l. mora, ff. de usuris*. II. Interesse comprehendit solum rem ipsam principalem, vel ejus æstimationem: quod non modo in faciendi promissione, & in dandi contractibus innominatis, sed etiam in contractibus nominatis omnibus accidere potest, *l. naturalis, §. 1. ff. de præscript. verbis, §. alteri, Institut. de inutil. stipul.* Et in hoc mora purgari potest, dummodo omnia adhuc integra sint. Itaque si colonum dominus fundo frui prohibeat, & post paucos dies pœniteat, ita ut omnia integra sint; ex hac mora obligatio coloni non minuitur; dicetur vero res non integra, si colonus expulsus ex conductione, in aliam se coloniam contulerit, ut cum dominum pœnitet, duobus fundis colendis satis non sit; tunc fera pœnitentia dicitur, & moram non emendat, quia coloni damnum emergeret, *l. si in lege, §. colonus, ff. locati, l. illud, ff. de peric. & comm. rei venditæ*.

In specie ergo nostræ quæstionis, cum lapsa jam dies est, redemptioni pignoris apposita sic, ut creditori pignus intelligatur justo pretio emptum, versatur quidem interesse creditoris, sed id solam ipsam rem principalem respicit, hoc est, ejus venditionem: at nullum lucrum cessat, vel damnum emergit; propterea res integra, hoc est non statuto jam pretio, licet debitori moram emendare; ex regula, quod moræ purgatio permittitur, cum creditoris, aut actoris non interest, *l. etsi post, ff. si quis cautionibus*. Cum autem Adversarii dicunt, pœnam in contractu appositam impedire moræ purgationem, id verum est, cum pœna lucrum producit, vel damnum: secus vero, ubi de sola contractus rescissione in pœna actum est; nam ut diximus supra, si rem vendam sub lege commissoria, nempe ut non soluto ad certam diem pretio, res sit inempta, utique hæc contractus resolutio pœna est, nec tamen impedit moram emendari, *d. l. si servum Stichum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. d. l. si id etsi alia, ff. de const. pecunia*. Par omnino est casus noster, in quo alia pœna apposita non est, nisi ut resoluta pignore fiat venditio. Ergo & hic pœna non obstat, quando mora purgetur.

De Hypotheca tacita.

Quoniam hypotheca tacita non ex hominis provisione & facto descendit, sed ex legis beneficio, ideo in iis tantum casibus locum habere debet, in quibus lex expresse eam concedit; nam quod ex lege est, sine lege haberi non potest, Gl. in l. 2. in fine, ff. de priv. creditor. Hi casus admodum pauci erant, ut patet ex tit. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur, additis nonnullis aliis, qui sparsim leguntur in Jure antiquo. Deinde aucti fuere per Imppp. in C. ubi præsertim inducta hypotheca tacita est pro dote; verum non tot sunt, ut hæc materia brevis videri non posset. Nihilominus hodie secus est auctoritate Doctorum, qui in multis, & pæne infinitis casibus, hanc tacitam hypothecam introducere: quod factum est contra omnem rationem, quia, ut diximus, hæc hypotheca nisi lege loquente & statuentes nulla est. Nos vero, ne quid in hoc nostro tractatu merito desideretur, etiam de casibus istis, a nostris Jurisconsultis inductis, agemus, eos seligendo, qui nobiliores, & usu frequentiores sunt. Sit ergo.

De Hypotheca alimentorum.

D I S C U R S I O I.

Plures hic casus distinguendi sunt, in quorum aliis certum Jus est; in aliis dubium. Primo, si alimenta debeantur ex legato, puta si quis filio naturali, vel etiam alicui extraneo, annua tot pro alimentis reliquit; certum est, legatio in bonis testatoris concedi hypothecam, sive hæc ab herede possideantur, sive in extraneum transierint: non propterea quod alimenta ipse legatarius petat (nam hoc nomine Jus dubium esset) sed quod petat legatum, pro quo a Justiniano non modo personalis actio, sed etiam reivindicatio, & hypothecaria concessa est in lult. C. communia de leg. & nos diximus supra. Itaque cautio datur legatario agenti, ut ad vitandas lites, non veniat in judicium, nisi ut legatarius, Covar. 4. decret. par. 2. cap. 8. §. 6. num. 24. Negus. par. 2. membro 4. sub num. 164. & alii communiter.

II. Casus est, cum filiusfam. petit alimenta ex bonis adventitiis; in quibus pater habet usumfructum, filius proprietatem. Si ergo vivo patre bona ea in concursu creditorum, ipsis creditoribus assignentur, ut sibi fructus percipiant, quoad ipse pater in vivis maneat; tunc filius, saltem in subsidium, cum alia bona desunt, censetur in ipsis habere tacitam hypothecam pro alimentis, quæ cum antiquior sit, præferenda

ferenda est creditoribus aliis. Itaque licet pater sit fructuarius, & de fructibus pro arbitratu suo disponat, *l. 1. C. de bonis maternis*; tamen id cum aliquo temperamento orto ex naturali æquitate, intelligendum est, dummodo scilicet salva sint alimenta filiis proprietariis, *Rota decis. 125. par. 4. in noviss.*

Quod si dicas, filium non ali a patre ob peculium adventitium; sed propter naturæ obligationem, & vinculum, *l. fin. §. ipsum autem, C. de bonis quæ liberis*, ut propterea nullam filius in ipsis adventitiis actionem habeat ad alimenta sibi consequenda; respondetur distinguendo, obligationem alendi filium in quantum ad originem esse de Jure naturæ, & concedimus: in quantum ad subsidium, non esse in bonis adventitiis, & negamus; non enim verisimile videtur, legem ita patri usumfructum adventitorum voluisse concedere, ut filio fame sit perendum, dum habet bona, quibus potest vitam tolerare. Id enim nimius esset rigor, vel iniquitas potius. Itaque DD. hoc casu imperitiuntur filio hypothecam, vel saltem personalem actionem in rem scriptam, quæ nimirum persequatur rem quocunque transeat, etsi perveniat in manus creditorum: ut in quantum ad effectum nihil pœne distet ab hypothecaria. Hoc tamen privilegium non transit in cessionarium filii pro præteritis alimentis, *Pacificus de solv. interd. inspect. 3. cap. 2. num. 924.*

III. Est, si patre dilapidante bona, fuerint a Judice bona quædam filio assignata pro alimentis; tunc ex vi talis assignationis filius veluti hypothecam in eis bonis consequitur, & præferetur creditoribus patris hypothecariis, qui deinceps post assignationem contrahent, *Merlinus lib. 3. tit. 1. q. 1. num. 14.*

IV. Est, si alimenta sint tantummodo promissa ex contractu, vel debita ex obligatione naturali, vel Judicis officio. Et varia opinio est; quidam enim etiam hic hypothecam locum habere opinantur, *Felinus in cap. ad audientiam 2. num. 6. de rescript. Surd. de alim. priv. 5. 2. Pacificus loc. cit. n. 924. cum seq. Afflict. ad constitut. Regni in aliquibus, n. 35. Molfesius ad consuet. Neap. par. 5. de alim. præstand. q. 6. num. 23.*

Moventur I. ex *l. 1. C. de donationib. quæ sub modo*, ubi si prædium tibi donavi, ut certa mihi alimenta præberes, si legi non obtemperes, duplex mihi actio conceditur, primo condictio ob causam, ut reddatur prædium, quod quidem ex regulis Juris procedit: nam datum ob causam, & causa non sequuta, repetitur, *l. si ut proponis, C. de condictione ob causam*. II. vindicatio utilis, idque est contra regulas Juris, quæ doceant ex pacto nudo non acquiri dominium, *lea lege, C. cit. tit. l. traditio-nibus, C. de pactis*: tamen in hoc casu speciale est favore alimentorum, ut docet Gl. in *d. l. 1. v. condictio*. Sic ergo argumentantur DD. Favore alimentorum conceditur vindicatio, cum quis jam rei dominium habuit: ergo debet concedi hypotheca, cum quis dominium super re nunquam habuit.

Sed

Sed pro pleniori intelligentia, hæc altius repetenda sunt. Si donatio ob rem facta proponatur, tunc donatarius ad eam rem implendam cogi potest per alteram ex duabus actionibus, hoc est vel per actionem ex stipulatu, si modo stipulatio fuerit interposita; vel per actionem præscriptis verbis, si nulla stipulatio intercessit, *l. legem, l. cum res, C. de donationibus*. Cur vero detur hæc actio præscriptis verbis, patet, quia hæc donatio non mera est, sed ei admistum est negotium; hoc est contractus innominatus, Do ut des, vel Do ut facias, pro cuius implemento actio præscriptis verbis competit, *l. naturalis, ff. de præscript. verbis*. At si accidat, quod donatarius nolit, aut nequeat rem ipsam implere, eo casu, quia res non sequuta est, conceditur donatori una actio, quæ dicitur condictio ob causam, & est ad rem donatam repetendam; nam ob causam datum, causa non sequuta, repetitur, ut diximus, *l. Senatus, §. 1. ff. de donationib. caus. mortis, l. quoties, C. de revoc. donat.* Ex quo colligitur, in donatione ob rem, seu causam, statim dominium transire in donatarium; quoniam non competit condictio, nisi ei, qui dominus esse desiit; regula enim est, ut rem suam nemo condicat, præterquam a fure, & malæ fidei possessore, *§. sic itaque, Institutionib. de donationib.*

Verum sunt quædam specialia circa eam donationem, quæ alteri fit, ut nos ipse alat, vel ut menstruum, seu annuum præstet. Nam in *d. l. 1. C. de donationib. quæ sub modo*, habetur, posse donatorem revocare rem donatam non modo actione in personam, seu condictione ob causam, sed etiam actione in rem, seu reivindicatione. Ceterum impossibile videtur, posse has duas actiones simul conjungere & unire; nam condictio datur non domino: reivindicatio e contrario soli domino conceditur; quocirca si donator utramque habet, fiet, ut simul dominus fit, & non dominus, quod est absurdum; & nihilominus in hac donatione ob causam alimentorum, ita benignitate Principum statutum est. Ratio est, quia alimenta sine magno vitæ periculo, aut incommodo, nequeunt differri; ut propterea providendum sit, ut quam citissime consequamur eas res, quæ nobis alimenta præbent: citius autem ad hoc pervenitur reivindicatione, quam condictione. Ita Connanus *§. comm. 10. num. 1.*

Hæc ideo latius explicui, quia ex hoc fonte promanant quamplurima eorum privilegiorum, quæ licet in Jure non expressa, a Doëtoribus tamen alimentis conceduntur; & præsertim clarius patet vis argumenti propositi; si enim providendum est, ut quis alimenta, quanto citius fieri potest, consequatur, utique consequens est, ut pro eis tacita hypotheca concedatur; nam hypotheca habet viam expeditam ad consequendum id, quod nobis debetur: quod non accidet, si sola personali actione uti possimus, ut manifestum est. Nihil ergo mirum, si contra regulam, quæ ait, hypothecæ tacitæ non esse locum, nisi ubi

lex eam statuit; si, inquam, contra hanc regulam fiat privilegio alimentorum.

Hoc argumentum unam difficultatem habet, quod ea *l. 1. C. de donationib. qua sub modo*, est introducta privilegio Principum, contra regulas Juris, ut patet in illis verbis: *Vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt*. Ergo non potest inde argumentum desumi ad inducendam tacitam hypothecam favore alimentorum; nam notissimi Juris est, privilegia neque etiam ex paritate, aut majoritate rationis extendi de uno in alterum casum, §. *nam & quod Principi, Institut. de Jure naturali*. Et hac sane de causa in *d. l. 1.* apposita sunt verba illa, *In hoc casu*, quæ tantundem valent, ac si dictum esset, *In hoc & non in alio casu*; sunt enim restrictiva, ut DD. loquuntur.

Moventur II. quia alimenta debentur ex bonis obligati; ergo bona ipsa censentur obligata, seu oppignerata. Probant id ex *l. si quis libertis, ff. de alim. leg.* ubi si alicui fuerint legata alimenta, ea quia ex bonis testatoris debentur, præstanda sunt a quocunque successore, etiam fisco, ad quem bona ea fuerint devoluta, tanquam si fuissent hypothecata. Quod argumentum nullius momenti est; nam plus probat, quam velit, & propterea nihil probat; nam inde sequeretur pro quocunque debito dandi oriri hypothecam tacitam, veluti si promissisti dare 100. equum, vestem, aut quid tale: quippe hoc debitum ex bonis promissoris persolvatur necesse est; & tamen nemo dixerit, hic bona ut oppignerata haberi. Falsa est ergo consequutio. Nec obstat textus Marciani in *d. l. si quis libertis*, quoniam ibi sermo est de successore ultimi, ad quem constat transire onus solvendi legatum, ut ibi recte notat Gloss. *v. præstanda sunt*. Et hinc est, ut etiam fiscus teneatur, si ad eum Jure devolutionis bona transeunt; fiscus enim in his casibus utitur Jure privati, & tanquam heres habetur, ut teneatur inventarium conficere, & facere fatis creditoribus defuncti, DD. in *l. 1. & 2. C. si adversus fiscum*.

Huc adde, quod neque certa rerum designatio inducit super rebus illis hypothecam, cum ad singularem transeunt successorem, ut recte docuit Gomez. *variar. resol. tit. de contractib. cap. 15. n. 22. ex l. Titius cum mutuos, §. Lucius Titius, ff. de contr. emt.* ubi qui promissit de fundo suo aliquot modios frumenti annuos præstare, fundum vendidit: & Scævola ait, emtorem ad frumenti præstationem non teneri, quamvis in venditione fuerit dictum, *Quo Jure, quave conditione ea prædia Lucii Titii hodie sunt, ita vaneant, itaque habebuntur*. Et frustra Accursius putat, in eo textu emtorem personali actione conveniri non posse, posse vero reali. Quæ interpretatio inepta est; non enim poterat ullo modo apud Scævolam quæri, & dubitari, utrum emtor teneretur actione personali, cum clarissimi Juris sit, hanc actionem non dari, nisi contra eum, qui nobiscum contraxit, aut quasi contraxit, non item

con-

contra emptorem, contra quem sola realis actio locum habere potest. Itaque quaestio apud Scævolum fuit de actione hypothecaria, non quidem tacita, cum nullum hic beneficium legis locum habeat, sed de expressa, orta ex provisione contrahentium, utpote qui designaverant fundum, ex quo frumentum deberetur; ut propterea orta dubitatio sit, an ea fundi designatio pro hypotheca fuerit habenda. Id negat Scævola.

At vero Accursius tandem videtur concedere, Scævolum negare praedium intelligi obligatum; tamen addit aliud esse in specialibus, & favorabilibus praestationibus, ut puta alimentis vel Reipublicae. Probat id ex *l. baetenus, ff. de usufr.* quae nihil ad rem facit; nam ibi tantummodo dicitur, usumfructuarium, qui legato usumfructum consequutus est, teneri ad alimenta praestanda ei, cui testator iusserit; certum est enim posse a legatario legari, ut nostrae leges loquuntur, hoc est, posse legatario injungi, ut legatum solvat, dum ne plus quisquam gravetur, quam ipse ex testamento coeperit, §. *potest autem, Institutionib. de singulis reb.* quare non tenebitur fructuarius ad alimenta praestanda, nisi cum expresse testator ei, ut legatario, id oneris injunxerit, ut clare in eo textu patet.

Itaque stet, quod diximus, certam loci designationem non parere hypothecam, nec etiam pro alimentis, nisi expresse de hypotheca actum sit, ut praeterea evidenter probatur ex *l. Lucius Titius, ff. de alim. legatis*, ubi qui cibaria, & vestiaria annua libertis suis reliquit, diserte addidit, velle eis ob eam causam obligatos esse Fundos. Ex quo fit, multo minus hypothecam intelligi in alimentis, cum nulla loci, seu rei designatio intervenit, ut docuit Alex. in *l. qui absenti*, §. 1. num. 9. ff. de acq. poss. Rom. cons. 474. Negus. par. 2. membr. 4. num. 164. Gabriel comm. opin. tit. de alim. concl. 2. Cyriac. contr. 18. Thes. 2. qq. forens. 67. alique apud Merlinum lib. 3. tit. 1. q. 1. n. 5.

Quando ex pecunia pro re data, contrahatur in rem hypotheca.

D I S C U S S I O I I.

Quoties res aliqua ideo extat in bonis debitoris, quia ei a certa persona mutuo pecunia data est, tunc super ea re ipse creditor tacitam acquirit hypothecam. Itaque si quis pecuniam credat ad extruendum aedificium, beneficio Senatusconsulti sub Marco Imperatore facti, tacitum pignus in aedificio habet, *l. 1. ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur*, ibique Glos. v. datum. Id verum est, cum nominatim pecunia data fuerit pro aedificio excitando; nam si simpliciter data sit, quamvis deinde ad hoc erogata sit a debitore, & id probeatur, tamen privilegium hypothecae locum non habet, ut patet ex *l. procuratoris*,

toris, §. plane, ff. de tributoria act. ubi merces emta a servo Titii negotiatore, pecunia mea, veniunt in tributum, quia scilicet non fuit pecunia nominatim ad eas merces comparandas credita, ut notat Negus. par. 5. membr. 2. num. 15. Exigitur etiam, ut pecunia vere a debitore sit expensa in ædificio extruendo; aliter cessat ratio legis, nempe creditorem ideo hypothecam habere, quia ejus beneficio res extat, Guttierrez pract. qq. lib. 5. q. 98. num. 2.

Quod si dubium fuerit, utrum pecunia credita vere in rem, pro qua data est, sit erogata, eo casu satis est probare, statim post creditam pecuniam sequutam fuisse ædificationem domus, ex regula Bartoli in l. Aristo, num. 5. ff. quæ res pignori, Martius Medices dec. 19. exam. 11. & alii communiter adducti in hanc opinionem etiam ex textu in l. Lucius Titius, ff. de exercit. act. ubi qui mutuatur pecuniam servo magistro navis pro refectioe navis ipsius, non tenetur deinde in instituenda actione contra exercitorem probare pecuniam in refectioem navis esse consumtam, sed satis est, si quatuor concurrant. I. si cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuit, ut refici deberet. II. ut credat, seu mutuo det pro ipsa navi, cui quis magister præpositus est. III. ut non major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem fuerit necessaria; aliter enim in solidum adversus dominum navis actionem non habebit. Tandem, ut in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit. Concludit demum Africanus ibidem: *Et in summa aliquam diligentiam in ea re creditorem debere præstare*. Sic ergo in casu nostro creditor, qui mutuo dat pecuniam pro domus ædificatione, non debet adstringi, ut ipse ædificii curam suscipiat, & rem alienam gerat, quod certe futurum esset, si necesse habeat probare pecuniam in ædificationem domus erogatam esse: & pro magna conjectura, & præsumptione habebitur, si ædificatio contractum sequatur. Ex hoc etiam textu patet, quod si pars tantum in ædificium sit erogata, pro parte etiam beneficium competet, ut colligit, præter Medicem loc. cit. Caroc. de locato, par. 7. concl. 49. Nihilominus Africanus, si recte expendatur, non hoc dicit, nisi eo casu, quo major, quam necessaria sit, pecunia credatur: quocirca inuere videtur, quod si non major, sed quantum est satis, pecunia mutuetur, ut competat beneficium hypothecæ pro integra quantitate, non aliud opus est, nisi, ut afferantur præsumptiones & conjecturæ supra positæ ab Africano. Sic pro superfluo tantum hypotheca non dabitur, Negus. par. 5. membr. 2. num. 15.

Quod diximus de ædificio extruendo, non est dubium porrigi ad similes casus, in quibus pecunia datur pro re comparanda, vel conservanda, veluti si detur pro pabulo pecudum, pro meliorationibus fundi; immo datur hypotheca hæc tacita etiam pro salario advocati, & procuratoris, quorum opera dicitur res conservata, ut propterea habeant etiam, ut retinere possint loco pignoris scripturas, donec eis fiat satis, Surd.

Surd. dec. 50. Duran. dec. 53. qui notat, id etiam locum habere, si advocatus causa cadat.

Sed ambigitur, utrum simul cum hypotheca concedatur etiam prælatio. Et cit. DD. communiter docent, eam concedi, prorsus ut ex pecunia data pro rei conservatione vel acquisitione tria oriantur privilegia. I. quod in actione personali præfertur creditoribus omnibus chirographariis. II. quod in ea re tacitum pignus acquiritur. III. quod ex tacito pignore præfertur anterioribus. Addunt & quartum, ut competat rei ipsius retentio, ut modo diximus de Advocato, & procuratore. Verumtamen nobis contrarium arridet, & dicimus, leges omnes, quæ ab adversariis citantur, duo tantum probare: primo, creditorem istum in conditione præferri creditoribus aliis personalibus, fito excepto: secundo, tunc tantum in hypothecaria actione præferri, cum per expressam hypothecam sibi cavit; non etiam per tacitam.

Itaque quod diximus primo de prælatione in actione personali, patet ex *l. quod quis, ff. de priv. credit.* ubi hæc verba leguntur: *Quod quis navis fabricandæ, vel ormandæ, vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat* (hoc est, si ementi navem pretium credidi) *habet privilegium post fiscum.* Quem textum recte Gloss. *ibid. in fin.* intelligit de actione personali, non etiam de reali; nam in actione reali fiscus nullum habet privilegium, & solum inspicitur tempus, ut qui prior in tempore est, potior sit in jure, ut expresse habetur in *l. ff. fundum, C. qui potiores in pign.* Sermo itaque est solum de actione personali, in qua non habetur ratio temporis, sed causæ, ut is præferatur, cujus causa potior est: quod patet etiam ex *tit. qui est de privilegiis creditorum*: privilegia enim ea proprie sunt, quæ pro actione personali conceduntur; ut ibidem dicitur in *l. privilegia*, in hæc verba: *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa*; quocirca in casu proposito si plures chirographarii creditores super navem, ut sibi faciant satis, concurrant: primum omnium solvitur fito, quia ut publica causa præfertur privata, ita ipse anteponitur reliquis creditoribus ex causa concurrentibus: deinde creditori, cujus pecunia res comparata, vel conservata fuit. Verum tamen est, hodie ex Justiniano huic creditori præferri etiam mulierem agentem pro restitutione dotis, *§. his consequens, a. ib. de æqualitate dotis.*

At vero ad prælationem inter hypothecarios, non est satis sola hypotheca tacita creditoris, sed præterea exigitur expressa hypotheca rei, pro cujus comparatione, vel conservatione, pecunia data est. Ita probatur ex *l. licet, C. qui potiores in pignore*, ubi expressis verbis habetur: *Eum, cujus pecunia pradium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri*; quæ verba palam docent, prælationem non competere, quoties res non est expresse, imo specialiter obligata. Neque obstat, quod hic sermo sit de comparatione

tionem rei; nam idem est, si de rei conservatione loquamur, ut in *l. interdum*, cum seq. ff. *qui potiores in pignore*, illis verbis: *Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut navium exolvatur, potior erit, licet posterior sit*; ubi eodem modo ad prælationem duo exiguntur, hypotheca expressa, & specialis. Et ratio est, quia de Jure ordinatio lex nunquam duo simul privilegia concedit, ut disputant DD. de dote, ob quam mulier contra regulas Juris, habet tacitam hypothecam, & prælationem; quod adeo durum visum est Antonio Fabro 8. *conject.* 11. & 12. ut Justinianum nimis uxorie se gessisse dixerit; quinimmo addit, id factum malitia Theodore uxoris suæ, quam ad Republicæ consilia Justinianus advocare solitus erat, ut in *novella* 8. Itaque alterutrum huic creditori privilegium lex impertitur: aut enim nulla hypotheca sibi cavit, & ex beneficio legis ei tacita conceditur: aut sibi cavit expresso & speciali pignore, & eo casu conceditur prælatio.

De Hypotheca tacita ejus, qui emphyteusim concessit.

D I S C U S S I O III.

DE duobus hic quæritur, de annuo canone, & de laudemio, utrum scilicet eo ab emphyteuta non persoluto, dominus directus tacitam hypothecam acquirat? Et non acquirere, late tueretur Caldas *de emphyteus. lib. 4. cap. 3.* Valasquez *de Jure emphyt. qu. 4.* Merlin. Pignatellus *controvers. cap. 36.* Roderic. *de annuis redditib. lib. 2. qu. 22.* & ita decisum refert Guid. Papa *decis. 9.*

Quod probatur I. ex regula generali, quæ docet, tacitam hypothecam, nisi lege expresse jubente, non induci, ut supra notavimus, & monet Glos. in *l. in fine*, ff. *de priv. creditorum*, & alii passim; si enim in ceteris erubescimus sine lege loqui, quanto magis id erit, ubi de privilegiis sermo est, quæ sola lex ex munificentia sua impertitur? Jam nulla adest lex, quæ caveat, bona emphyteutica pro canone, aut laudemio censerî oppignerata.

II. Probant, tum quia pignus nemo in re sua habet, *l. neque pignus*, ff. *de reg. Juris*, *l. si rem alienam*, ff. *de pign. act.* ut supra in I. discussione probatum est; tum etiam quia nemini res sua servit, & hypotheca pro servitute habetur, *l. si rem alienam*, ff. *de pignorib.* Ergo concessor emphyteusis in ea re, quæ sua est, pignus nancisci non potest.

III. Qui obligatur ex fundo annuam præstationem dare, non dicitur constituere in eo fundo hypothecam, *l. fin. §. Lucius Titius*, ff. *de contr. emt.* quem textum supra explicavimus, loquendo de hypotheca alimentorum: quapropter cum emphyteuta se obligat ad præstandum ex fundo

an-

annuum canonem, nullam in favorem domini videtur in eo tacitam hypothecam constituisse, sed solum erit ipsi domino personalis actio quaesita contra debitorem emphyteutam, heredemve illius.

Contra tamen tendunt alii, & præcipue Baldus in *auth. si quas ruinas*, num. 9. in fine, *C. de Sacros. Eccl.* Jas. in *l. 1. n. 70. C. de Jur. emphyt.* Roman. *conf. 311.* post alios Pacificus *de Salvione inspect. 3. cap. 4. n. 114.* qui omnes docent, pro annuo canone non persoluto acquiri domino hypothecam tacitam. Idem de laudemio Franch. *dec. 430.* Gratian. *cap. 272. num. 5.* cum aliis pluribus. Eorum rationes videamus; habent enim multa notatu digna, docentque tacitam hypothecam non solum ex lege provenire, sed etiam ex præstationibus, & ex contrahentium tacita voluntate: quæ tria omnia in proposito casu concurrere volunt.

Primo ergo pro eo, quod ad legis dispositionem attinet, proferunt textum in *§. scire autem*, *auth. de non alienandis, vel permutandis rebus Ecclesiasticis*, ubi cum Imperator dixisset, ob canonem Ecclesiæ per biennium non solutum, emphyteusim devolvi ad Ecclesiam, nec meliorationes reddi, hæc addit: *Sed si quidem deterius fecerit prædium suburbanum, aut domum, qui emphyteusim percepit, cogi eam de suo diligentiam, ac restitutionem prædicti status facere, & obligatos esse ad hoc ipsum, & heredes ejus, & successores, ejusque res, insuper & debitos omnes redditus sine dilatione exigi.* Hic duo sunt, quæ notari volunt; primo, præter cetera, sermonem haberi de redditibus debitis, hoc est, de annuo canone non soluto; hic enim est redditus domino debitus; deinde agi non modo de actione personali, sed de hypothecaria etiam, cum dicatur, *Ejusque res*; quæ verba & ad antecedentia & ad subsequentia referri debent, ut etiam pro redditibus debitis intelligantur res emphyteutæ tacite hypothecatæ. Itaque negant quod Auctores prioris sententiæ dicebant, nulla lege hic tacitam hypothecam induci, cum eam concedat textus in *d. §. scire autem.*

Verum respondetur, in hoc textu non agi de emphyteusis tacita oppigneratione, sed solum de reliquis rebus debitoris, quæ ex beneficio legis censentur tacite hypothecata non quidem cuicumque, sed Ecclesiæ, de cujus favore apertis verbis ibi loquitur Imperator; ut sit quid simile legatario, qui pro legato obtinet super re ipsa legata dominium, super reliquis bonis hereditariis hypothecam, ut diximus. Ita ergo Ecclesia pro canonibus sibi debitis habebit bona debitoris tacite oppignerala, at in ipsa emphyteusi solum obtinebit dominium, non etiam pignus, ut legatarius pignus in re legata non habet. Ratio utriusque rei est, quia in re sua pignus consistere nequit, ut dictum est. Falsum est ergo, legem ullam tacitam hypothecam in emphyteusim ipsam introducere, quæ est nostra disputatio; sed solum in reliquis debitoris res: quod ipsum tantummodo locum habebit in emphyteusi Ecclesiastica, de qua textus loquitur, non etiam in aliis; plura enim sunt, quæ lex concedit Ecclesiæ

elefæ ex speciali favore, quæ ad alios non porriguntur; ut in hac ipfa emphyteufi, quæ fi fuerit Ecclefiaftica devolvetur ob canonem biennio non folutum, cum in aliis triennii ceffatio exigatur, *d. §. fcire autem.*

II. Volunt, hypothecam tacitam etiam induci, quoties fuper re aliqua pensio annua perfolvenda eft: immo volunt, hanc hypothecam effe fpecialem, & privilegiam, Cencius *de cenfibus par. 1. cap. 2. qu. 3. art. 1. nam. 5. ex l. pen. §. instituto*, ibi, *Neque fœnerari fuper eas*, ff. *de leg. 2.* Jam ita argumentantur. Quæ dicuntur de præftatione annua, trahuntur ad canonem debitum ex re emphyteutica, Abbas *conf. 30. col. 1.* Ergo ficuti ex illis oritur tacita hypotheca, ita etiam ex ifto.

Sed neque hæc quidquam urgent; falſum enim omnino eft, ex annua præftatione fuper fundo oriri fundi hypothecam, ut probavimus ex *d. l. fin. §. Lucius Titius*, ff. *de contr. emt.* Neque in contrarium facit textus *d. l. pen. §. instituto*; nam licet verum fit, fœnerari fuper ædes, inducere hypothecam ædium, tamen hæc hypotheca non eft tacita ex beneficio legis, fed expreffa ex voluntate contrahentium; quia fœnerari fuper re aliqua eft obligare rem illam creditori; non modo pro forte, fed etiam pro uſuris. Quare exigitur, ut exprefſe debitor obliget eam rem. Quod non eft in cafu noſtro, ut patet.

III. Afferunt, tacitam hypothecam non modo legis auctoritate induci, fed etiam voluntate contrahentium. Quod probant ex *litem quia*, ff. *de pæctis*, ubi quia conventiones etiam tacitæ valent, placet in urbanis habitationibus locandis inveſta illata, pignori effe locatori, etiamſi nihil nominatim convenerit. Ex hac ergo generali regula deducitur, ut cum contrahentes volunt, ut canon ex prædii fructibus ſolvatur, etiam voluiſſe videantur, ut ipſi fructus pro eo canone ſint tacite oppignerati, quaſi plus dictum ſit, & minus ſcriptum, argumento ex *l. cum avus*, ff. *de condit. & demonſtr.*

Tamen facilis reſponſio eft, diſtinguendo: tacita voluntas & conventio inducit hypothecam, lege accedente, concedimus; lege non accedente, & negamus. Dicimus enim, tacitam hypothecam ſemper ex lege induci, quæ tamen lex aliquando ſolo favore & ſpeciali ratione ad id movetur, aliquando ex tacita contrahentium voluntate; ita tamen, ut ſi huic voluntati expreffa lex non accedat, ea ſola per ſe ad tacitam hypothecam ſatis non ſit. Quod probatur ex ipſa *litem quia*, ubi inveſta illata in fundum urbanum ab inquilino tacite oppignerata cenſentur, quia ita legi placet, ut ibi dicitur, favere tacitæ conventioni locatoris, & conductoris. At vero hæc eadem tacita voluntas videtur effe in locatione fundi ruſtici, & tamen inveſta illata per colonum non cenſentur tacite hypothecata, ut patet ibi, *v. In urbanis habitationibus*, & habetur in *l. eo Jure*, ff. *in quibus caufis pignus vel hypotheca tacite contrabatur*; ut differentia inter colonum & inquilinum refundatur in legem ipſam, quæ tacitæ voluntati in inquilino accedit, non etiam in

colono; nam dicitur: *Eo Jure utimur, ut quæ in prædia urbana induc-
ta, & illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: In
rusticis prædiis contra observatur.* Quod tamen sub distinctione in-
telligendum est, ut quæ in ædes ab inquilino inferuntur, & domino
ædium ignorante, oppignerata censeantur: in fundum vero a colono
non omnia, sed ea tantum, quæ voluntate domini inducta fuere, ut
distinguitur in *l. certi Juris, C. de locato*. Itaque licet in utroque casu
semper & eodem modo tacita voluntas inesse videatur, tamen non
æqualis est tacita hypotheca, sed dispar, quia lex non æque favet; ut
omnino verum sit, quod diximus, tacitam voluntatem per se ad taci-
tam hypothecam non esse satis. Unde plures extant in Jure nostro ca-
sus, in quibus semper fuit eadem tacita voluntas, at tacita hypotheca
non habuit locum, nisi postquam lex accessit; nam Justinianus in *l. 1.
C. commun. de legat.* ait, se tacitam hypothecam pro legatis impertiri ex
voluntate testatoris; quæ voluntas in testantibus semper eadem fuit,
& tamen ad tacitam hypothecam opus fuit lege expressa Justiniani, cum
antea nulla hypotheca fuerit. Sic, nisi sub Imperatore Marco Senatus-
consultum fuisset latum, ut mutuanti pecuniam ad refectionem domus,
tacite domus intelligatur oppignerata, nunquam hæc hypotheca esset
concessa, *l. 1. ff. in quibus causis pignus*. Et ita est de aliis legibus, qui-
bus adversarii abutuntur.

Præterea falsum est, quod toties Adversarii ingerunt, annum can-
onem deberi ex fructibus emphyteusis, cum detur solum in recognitio-
nem domini, adeo ut si fundus fortuito fructus non ferat, non propterea
sit remissio, aut diminutio canonis, ut omnes post Valasquez *de emphyt.*
qu. 27. num. 7.

Et si vero Merlinus *lib. 3. tit. 1. qu. 11.* doceat, pro annuo canone
dari tacitam hypothecam; tamen recte id in laudemio locum non habere
fatetur; tum quia id nullo Jure cautum est: tum quia laudemium præ-
statur ab emphyteuta ipsi domino propter consensum, quem venditio-
ni præstitit, seu pro nova investitura: ut propterea censeatur omnino
a re-emphyteutica separatum, nec pariat actionem realem, sed persona-
lem tantum, ut Surdus decisum refert *decis. 31. & decis. 200. num. 2.*
Hinc est, ut domini emphyteusim concedentes caveant sibi in investitu-
ra, dicendo emphyteusim esse sibi obligatam tam pro solutione canonis,
quam laudemii, ut scilicet expressa hypotheca inducatur, Amadeus
de laudemio, qu. 45. in fine.

Sed si pro canone non soluto expressa hypotheca contracta sit,
quæritur quid dicendum sit, cum ex nova investitura tertius pos-
sessor ad emphyteusim admittitur, illi a priori possessore venditam,
utrum teneatur pro canonibus a priori non solutis? Et verius est tene-
ri, quia Jus istud rei inhaeret, & transit quocunque res ipsa transeat,
l. bañennus, ubi *Glos. v. ab ea, ff. de usufr.* Quare poterit contra tertium

istum possessorem ex hypothecaria agi, etiam non excusso principali, *Gama decif. 145. Covarr. 3. variar. 7. num. 6.*

His ita resolutis, patet quid dicendum sit in similibus causis, ut in Decimis, quæ debentur ex fructibus prædiorum, in pensionibus, quæ præstantur a beneficiato ex fructibus ipsius beneficii. Et certe, si Juris rigorem attendamus, non alia actio, nisi personalis competet; tamen favore piæ causæ recipi posset, quod communiter docent, nempe dari etiam hypothecariam, etiam contra tertium possessorem pro præteritis, & non persolutis decimis, aut pensionibus: & ita de decimis tradit Gigas *de pensam. qu. 39. & 43. Cypyc. dec. 20. num. 26.* Moneta *de decimis, cap. 6.* & de pensionibus idem Gigas *qu. 52.* Gonzalez ad *reg. 8. Cancell. gl. 5. §. 5. num. 45. & seq.*

Ita etiam privilegio universitatis, vel fisci, universa bona eorum, quæ censentur vice pignorum, tributis obligata sunt, ut loquitur Imp. in *l. 1. C. in quibus causis pignus*. Ex quo textu DD. generatim docent, pro collectis, & pro vectigali, quod Principi solvitur pro erectionibus rerum, quæ in urbem introducuntur, vel inde efferuntur, hypothecam super bonis ipsis competere; quod etiam videtur colligi ex *l. Imperatores, ff. de publicanis, & vectigalibus*, ubi ex Imperatoribus Antonino, & Vero, dicitur, in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri: & ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal. solvere debere; & habetur etiam ex textu in *l. cum possessor, §. pro pecunia, ff. de censib.* & in *l. prædiis, ff. de Jure fisci*, & in *l. fin. C. sine censu, vel reliquis*; qui tamen textus omnes, ut recte notat Guttierrez *de gabellis, qu. 169. num. 4.* loquuntur de tributo, quod ex prædiis vectigalibus Principi solvitur, non de vectigali, seu gabella, ex contractu sive re mobili debita: sicuti census in *d. l. fin.* est tributum, quod prædiis provincialibus imponebatur, fisco pendendum: quod si in debitum transibat, ita ut residuum esset, dicebatur reliquum: hinc reliqua colonorum dicuntur pensiones residuæ a colonis debitæ, *l. 29. §. peto, ff. de leg. 3.*

Ex his Guttierrez concludit, has leges locum non habere in vectigali ex rebus mobilibus debito, pro quo tacitam hypothecam negat dari, quod etiam habet Surd. *dec. 32. num. 10.* Id tamen non placet, quia maxime apud nos, ubi vectigal pro prædiis non solvitur Principi, sed in ejus locum præstatur ex rebus mobilibus; quare sicut pro illo tacita competit hypotheca, ita etiam pro isto; nam subrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum subrogatum est.

At vero in aliis locis Universitates habent, ut dicitur, æstimum & catastum bonorum stabilium cujuscunque Civis, & juxta illud onus solvendi tributum seu collectas imponitur: onusque hypothecæ oritur a quo die bona in æstimo descripta sunt, Mantica *de tacitis lib. 1. tit. 18. num. 16.* quæ hypotheca perdurat, donec ipsa bona nomine possessoris descripta ibi sunt; nam descriptione cessante, finitur hypotheca, *l. ult. C. si-*

C. sine censu vel reliquis, ut loco citato docet Mantica.

Hæc tamen locum non habent, quoties capita censentur, seu in collectis, quæ ex singulis capitibus exiguntur, pro quibus sola personalis actio competit, Soccin. *conf.* 243. n. 1.

De hypotheca orta ex administratione.

DISCUSSIO IV.

Etiam si regula sit, patrem legitimum administratorem bonorum filii, quem in potestate habet, non teneri finita administratione, rationem reddere, ut *gubernatio rerum eorum sit penitus impunita*, ut ait Justinianus in *l. cum oportet*, §. *tum autem*, *C. de bonis quæ liberis*, & habetur in *l. fin. §. fin autem*, *C. eodem*, ubi id ad reverentiam, quam filiusfam. patri debet, refertur, & nos probavimus in *tit. C. de bonis maternis*: tamen tres sunt casus, in quibus pater rationem administrationis reddere tenetur. I. De iis bonis, in quibus nullum habet usumfructum, utpote quorum nec legitimus administrator censetur, Soccinus *conf.* 34. lib. 1. Aymon *conf.* 218. num. 3. II. Si pater transeat ad secundas nuptias, de quo lex non admodum confidit, Fulg. in *l. jubemus*, §. 1. *C. ad Trebell.* per illum textum. III. Si pater dolum in rerum adventitiarum administratione admiserit, Soccinus *conf.* 34. num. 15. & *seq. ex d. l. cum oportet*, §. *fin.* Quidam addunt & quartum, cum pater ex causa legibus cognita valide filiosfam. donat; etsi enim rei donatæ pater administrationem habeat, ut rerum adventitiarum, tamen rationem tenetur reddere, Angelus in *l. litis*, §. *patri*, *ff. de neg. gestis*, Pinellus ad *l. 1. C. de bonis maternis*, par. 2. n. 32.

Queritur modo, in his casibus utrum bona patris male administrantis censeantur tacite ipsi filiosfam. oppignerata? Difficultatem facit, quod Justinianus in hac re sibi ipsi pugnare videtur in *d. l. cum oportet*; nam in §. *non autem*, ait: *Non autem hypothecam filiosfam. adversus rem patris viventis adhuc, seu jam mortui, sperare audeant*. Deinde in §. *fin.* contrarium asserit, dicendo, tacitam hypothecam in rebus patris filio concedi, eamque hypothecam oriri non a tempore malæ gestionis, sed ex quo administratio incepit: quod ipsum videtur colligi ex *l. fin. §. fin autem* 55. *C. eodem*, ubi dicitur, patrem usuras filio, vel ex redditibus, vel ex substantia sua, omnimodo dare compelli.

Pro qua antinomia solvenda varias Accursius profert responsiones in *d. §. non autem*; nam primo dicit, eum §. corrigi, ex §. *fin.* ejus legis. Quod est absurdum; cum enim hi §§. sint in eadem lege, prorsus fieri nequit, ut Justinianus eodem loco sibi adversarius sit, seque ipsum corrigat; lex enim posterior corrigit anteriorem: at non eadem lex se ipsam.

Sed cum videret Accursius id stare non posse, alio se vertit; ait, que filium in bonis patris expressam hypothecam acquirere non posse, posse vero tacitam; nam textus in *d. §. fin.* expresse de tacita hypotheca sermonem habet, eamque filiis concedit; at in *d. §. non autem* generaliter hypotheca dicitur, quam de expressa accipere oportet, ne ea lex sibi adversetur. Quæ solutio nec etiam recipi potest, quia cui conceditur plus, non debet negari minus: sed plus est hypotheca tacita ex eo, quod hæc conceditur solius legis auctoritate ex privilegio in certis casibus favore dignis; quare si tantum lex filio favorem impertitur, ut tacitam in bonis patris administrantis hypothecam habeat: non debet deinde negare, quod est minus, nempe ut ipse sibi filius caveat per hypothecam expressam, quæ vulgo unicuique concedi solet.

Respondet etiam Accursius, filium nullam habere hypothecam in patris bonis, donec patris sunt, etiam male administrantis: at si pater res suas in alterum distrahat, tum filio in eis bonis competere hypothecam, quia jam patris esse desierant. Et hanc responsionem veriores esse ait. Est tamen falsa; cum enim in *d. §. fin.* dicatur, hypothecam pro filio oriri ex quo die pater administrationem accepit, certum est concedi hanc hypothecam etiam cum bona apud patrem sunt, necdum alienata; cum nequeat hypotheca dari super bonis jam tempore initæ administrationis, vel initi contractus alienatis.

Placet ergo, ut duos casus distinguamus, juxta ea, quæ statim initio Discussionis proposuimus cum Bartolo in *d. §. non autem*, & Baldo in *d. §. fin.* Primus est, si pater ob negligentiam, vel imperitiam male administret bona filii, in quibus usumfructum habet; & eo casu nullam filius in bonis paternis hypothecam habebit. Quod probatur, quia tunc pater rationem finita demum administratione reddere non tenetur, *d. l. cum oportet, §. non autem*. Ergo nullo modo potest apparere utrum pater sit debitor, an secus; quare contra patrem nulla actio, neque realis, neque personalis dabitur. Ita præter citatos DD. tradunt Pinellus in *l. 1. par. 2. n. 33. & seq. C. de bonis maternis*, Gutierrez *de tutela, par. 2. cap. 16. num. 25.*

Alter casus est, si pater dolo & fraude male administret; cum enim furus dolus nemini debeat patrocinari; inde fit, patrem eo casu obligari ad rationem administrationis reddendam, & filii debitor erit; quare tum recte procedet textus in *d. §. fin.* ubi tacita hypotheca in bonis paternis, etiam dum patris sunt, filio impertitur, Mantica *lib. 11. de tacitis, tit. 16. num. 16.* Socc. *cons. 34. num. 15. cum seq. lib. 1.*

Putant vero communiter, tacitam hanc hypothecam filio etiam acquiri, cum pater administrat ea filii bona, in quibus usumfructum non habet, ut post Negus. & Gutierrez docet Merlinus *lib. 3. tit. 1. qu. 17. n. 8.* Sed verius est, eam hypothecam locum non habere, ut voluit Baldus Novellus *de dote par. 9. priv. 8.* motus ex eo, quod tacitæ hypothecæ

thece privilegium fuit a lege inductum pro bonis, in quibus pater habet usumfructum, & est legitimus administrator, ut propterea nequeat ad alios casus extendi. Neque obstat, quod ait Merlinus, patrem hic etiam pro legitimo administratore haberi: quod est falsissimum; nam peculium plene sibi quæsitum ipse filius administrat, tanquam si castrense esset, *l. Imperator, ff. ad Trebell.* & de eo potest testari, *l. ult. §. filius autem fam. C. de bonis, quæ liber.* quod secus est in iis, in quibus pater usumfructum habet, *l. nemo ex lege, C. qui testamenta.* Constat autem, contra legitimum tantum administratorem oriri ex beneficio legis hypothecam, *l. fin. C. de legit. tutorib.* Quare nec etiam mater habebit bona sua filio hypothecata, cum ipsius bona administrat, cum neque ipsa legitime, seu ex auctoritate Juris, administret, licet contrarium senserint Molina *de Justitia & Jure, disp. 536. num. 6.* Gutierrez *d. cap. 16. num. 14.*

Neque iterum obstat, legitimum administratorem non esse debere deterioris conditionis, quam illegitimus sit: quare si legitimus habet bona sua obligata, etiam non legitimus eodem onere gravari debet, ut ait idem Merlinus *loc. cit. num. 12.* Nam respondetur, antecedentem propositionem veram esse, cum nulla adest ratio disparitatis, quæ certe in nostro casu adest. Nam cum legitimus administrator detur a lege etiam invitis, quippe pater etiam invito filio fam. ejus bona adventitia non plene quæsitæ administrat; hinc factum est, ut ex alia parte lex filio succurrat, concedendo ei contra dolum patris tacitam hypothecam. At vero quando administrator non datur a lege, sed eligitur sive tacito, sive expresso consensu, a bonorum domino, tunc lex domino privilegium hypothecæ non concedit, utpote qui poterat vel meliorem administratorem eligere, vel ut facto suo elegit, ita poterat facto suo sibi cavere per expressam hypothecam. Et hic habet locum regula, quod mala electio culpæ adnumeratur.

Quæritur hic, an sicut pupillus & minor acquirunt tacitam hypothecam in bonis tutoris & curatoris, ita e contrario tutor & curator acquirant in bonis pupilli, vel minoris, quoties redditis rationibus appareant creditores? Et affirmant, Surdus *de alim. tit. 9. q. 44. n. 14. & seq.* Mantica *loc. cit. num. 17.* & ante ipsos Baldus in *l. certi Juris, num. 14. & seq. C. de locat.* & moventur ex eo, quia tutor & pupillus exæquantur ab Ulpiano in *l. 1. ff. de contraria tutela actione*; hoc est, ut sicuti tutor obstringitur pupillo; ita ut tutor facilius ad administrationem accederet, factum est, ut ipsi pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur: Etenim, ait Ulpianus, *provocandi erant tutores, ut promtius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id, quod impenderint.* Hinc regula docet, correlativorum eandem esse rationem. Itaque sicuti pupillus in bona tutoris male administrantis tacitam habet hypothecam; ita e diverso tutor, cum aliquid de suo pro pupillo impendit, ejus in bonis eandem obtinebit hypothecam.

Quod

Quod tamen nihil obstat, quia in eo textu nulla ab Ulpiano fit inter tutorem & pupillum exæquatio: immo aperte docemur, pupillum non obligari tutori, nisi actione personali; ut patet ex illis verbis: *Scientes pupillum quoque sibi obligatum fore*; & ex illis aliis: *Ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligatur*. Ubi semper dicitur pupillum obligari, non etia pupilli bona; quare orietur tantum personalis actio in ipsum, non etiam hypothecaria in bona ejusdem; itaut textus in *d.l.1.* ad quem supracitati DD provocant, posset in ipsos retorqueri, tantum abest, ut cum ipsis faciat.

Itaque verius est, pupilli bona non intelligi tacite oppignerata tutori, sicuti nec minoris curator, ut post Albericum, & Ripam, docet Guttierrez *de tutela*, par.2. cap.16. num.20. Munnoz *de ratiocin.* cap.39. num.16. Caldas *de restit.in integr.* tit.15. par.5. num.42. Quod probatur primo ex *l.fin.C.de legit.tutorib.* ubi Justinianus ad tutelam non admittit, nisi eos, qui minorem ætatem exceßerint, hac motus ratione, ut eorum res possint hypothecæ subjici. Ex quo satis apparet, quod si tutor minor ætate esset, ejus bona non censerentur pupillo tacite hypothecata. Ergo bona pupilli non debent censi tacite obligata tutori; nam ex Justiniano colligitur, bona minoris non subjici tacitæ hypothecæ; aliter enim minor posset esse tutor, qui tamen excluditur ex ea tantum ratione, quia ipsius bona tacite obligari non possunt.

Probatur II. ratione, quia non eadem est ratio pupilli, & tutoris; quia causa pupilli est favore digna ob publicam utilitatem, cum Reipublicæ expediat bona civium conservari: qui favor locum non habet in tutore. Ergo licet pro pupillo lex induxerit tacitam hypothecam, non propterea est causa, cur eandem pro tutore inducat. Et sane nulla in toto Juris corpore lex extat, ubi hæc hypotheca statuatur.

Hinc patet, quid dicendum sit de Episcopis, & Prælati aliis, qui male bona Ecclesiæ sibi commissæ administrant. Et certum est, super bonis eorundem Ecclesiam tacitam hypothecam acquirere: sicut enim Ecclesia exæquatur minori, cap.1. *de in integrum restitut.* ita e diverso Prælati æquiparatur tutori, aut curator, quorum bona tacite oppignerantur minori & pupillo, Gloss. in *cap.ex literis*, v. *obligata*, *de pignorib.* ibique Abbas num.11. Felinus in *cap. cum deputati*, num.8. *de judiciis*, Redoanus *de reb.Ecclesia non alien.* q.2. cap.7. num.12. ubi docet, Prælatum ad instar tutoris, teneri utilia prosequi & inutilia prætermittere; quare si non acquirat Ecclesiæ, cum juste potest, teneatur de suo; sicut etiam si patiatur res & jura Ecclesiæ usucapi, aut præscribi. Imo sunt, qui docent, præter hypothecam, acquiri etiam Ecclesiæ prælationem contra anteriores creditores, sicut eam uxor in bonis viri acquirit; nam Prælati habetur tanquam Sponsus Ecclesiæ, *can.sicut vir, can.sicut alterius*, 7.q.1. Ita tradit Ripa in *l.privilegia*, num.33. ff. *de priv.creditorum*, Pacificus *de Salv.interdict.* inspect.3. cap.4. num.511.

At

At vero de matre, quæ tutelam filii pupilli gessit, est advertendum, cum eam suscipit, teneri cavere Jurejurando, se ad secundas non transituram nuptias: quod sive inde sprete Jurisjurandi religione transeat, debet prius non solum petere filio tutorem, sed etiam rationem administrationis reddere: quod nisi fecerit, non ejus modo bona, sed & vitrici tacite oppignerata pupillo censentur. Quod summum privilegium primum induxerit Impp. Valentinianus, & Theodosius, in *l. si mater*, C. quando pignus tacite contrahatur, deinde confirmavit Justinianus in *§. si autem tutelam*, *auth. de nuptiis*. Hoc tamen, quod de vitrico dicitur, intelligi debet Juris ordine servato, hoc est, ut non possit recta via contra ipsum agi, sed tunc demum, cum excussis matris bonis, ea reperia est non solvendo; cum remedium textus in *d. l. si mater*. sit subsidium, ut ibidem docet Bald. *num. 1.* Muñoz *de ratiocin. cap. 34. num. 14.* Molina *de primog. Hispan. lib. 1. cap. 3. num. 22.*

Intelligi etiam debet, cum mater legitime suscepit tutelam, non etiam cum de facto bona filii administrat: quo casu vitrici, seu secundi viri bona privigno tacite non oppignerantur: immo nec ipsius matris bona, ut jam probavimus, Decius *conf. 591.* Guttierrez *de tutela, par. 1. cap. 9. num. 30.* Mantica *de tacit. lib. 11. tit. 16. num. 5.*

De hypotheca usurarum, & fructuum.

D I S C U S S I O V.

Communis opinio docet, si qui certam summam debet, obliget bona sua simpliciter pro debito, non expressa certa sortis quantitate, hypothecam intelligi etiam pro fructibus, vel usuris contractam; idque locum habere etiam in tacita hypotheca, quæ cum expressa pari passu procedit, ut dispositum in una, censeatur etiam in altera constitutum. Ita Negus. *par. 5. memb. 1.* Grat. *cap. 304. num. 14.* Probant id, quia usuræ, ut accessorie, sortis, e qua germinant, conditionem sequuntur, ex Scævola in *l. Lucius Titius*, *ff. qui potiores in pignore*, ubi qui pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, non tantum sortis, sed usurarum nomine, quæ postea accesserunt, potior est, & præfertur.

Nobis tamen placet, ut dicamus, hypothecam non extendi, nisi ad sortem, cum expressa hypotheca est; duobus tantum ab hac regula exceptis casibus: primo si hypotheca contracta est in omnem causam: secundo, si ab initio contractus usuræ pactæ sint. Quæ omnia probanda sunt.

Regula probatur exemplo fidejussoris, quo etiam utuntur Adversarii, sed perperam; & argumentum a fidejussore ad hypothecam valet, *§. pretium*, *Institut. de empt. & vendit.* Fidejussor ergo, licet simpliciter

placiter pro debito spondeat, tamen in poenam, vel multam, quam non spondit, conveniri non potest, *l. fidejussores magistratum, ff. de fidejuss.* Et ratio est, quia obligatio non extenditur ultra id, quod tempore obligationis initæ debetur; quare ut fidejussor de usuris teneatur, necesse est, ut expresse tam pro sorte, quam pro usuris intercedat, ut patet ex *l. centum Capua, ff. de eo, quod certo loco*, ubi fidejussor ad usuras teneri dicitur, propterea quod duas stipulationes fecit, alteram fortis, usurarum alteram. Et frustra hunc textum secum facere putant Adversarii.

Quod si objicias, moram rei fidejussori quoque nocere, ut dicitur in *l. mora, ff. de verò. obl.* respondemus ibi sermonem ab Ulpiano haberi, in quantum ad rem ipsam debitam, veluti si post moram a debitore commissam, Stichus, qui debitus est, pereat, ex servi obitu tenetur ipse quoque fidejussor; nam ibi Jurisconsultus de rei interitu loquitur, ut in textu patet. Secus est, si ob moram petantur usuræ, quo casu fidejussor ex mora non tenetur, ut docet Africanus in *d. l. centum*, ibi: *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capua solverentur, & obligationem fidejussoris augeri.* Ubi notanda sunt verba illa, *obligationem augeri*; nam cum per moram obligatio fidejussoris non augetur, ut est cum species debita perit, tum debitoris mora fidejussori nocet, ut ait Ulpianus: sed si augeretur, veluti si ob moram usuræ debeantur, eo casu mora fidejussori non nocet, ut ait Africanus.

At vero prima exceptio hujus regulæ probatur ex Paulo in *l. quarto, ff. locati*; docet enim fidejussorem conductoris etiam in usuras non solutarum pensionum teneri, cum se in omnem causam conductionis obligavit: vel cum aliis verbis est usus, quæ istis æquivalent, ut si dictum sit a locatore, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?* quia enim usuræ in contractibus ex bona fide debentur, ideo pro usuris etiam fidejussor intercessisse intelligitur. Idem est, si conductor dixerit, *Indemnem me præstabis?* Ex quo textu firmatur superior regula; nam si in his casibus specialibus fidejussor ad usuras tenetur, ergo in reliquis non obligatur: quippe exceptio firmat regulam in contrarium.

II. Exceptio probatur ex *d. l. Lucius Titius*, qua Adversarii abutuntur; nam Scævola sermonem expresse habet de eo, qui pecuniam mutuo accepit sub usuris, itaut earum obligatio non nascatur post initum contractum, a die moræ, sed cum ipso contractu oriatur. Ex quo fit, ut creditor sub pignore, qui prælationem habet pro sorte, quia tempore anterior, eandem pariter habeat pro usuris; quocirca secus esset, si usuræ non statim cum ipso contractu ortæ essent; sed deinde post moram admissam inciperent deberi. Idem prorsus dicendum est de hypotheca, ut scilicet tunc ad usuras extendatur, cum usuræ jam pactæ erant tempore, quo hypotheca fuit contracta.

Hæc

Hæc diximus de hypotheca expressa : idem dubium est de hypotheca tacita ex beneficio legis . Unde cum maritus constante matrimonio , debeat uxori alimenta , quæsitum est , an sicut ipsa pro dote habet bona viri tacite oppignerata , ita quoque habeat pro alimentis , si ea vir denegat , vel vergat ad inopiam ? Et Guidon Papa *conf. 127*. Baldus Novell. *de dote par. 6. priv. 7*. Surd. *de alim. tit. 8. priv. 52*. Gratian. *cap. 634*. & alii docent , hypothecam etiam ad alimenta porrigi : & moventur , quia alimenta debentur a viro , tanquam pro usuris dotis : ergo sicut ad usuras extenditur hypotheca , ita etiam ad alimenta .

Sed nos jam probavimus , falsum id esse , quod hic assumitur ; non enim hypotheca pro usuris competit , nisi in duobus casibus , cum regula in contrarium sit . Unde argumentum posset contra Adversarios retorqueri , nempe si hypotheca non se extendit ad usuras , ergo neque etiam ad alimenta , quæ loco usurarum debentur . Et ita tenet Bartolus in *l. Lucius , num. 4. ff. de alim. & cib. legat.* Imola in *l. si cum dotem , §. item pater , num. 25. ff. sol. matr.* Abbas *conf. 43. ad fin.* Roman. *conf. 454. num. 28*. Barb. in *l. 1. par. 3. sub num. 28. ff. sol. matr.* Gratian. *dec. 129. num. 15*. Medic. *dec. Senens. exam. 48. num. 5*. qui addunt & aliam rationem , quia tacita hypotheca a lege uxori conceditur pro restitutione dotis , quæ restitutio longe abest a petitione alimentorum .

Quod si uxor mortuo viro petat alimenta , quæ sibi debentur intra annum luctus , nec etiam ei hypothecam competere scripsit Jacobus Rufinus Parmensis , ut Bartolus refert in *d. l. si cum dotem , §. fin autem in favissimo* ; & movetur duabus rationibus : primo , quia hæc hypotheca pro alimentis nullo Jure cauta reperitur : secundo , quia alimenta non sunt onera prædialia . Sequitur Joann. Andr. ad Specul. *tit. de dote post divortium restituenda* , in *§. formatis* , ad *num. 15*. Id ipsum est de his alimentis , quæ peterentur post annum luctus ; nam tum nulla viduæ alimenta debentur , Can. in *cap. sulubriter , de usuris* : at si in pactum deducta sint , puta si heredes viri ea præstare se obligaverint , eo casu imputarentur in sortem , Bartolus in *l. si insulam , §. usuras , num. 3. ff. sol. matr.* Surd. *conf. 194. num. 13*.

Plurima de hypotheca dotis tacita essent hic dicenda : sed quoniam de his egimus in *Tract. de dote* , amplius hic immorandum non est .

De jure & ordine Creditorum .

REm aggredimur satis in foro frequentem , quæ vulgo Creditorum concursus dicitur ; etsi enim antiquitus , cum debitor erat decoctor , & non solvendo , creditoribus omnibus fieret satis , qui tamen decidebant pro dimidia , tertia , vel quarta parte crediti , vide Gujacium & Hotomanum in *tit. Institut. de successionibus sublati* , & Antonium

Augustinus 2. *emend.* 7. hodie tamen secus est, & qui priores vel tempore, vel Jure sunt, totum æs sibi debitum accipiunt, exhauriuntque debitoris patrimonium, ita ut sæpe posteriores creditores totum amittant. Itaque hac in re separandi invicem sunt creditores personales, & hypothecarii, cum diversa in unis, atque in alteris Jura procedant. Nam creditor hypothecarius licet tempore posterior præferatur creditori anteriori, qui personalem tantum actionem habet: quippe in hypothecariis tantum locum habet regula, ut qui prior in tempore est, potior sit in Jure, *l. creditor* 12. §. *si primus*, ff. *qui potior. in pign. leor.* C. *cit. tit.* Quod adeo verum est, ut hypothecarius ex causa lucrativa posterior præferatur etiam creditori anteriori ex causa onerosa, qui sola personali actione innitatur, *d. l. creditor*, §. *si primus*; *l. 1. C. de Jure fisci*. Ita quoque si debitor ex personali deinde contrahat cum altero, cui bona obliget, & tandem pro primo etiam hypothecam statuatur, hic erit postponendus, Pacificus de Salv. *insp.* 3. *cap.* 2. *num.* 520. His breviter posita, ad quæstiones deveniamus.

Quando creditor ex instrumento cum hypotheca posterior præferatur creditori ex idiochiro anteriori.

Q U Æ S T I O I.

Agitur de hac re in nobili textu Imperatoris Leonis in *l. scripturas*, §. *si autem*, C. *qui potiores in pignore*, ubi habetur, quod si idiochirum ostendatur (vocat idiochirum, quod vulgo chirographum dicimus) subscriptum a contrahentibus sine testibus, vel cum duobus tantum, & in eo appareat quis creditor Titii, sub hypotheca, tunc is creditor aliis creditoribus posterioribus, qui ex personali solum actione agunt, præferetur: at non præferetur posteriori creditori, qui hypothecam proponat ex instrumento publice confecto. Unde cum creditores de suo Jure experiuntur super bonis debitoris decoctoris, ultimo loco chirographariis istis fit satis, Genua *de script. priv. qu.* 16. Guttierrez *pract. quæst. lib.* 1. *qu.* 102. *num.* 6. & alii communiter. Quod verum est, etiam facta ipsius idiochiri recognitione per debitorem, quæ semper præmittenda est; ita tamen, ut recognitio retrahatur ad tempus confessionis, idem Guttierrez *qu.* 125. Faber in C. *tit. quib. casib. pignus*, *def.* 8. & *de error. pragm. dec.* 1. *err.* 2. *num.* 19. & *err.* 3.

Sed vero, si quinque simul adsint, creditor chirographarius præferetur creditoribus posterioribus sub hypotheca ex publico instrumento orta, I. si adsit scriptura, II. contrahentium subscriptio, III. trium testium

stium probatæ & integræ opinionis subscriptio. IV. si propriam ipsi subscriptionem recognoscant. V. demum si ipsi testes masculi fuerint. Ita in *d. l. scripturas*, §. *sin autem*, Covarr. *præst. quæst. cap. 23*. Guttierrez *d. cap. 102*. Ex quo textu apparet, duos testes non esse satis, sed tres de forma exigere; nam ait: *Nisi forte probatæ, atque integræ opinionis, trium, vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris continentur*. Id autem factum est, quia ita clarius & certius fraus evitatur, & quia contra creditorem ex instrumento posteriori opus est, ut æqualis probatio producat: at talis non est scriptura privata duobus tantum testibus subscripta, ut patet ex eo, quod in instrumento adfuit etiam duo testes, & præterea publicæ scripturæ auctoritas; quare visum fuit, ut tertius adderetur testis; ut privata scriptura publicæ queat æquiparari, Salycetus in *d. l. scripturas*, num. 5. qui & illud memoria dignum addit, quod si unius creditoris idiochirum duos habeat testes, alterius vero tres, iste illi præferendus sit.

Verum cum agitur de scriptura per testes recognoscenda, creditores posteriores, qui se opponunt, citandi sunt, ut adsint, Surdus *conf. fil. 82. num. 21*. Gaitus *de credito cap. 4. num. 1534*. Sed si testes mortui fuerint, videtur satis ut alii subrogentur, qui manus mortuorum cognoscant, Castr. *conf. 34*. Cephal. *conf. 270*. Bursat. *conf. 103*. Gratian. *decis. 44*. late Genua *de scriptura priv. qu. 16*. quamvis alii contra nitantur apud Merlinum *lib. 4. tit. 1. qu. 13. num. 49*.

Sunt qui docent, creditum & hypothecam posse etiam probari sine scriptura, immo etiam sine tribus testibus, sed duobus tantum, qui attestentur etiam de tempore, quo actus fuit a contrahentibus celebratus. Et probant I. Nulla lex est, quæ ad hypothecam, aut scripturam, aut tres omnino testes exigat. II. quia ita quoque fraudis suspicio cessat. Ita Tiraquellus *de retractu gl. 7. num. 59. in fin.* Quæ opinio vera est, si loquamur de simplici hypotheca, quam & sine scriptura, & duobus testibus probari posse concedimus: sed falsa est, si de prælatione sermo sit: quippe obstat aperte textus in *d. l. scripturas*, ubi ad prælationem creditorum posteriorum, qui instrumentum & hypothecam habent, præter scripturam exiguntur etiam tres testes, qui non solum tollant suspicionem fraudis, sed etiam æque ac publicum instrumentum probent, ut jam diximus, & recte notat Merlinus *loc. cit. a num. 37. ad 41*.

An tacita hypotheca anterior præferatur expressæ posteriori.

Q U Æ S T I O II.

ET si quidam putent, creditorum tacitam dumtaxat hypothecam habentium ordinem illum esse debere, ut iis solum præferantur, qui personali nituntur actione, at non item ceteris qui hypothecam habent expressam, licet hi tempore posteriores sint; Faber tamen *dic. 6. et. 1.* recte docet, tacitam hypothecam anteriorem præferri expressæ posteriori juxta regulam textus in *l. 2. & l. si fundum, C. qui potiores in pign. & l. potior. ff. eod.* in quibus sine ulla distinctione inter tacitam & expressam hypothecam, generatim traditur, ut prior in tempore sit potior in jure; nam obligatio pignoris ex die contractus nascitur, *l. 1. in fine, & d. l. potior, §. si colonus, ff. eod.* & ex quo nata est, rem ipsam afficit, quando pecunia soluta non est, *l. grege, §. etiam, ff. de pignor.*

Probatur etiam ex regula, quæ docet, taciti eandem vim esse atque expressi, modo excipias servos propter pensionem obligatos, qui si expresse obligati sint, non possunt manumitti, si tacite dumtaxat, possunt, *l. licet, l. ex differentia, ff. in quibus causis pignus*. Sed & interdum evenit, ut qui tacitam dumtaxat hypothecam habet, licet posterior sit tempore, habeat tamen privilegium prælationis, ut etiam creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus anteponatur: quemadmodum cernere est in eo, qui pecuniam credidit ad ædificii restitutionem, quem constat habere privilegium non solum tacitæ hypothecæ, sed etiam prælationis, ut diximus ex *l. 1. eod. l. creditor, ff. de reb. creditis, l. interdum, & seq. ff. qui potior. in pign.* Item in pupillo, ex cujus nummis res comparata est, *l. idemque, eod. l. 3. in princ. ff. de reb. eorum, qui sub tutela*. Item in muliere ex *l. assiduus, C. qui potior. in pign.* Et pariter in fisco; nam debitor meus, qui mihi expresse obligavit quæ habet, habiturusve esset, si deinde contrahat cum fisco, ex quo contractu omnia ejus bona etiam futura fisco tacite hypothecata censentur; tunc in bonis quidem jam tempore secundi contractus extantibus præferitur, qui expressam hypothecam habet, at in rebus postea quæsitis præferitur fisco et si posterior, & solam tacitam habens hypothecam, *l. si is qui mihi, ff. de jure fisci*.

Excipiunt tamen, si is, qui tacitæ hypothecæ privilegium habet, si bi caveret per expressam, si ve in ipso negotio, si ve ex post facto, quo casu expressa facit, ut tacitæ nullus locus sit, ut tradit Negus. *par. 2. memb. 4. et. 5.* & sequitur Faber *loc. cit. num. 6.* Et probant ex *l. ult. C. de pactis conventis tam super dote*, ubi Justinianus non aliter mulieribus dat pri-

privilegium tacitæ hypothecæ pro bonis paraphernalibus, quam si expressam nullam adhibuerint; expressa enim pignoris conventionione intercedente, eas solas mariti res obligatas esse statuit, quæ expressim pignori datæ sunt, non item ceteras, quæ alioquin tacitæ hypothecæ vinculo continerentur; ea ratione, quia minime necesse est, ut lex ei prospiciat, qui ipse sibi prospexit: cum tacitæ hypothecæ privilegium non aliam ob causam sit inductam, quam uti ne periclitetur creditor, qui ex iusta aliqua causa privilegio & auxilio dignus videatur. Unde dicitur, expressum facit cessare tacitum. Quibus consequens est, ut si is, qui ab initio tacitam hypothecam habuit, & eo Jure posteriores creditores licet expressam hypothecam habentes vincere potuit, postea expressim pignus acceperit, postponendus sit ceteris creditoribus hypothecariis, qui medio tempore contraxerunt: quia cum tacitam hypothecam nullam habeat, superest expressa sola, in qua posterior est.

Ita pariter probatur ex *l. cum colono, ff. quibus modis pignus solvitur*, ubi si cum colono mihi convenit, ut in vecta & importata pignori essent, donec merces mihi soluta, aut satisfactum esset, si deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepi, satisfactum mihi videtur, & ideo illata pignori esse desierunt.

Objicies ex Papiniano in *l. creditor acceptis*, juncta *l. si prior, ff. qui potiores in pign.* ubi quis cum pignus accepisset, postea novatione facta idem pignus accepit, ait Papinianus in sui locum succedere, & pristinum temporis ordinem retinere, veluti si pro decem, quæ mutuo dedi, domum tuam mihi obligasti, deinde alia mutuo dem, & animo novandi pro omnibus eandem mihi domum pignori supponas, non amitto prærogativam temporis pro primis decem, Cujacius 51. *obs.* 32. Ergo a pari per secundam expressam hypothecam non videtur amissa prior tacita.

Respondet Faber negando paritatem, & distinguimus inter tacitam hypothecam anteriorem, & expressam; expressa namque hypotheca, quia res facti est, fieri nequit, ut pro non expressa habeatur, propterea per posteriorem etiam expressam non tollitur. At secus est de tacita, quæ sicut ex lege & jure est, ita facile per legis jurisque rationem in eum statum reduci potest, ut nunquam competiisse existimetur, licet aliquando revera competierit; id vero accidit, cum expressa accedit, quæ quodcumque superveniens facit, ut cesset ratio tacitæ inducendæ, & consequenter ut inducta finiatur. Nam quemadmodum lex nihil fingit frustra, ita nec fictionem, quæ aliquando utilis esse potuit, retinet ex quo incipit fieri inutilis, idest ex quo pervenit ad eum casum, a quo non potuit incipere.

Hinc idem Faber *num.* 11. cautionem creditori præstat, ut protestetur, cum acquirit sibi Jus expressæ hypothecæ, velle se salvum sibi manere ordinem, quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter hypothecarios

pothecarios creditores. Neque enim dubitandum est, quin ejusmodi protestatione Jus potioris pignoris retenturus sit, cum nulla ex eo injuria fiat illis, quibus medio tempore Jus quæsitum est, quos æque superaturus erat, nisi tacitam dumtaxat hypothecam habuisset.

Alii tamen in hac quæstione varia distinctione utuntur, maxime cum agitur de dote; nam post Cynum quidam docent, quod si uxori post contractum matrimonium vir generali expressa bonorum hypotheca caveat, per eam non censi renunciatum tacitæ hypothecæ, quæ etiam generalis est: at e diverso si expressa hypotheca specialis sit, videri tacitæ renunciatum. Tota hæc distinctio nititur in conjectura voluntatis contrahentium, qui dum post generalem tacitam inducunt specialem expressam, id in animo habuisse videntur, ut generalem illam præcedentem restringant: quod dici, aut præsumi nequit, cum utraque generalis est. Sequitur Salycetus in *d.l. ult. C. de pactis conventis tam super dote*, Alexander *conf. 58. n. 2. & seq. lib. 7. Mantica de tacitis lib. 11. tit. 19. num. 42.* Quæ opinio locum habere non potest; nam etiam qui generalem posteriorem hypothecam expressæ contrahit, eo animo fecisse videtur, ut tacita illa priori generali amplius uti nolit: aliter frustra expressam contraxisset, si tacita uti voluisset, ut patet. Et recte generatim dicitur, quod provisio hominis cessare facit provisionem legis, *l. 1. ff. de eo, quod certo loco, l. 4. §. si ex conventionem, ff. de re judicata.*

Alii dicunt, nunquam in dote per posteriorem expressam tolli priorem tacitam, sive prior illa sit generalis, sive temporalis, ut Joann. glossator sensit apud Accursium in *d.l. ult. v. contentam*. Et moventur, quod per posteriorem expressam deterius Jus dotis efficeretur, contra regulam, quod constante matrimonio Jus dotis deterius a viro fieri non potest, *l. si unus, §. quod & in specie, ff. de pactis, l. de die, ff. de pactis dotalibus*. De qua tamen regula vide Negul. *par. 2. membro 4. num. 84. cum seq.* Itaque hoc casu nec etiam si velit, potest uxor per expressam posteriorem derogare anteriori tacitæ. Aliter tamen distinguit Merlinus *lib. 3. tit. 2. qn. 59.* quem vide.

De ordine scripturæ inter hypothecarios.

Q U Æ S T I O III.

SI quis mutuo a pluribus pecuniam recipiens, omnibus eadem scriptura bona sua hypothecæ subiciat, ita tamen, ut unus ex ipsis sit prior positus & nominatus, alter posterior, quæri solet, an ex isto scripturæ ordine inducatur prælatio, an potius simul concurrant? Et plures sunt, qui ordinem attendendum esse docent, Lopus *all. g. 85.* Collegium Bonon. post Zabarellam *conf. 1.* Collegium Patavinum *conf. 2.* Ti-
raquellus

raquellus *de Jure primog.* q. 19. n. 6. Angelus *conf.* 352. Pacificus *de Salv. inspect.* 3. cap. 3. num. 439. Gratian. *cap.* 586. num. 39.

Probant id primo ex *l. quoties*, ff. *de usufr.* ubi si duobus usufructus legatus fuerit ita, ut alternis annis utantur fruantur, primo loco positus prius usufructum accipit, deinde alter. Ita quoque in *l. gen. valiter*, §. *quis ergo*, ff. *de fideicom. libertatib.* si plures legatarius servos sit rogatus manumittere, & ad quorundam pretium sufficiat id, quod relictum est, ad omnium vero non sufficiat, ii sunt manumittendi, qui priores in ordine scripturæ sunt. Concordat Jus canonicum; nam in rescriptis primo nominatus ceteris præfertur, *cap. auctoritate*, *de concessione præbende in 6.* idemque colligitur ex *cap. pen. de elect. in 6.*

Probatur II. ratione, quia cum ordo scripturæ ad negligentiam scribentis referri non debeat, consequens est, ut primo nominatus, censeatur primo invitatus. Unde eadem gratia pluribus concessa, primo loco positus est præ ceteris providendus, ut citati DD. referunt. Hinc est, quod cum Urbanus V. S. Pontifex unum ex Fratribus Minoribus ad Cardinalatum vellet promovere, Fratres, qui jussi erant tres ex suo cœtu nominare, ut ipse ex his, qui sibi præstantior videretur, eligeret, ne alicui præjudicium ex ordine scripturæ inferrent, nomina trium Fratrum in orbem describere. Videntur imitati oraculum Apollonis; nam sciscitanti, quis septem Sapientum primus esset, Apollo jussit, ut in pila nomina eorum inciderentur. Ita nullus erit primus, nullus ultimus, Ausonius in Solone:

Recte olim ineptum Delphicus lussit Deus

Quærentem, quisnam primus Sapientum foret:

Ut in orbe tereti nomina eorum incidere,

Ne ultimus esset, ne velimus quispiam.

Sed tamen ob eam rem indignatus est S. Pontifex, qui nullum ex illis elegit, & fertur dixisse, *Vos ordinem non servatis, neque ego servabo.* Itaque Generalem Franciscanæ familiæ, qui nominatus non erat, Cardinalem fecit, Felinus in *cap. cum dilecta*, num. 4. *de rescriptis*, Collegium Patavinum *loc. cit.* itemque Collegium Bononiens. *d. conf.* 1. ubi num. 28. ait, Collegium primo scriptum præsumi prius conditum.

Hæc tamen nihil obstant; nam locum habent, & vera sunt, quando plures conjunctim admitti non possunt; cum enim unus alterum omnino excludat, qui prius positus in scriptura est, dicitur præpositus ceteris. At secus est, cum plures simul concurrere & admitti possunt, saltem quilibet in parte, uti est in pluribus creditoribus ejusdem debitoris, qui per concursum admitti possunt æqualiter, decidendo unoquoque a parte sui crediti, ut nullus eorum excludatur.

Quod probatur, quia quæ in eodem instrumento scribuntur, fieri dicuntur in continenti, & uno contextu, seu simul, Gl. in *l. in operis*, ff. *locati*, Baldus in *l. 1. ad finem*, C. *de operis libertorum*, & in *l. petens*, num. 49.

num.49. C. de pœtiss. Sed in his, quæ simul fiunt, nullus datur ordo temporis, hoc est, neque prius, neque posterius, *Idemque, ff. qui potior. in pign.* ubi si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quæ in rei pretium fuerint expensæ: nempe quia simul utriusque pupilli pecunia fuit soluta, nequit unus alteri præferri, etiamsi fingas prius unius pupilli, quam alterius, nummos solutos, aut adnumeratos venditori. Idemque patet ex *l. ex factis, §. si quis autem, ff. ad Trebell.* ibique Ripa *num.7. Cancr.7. variar. n.302.* Ergo neque hic ordo temporis locum habere debet, sed omnes simul creditores admittentur, quamvis unus post alterum in eodem instrumentum vel idiochiro scripti.

Facit etiam, quod Tabelliones, cum contrahentium voluntatem in scripturam redigunt, in digerendis creditorum nominibus, non sequuntur, nisi suum arbitrium, & ut casus fert: aut solum ex dignitate unius præ alio moventur, ut antea illum, deinde hunc scribant; quocirca injustum erit, ut postea ex hoc scripturæ ordine unus alteri præferatur: contra, æquum est, ut Jus æque omnibus quæsitum dicatur. Ita Jason in *l. si ita scriptum, num.8. C. 1. ff. de leg. 1.* Surdus post alios *conf. 2. num.9. & dec. 322. num.65.*

Sunt tamen qui distinguant duos casus. Prior est, si eadem oratione, seu unica verborum conceptione, fuerit creditoribus omnibus hypotheca concessa, veluti, Titio & Cajo bona mea pignori subjicio, & omnes ipsi simul concurrent. Alter est, si in diversis orationibus eadem res prius uni obligetur, tum alteri, & eo casu non videntur ambo simul admitti debere. Utrumque probant ex *l. si fundus, §. si duo, ff. de pignor.* ubi hæc habentur: *Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis queritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.* Deinde in quantum ad actionem agitur his verbis: *Sed si simul illi, & illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget: si minus, aget unusquisque pro parte.* Ita Bartolus ibidem, & Bald. Negus. *par. 5. memb. 2. num. 31. C. 45. Pacificus de Salv. inspect. 3. cap. 2. num. 439. cum seq.*

Sed si recte attendamus, Martianus in *d. §. si duo*, sermonem non habet de pignore, quod prius, aut posterius sit, sed tantum de actione, quæ vel pro solido, vel pro parte competit. Immo ex eo textu eligi argumentum potest pro ea sententia, quam supra posuimus, ut scilicet semper simul concurrent; si enim Martianus ait, hypotheca duobus constituta, rem esse cuique eorum obligatam pro quantitate crediti, consequens fit, ut nullus ipsorum possit eam rem totam sibi capere, & alterum excludere; propterea semper simul concurrent. Itaque textus posset contra Bartolum retorqueri, tantum abest, ut ei faveat. In ultimis verbis legis etiam Bartolus deceptus est, qui non animum advertit ad il.

illa, *Si hoc actum est*; quorum sensus est, ut tunc hypothecariorum creditorum, qui simul constituti sunt, possint agere in solidum, cum id actum est, hoc est, ita convenerunt, ita pacti sunt: quod si nihil de hac re expresse dictum sit, tum aget unusquisque pro parte. Ergo non distinguit Martianus illos casus, quos Bartolus fingit, utrum sit in eadem oratione hypotheca duobus constituta, an in diversa; qui quidem omnes semper simul hypothecam acquisivisse dicentur, cum in eo instrumento illis concessa est, ut jam probavimus. Sed distinguit solum, ut aliud sit, si expresse de actione in solidum pacti sint, aliud, si nihil de eo expresserint; ponit tamen in utroque casu eis simul hypothecam constitutam, illis verbis, *sed si simul illi, & illi*, hoc est, hypothecam uno eodemque instrumento sibi quæsierint, vel qua alia scriptura.

Illud tamen verum videri potest, si partes & capitula instrumenti sint diversa, separata, & distincta, creditores debere admitti eo ordine, quo scripti sunt; cum tot videantur esse contractus, quot pacta & promissiones sunt: adeoque per prius & posterius ratione temporis, quamvis momentanei, Lazarius tract. de momento, cap. 17. a num. 10.

De hypothecis, quarum quæ prior sit, non apparet.

Q U Æ S T I O I V.

CUM duo hypothecarii creditores concurrunt, qui instrumenta eodem die conscripta ostendunt, ut non constet quisnam ex ipsis prior sit, quisve posterior, quæsitum est, quisnam admitti prius debeat? Et sane non levis in Jure nostro dubitatio est, cum de persona non constet, scilicet si plures personæ sint, quarum quæ præferenda sit, ignoramus, quidnam eo casu agendum sit. Placet tamen opinio Accursi in *l. qui duos, v. superstes, ff. de reb. dubiis*, qui regulam esse ait, ut omnes excludantur; & probatur ex eo, quod si duo sint Titii, nec appareat, de quo in tutela danda testator senserit, neuter tutor erit, quia non Jus deficit, sed probatio, ut ait Paulus in *l. duo sunt, ff. de testam. tutel. a*: ita etiam, quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, *l. in tempus, §. quoties, ff. de hered. instit.* ita etiam est in legatis, libertatibus, rebusque aliis, *l. si fuerit, ff. de reb. dubiis*.

Objicies, quod dicitur in *d. l. qui duos, ff. de reb. dubiis*, ubi pater, qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moreretur, Titium substituit: accidit, ut duo impuberes simul in navi perierint, & ait Trophoninus, substitutum utrique heredem esse. Sed respondetur, hunc esse specialem casum speciali ratione firmatum, propterea quod supremus non solum ex comparatione dicitur, sed etiam absolute, cum supremus

K

etiam

etiam de uno dicatur; nam & qui unicum filium habet, si supremo morienti substituatur, valet substitutio. Ita ibidem Triphoninus, qui & illud addit, eodem modo proximum de uno recte dici, ut proximus agnatus intelligatur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit. Et Antonius Faber in *cons. 1. pra Ducatu Mantuae, in praefatione*, docet, primum apud Jurisconsultos etiam de eo, qui unicus sit, recte dici, & cum capitula librorum Feudalium unica sub quoque titulo sint, a DD. passim prima capitula appellantur, & citantur. Quod factum est ex speciali quadam legum consuetudine, cum alioqui primus is sit, qui alium ante se non habet, sed alium post se habet, & e contrario supremus, seu ultimus vocetur, qui alium ante se habet, sed nullus eum sequitur, ut Aristoteles in *arte poetica* docet. Itaque in casu proposito cum duo impuberes filii simul periisse proponantur, ut ambo ultimi, & supremi videri possint, factum inde est ex speciali, ut dicebamus, ratione, ut substitutus in utriusque successionem admitteretur. Quare hic casus erit exceptio regulæ illius, quæ ait, neutrum admitti, cum dubium est, uter debeat admitti, ut Accursius ibi docet, licet rationem specialitatis non sit assequutus.

Quod diximus, cum de persona dubium est, idipsum intelligas, quoties dubium est de re, cum eadem ratio esse videatur. Hinc si duo proponerentur testamenta eodem die condita, ut utrum prius sit non appareat, docet Julius Pacius in *§. ult. Instit. quibus modis testamenta infirmantur*, neutrum valere. Quare in questione nostra dici posset, neutrum quoque ex creditoribus hypothecariis esse admittendum, cum eodem die constituti sunt, nec constat uter utro prior sit. Communis tamen opinio contrarium docet, ambos simul admitti, cum ob incertitudinem unus alterum non possit expellere, Negus. *par. 5. memb. 2. num. 31*. Angel. *cons. 208. sub num. 2*. Franch. *dec. 260. num. 4*. Costa *de rata perceptione q. 119*. Pacificus *de Salv. insp. 3. cap. 2. num. 432*.

Excipiunt tamen ab hac regula nonnullos casus. Cum alter ex creditoribus ejusdem diei, aliquo privilegio fruatur, quia ob favorem prior tempore præsumitur, veluti est causa dotis; nam in ambiguis pro dotibus respondere melius est, *l. in ambiguis. ff. de Jure dotium. l. in ambiguis de reg. Juris*; quod tamen Ruinus in *l. 1. §. 3. ff. sol. matrim.* verum esse putat, cum mulier pro dote expressam hypothecam habet, secus si tacitam, ne scilicet duo simul privilegia concurrant, unum præsumptæ anterioritatis, alterum hypothecæ. Sed recte Barbosa ibidem *par. 2. num. 2*. respondet, duo privilegia, seu specialia, quæ e diversis fontibus emanant, posse simul cumulari, *l. si is qui, ff. de Jure fisci*, ubi fiscus & privilegium tacitæ hypothecæ, & simul prælationem habet in rebus postea acquisitis per debitorem, *l. 2. C. in quibus causis pignus*. Cum ergo in specie nostra privilegia dotis, unum ex præsumptione temporis descendat, alterum ex fictione legis, ut est ipsa tacita hypotheca, inde fit, ut simul esse possint,

ut

ut etiam habet Bald. Novell. *de dote par. 9. priv. 1. num. 3.*

Quod dictum est de dote, procedit etiam in causa pia, vel libertatis, nempe, ut præsumatur anterior, Tiraquellus *de pia causa, priv. 35.* etiam in causa fisci, Mantica *de tacit. lib. 11. tit. 25. num. 24.*

II. Cum unus est creditor majoris summæ, habet hoc ut ejus instrumentum præsumatur prius conditum, quam alterum summæ minoris. Ita Gaitus *de credito, cap. 4. num. 1848.* & probat ex *l. majorem, ff. de pactis*, ubi melior inter creditores est conditio ejus, qui est majoris summæ creditor: quocirca si ex duobus creditoribus, unus velit debitori communi dilationem impertiri, alter eandem deneget, Prætor sequitur auctoritatem ejus, qui majoris summæ creditor est, ut etiam dicitur in *l. fin. C. qui bonis cedere possunt.*

Hæc tamen nihil urgent; non enim Jura, quæ loquuntur de dilatione debitoribus concedenda, possunt aptari ad prælationem creditorum, ubi longe majus præjudicium versatur: aliter multa sequerentur absurda, veluti si creditores, qui de danda dilatione dissentiant, sint in numero, & in quantitate crediti æquales, auctoritatem ejus sequitur Prætor, qui dignitate inter eos præcellit, *d. l. majorem*: at non propterea dicendum est, idem locum habere in creditorum concursu, qui habent hypothecas eodem die sibi constitutas. Rectius ergo sensit Merlinus *lib. 3. tit. 1. qu. 10.* cum docet, omnes creditores istos æqualiter, seu simul admitti.

III. Excipiunt, quando unum ex instrumentis habet horam appositam, ex quo volunt censeri prius conditum alio instrumento ejusdem diei, quod tamen horam non habet: idque verum esse docent, etiam si hora instrumenti expressa sit ultima diei, cum unum instrumentum potuerit in principio ultimæ horæ finiri, deinde aliud inchoari, & perfici; nisi tamen aliæ conjecturæ in contrarium urgerent, arbitrio Judicis examinandæ; veluti si alterum instrumentum, quod horam non habet expressam, ita longum sit, ut intra horæ spatium nequiverit compleri, Barbosa ad *d. l. 1. par. 2. num. 11. ff. sol. matrim.* contra Ripam in eadem *l. 1. num. 8.* Idem Barbosa post alios tuetur horæ expressionem valere etiam adversus causam privilegio gaudentem, ut voluit etiam Cassadorus *dec. 20. ad finem de præbendis.* Hæc tamen omnia magis auctoritate Doctorum, quam aut ratione, aut lege invaluerunt.

IV. Si ex his creditoribus, qui pares in tempore sunt, unus possideret, is alteri deberet præferri, ex regula, quod in pari causa melior est conditio possidentis, qui videtur de damno vitando agere, *cap. in pari, de reg. Jar. in 6. Alexand. cons. 85. num. 18. lib. 5.* Quod tamen non procedit, cum alter creditor, qui non possidet, est privilegio dignatus a lege; nam pro causa liberali judicatur etiam contra possidentem, *cap. ex literis. 3. de probationib.* & si pars judicum decernat pro testamento, pars alia æqualis pro querela inofficiosi, statuitur pro testamento, etiam contra possessorem, *l. si pars, ff. de inoff. testam.* & in causa matrimoniali,

can. si quis acceperit 33. qu. 3. quibus additur dos in *cap. ult. de sententia, & de re judic.* Unde versus apud Gloss. in *d. cap. ex literis* :

Stat testamentum, libertas, conjugium, dos,

Si sunt aequales, qui producuntur utrinque.

Hinc in *l. 1. C. de Jure fisci lib. 10.* filius; et si possessor bonorum patris; opus habet, ut probet ea bona sibi a patre donata, antequam cum fisco contraheret, si fiscum excludere velit: quocirca in dubio fiscus, & creditor quilibet privilegiatus, præferetur etiam possessori, quidquid in contrarium senserit Merenda *contr. cap. 26.*

Ultimo, si hæc instrumenta sint eodem die ab eodem Tabellione confecta, deberet ordo, quem in protocollo tenet, vel certe in filo, observari, ut quod præcedit, censeatur prius conditum, Lazarius *de momento, cap. 18.*

Quando hypotheca generalis præferatur speciali, aut contra.

Q U Æ S T I O V.

PLures sunt casus, qui hic distingui debent. Primus est, cum creditor anterior habet in omnibus bonis generalem hypothecam, posterior tantum specialem super certa re; & anterior huic omnino præferetur, scilicet etiam in re posteriori specialiter obligata, ex regula, quod creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire, *l. creditoris, ff. de distr. pign.* Et clare patet ex *l. qui generaliter, ff. qui potiores in pign.* illis verbis: *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis pignori datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit.* Concordat textus in *l. si generaliter, C. eod. tit.* Excipe si anteriori creditori ita res generatim sint obligatae, ut conventum etiam sit, ne certa quædam bona illi hypothecata intelligantur, nisi in subsidium, hoc est, si pecunia ex reliquis bonis redigi non possit; tunc enim in his bonis melior erit causa posterioris creditoris, cui speciatim obligata fuerunt, quoties anterior in aliis potest sibi facere satis, ut in *d. l. qui generaliter in fine*, & notat ibidem Bald. in *1. lectura*, Myns. *obs. 94.* Covar. *3. variar. 18.*

Secundus est, cum debitor primo creditori obligat speciatim prædium, tum generatim omnia bona: at secundo creditori oppignerat bona vel in specie, aut etiam in genere. Tunc major est difficultas; nihilominus quamvis nonnulli ex *d. l. generaliter*, & *d. l. creditoris*, idem esse doceant, quod in primo casu; tamen verius est, priorem creditorem non habere electionem, sed teneri, cum potest, sibi facere satis ex bonis sibi specialiter obligatis. Ita patet ex *l. 2. C. de pign. ibi*: *Quamvis constet specialiter*
quæ-

*quædam, & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, aequalique Jus in omnibus habere; jurisdictio tamen temperanda est, ideoque si certum est posse cum his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses Provinciæ jubebit. Ex quibus tamen verbis apparet, distingui inter rigorem & æquitatem; nam cum dicatur, priorem creditorem æquale Jus in omnibus habere, utique electionem habere deberet; tamen ex æquitate adstringitur experiri super rebus specialiter obligatis, cum subjiciatur, Jurisdictionem Præsidis temperandam esse, Romanus *conf.* 187. *Surd. dec.* 44. *Franch. dec.* 5. Idque verum est non modo de re ipsa, sed de fructibus, qui ex ea re extant; nam & ipsi hypotheca comprehensi censentur, sequunturque naturam rei principalis, ut advertit Costa *de remediis subsid. remed.* 11. n. 6. Præterea hæc æquitatis ratio viget etiam, si generalis hypotheca præcedat, & specialis subsequatur, Salyc. in *d. l. 2. num.* 4. *Myns. loc. cit.* & alii communiter.*

Excipe, cum creditor, qui specialem, & generalem habet hypothecam, non concurret cum alio creditore, sed ipse solus agit, tunc ei electio non denegatur, cum amplius locum non habeat æquitas, *d. l. 2. Surd. loc. cit.* sub *num.* 14.

Quæstio tamen est de dote, quæ sit anterior, & pro ea hypotheca specialis simul & generalis sit constituta; ambigitur enim, an hoc casu locus sit æquitati *d. l. 2.* Et communiter affirmant, primo quia in hac re nullum reperitur speciale privilegium pro dote in toto Juris corpore expressum: quocirca ipsa etiam dos erit comprehensa sub generalitate *d. l. 2.* Deinde, quia ea æquitate servata nullum oritur præjudicium contra dotem, late *Surd. conf.* 495. *lib.* 4. *Gabriel conf.* 41. *num.* 5. *lib.* 2. *Covarr. loc. cit.*

Repugnat tamen Merlinus *lib.* 4. *tit.* 1. *q.* 21. *a num.* 36. quæ opinio verior est. Nam dispositio *legis* 2. nititur, ut diximus, in æquitate: sed æquitas non habet locum, quoties agitur de præjudicio dotis, ob cujus favorem lex multa induxit, quæ videri possent aliunde iniqua, nisi adesset Reipublicæ favor, cui expedit dotes mulieribus conservari, *l. 1. ff. sol. matrim.* ut est privilegium, ut præferatur creditoribus anterioribus etiam expressam hypothecam habentibus ex *l. assiduus*, *ff. qui pot. in pign.* Ergo æquitas *legis* 2. non habet locum in præjudicium dotis. Quod autem adsit hoc casu præjudicium, probatur, quia cum creditor tenetur sibi facere satis super re specialiter obligata, itaut si ex ea tota pecunia redigi non possit, tunc demum possit ad generalem hypothecam se convertere, utique eo casu creditor assumit sibi obligationem excutiendi pignus ipsum speciale: quæ obligatio non potest sine dispendiis, temporis mora, & molestiis expediri, ut recte monet Corneus *conf.* 246. *lib.* 1. Quæ omnia vergunt in præjudicium dotis, & propterea contra eam non habet locum æquitas, de qua agimus. Hinc facile resolvuntur argumenta Adversariorum, ut patet.

Illud hic notandum est, quod si in obligatione primi creditoris ad est clausula constituti & precarii, non opus habet ipse creditor excutere speciale pignus, sed potest statim generali hypotheca uti, ex regula, quod ubi est constitutum, ibi cessat excussio, cum videatur creditor ea via sibi precavisse, & ab eo onere liberasse, Tiraquellus *de constituto*, par. 1. num. 44. Costa *d. remed.* 11. num. 9. Præterea idipsum est, quoties apposita sunt verba illa, *Itant specialitas non derogat generalitati*, & contra, Franch. *d. dec.* 5. Puteus *dec.* 38. par. 1. Tandem id etiam procedit, cum adest clausula Cameralis, cujus virtus est, ut procedatur ordine non servato, & ut omissa una via, possit alia iniri, & rursus rediri ad semel dimissam, Paris. *conf.* 103. num. 3. lib. 3. Castill. *dec.* 98. num. 3. Gratian. *cap.* 36. num. 7. & ita in Curia Romana servari refert Zachias ad Galef. q. 11. n. 3.

De ortu hypothecæ ad prælationem obtinendam.

Q U Æ S T I O VI.

ET primo dicamus de debito conditionalis contractu sub pignore, vel hypotheca, quo casu cum dies purificatus, vel conditio retrahatur ad tempus initii contractus, hypotheca etiam eo tempore orta dicitur: idipsum est de die incerto, qui conditionem facit. Secus vero si dies fuerit certa; tunc enim diei tempus esset attendendum, cum in die certo nulla fiat retrahitio, DD. in §. *heres & pure*, *Instit. de heredib. instit.* Idque patet ex l. 1. ff. *qui potior in pign.* ubi Pap. hanc speciem proponit. Quispiam dotem pro muliere promiserat, pignusque a marito, sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, soluto matrimonio, hoc est, sub die incerta. Dos vero hæc pro parte tum soluta fuit a promissore, interimque maritus eandem rem alteri pure pignori dedit; mox residuæ quantitatis numeratio impleta est. Quærit Jurisconsultus, quis eorum sit in hypotheca potior, & respondet dotis repetendæ creditorem præferri, licet ea hypotheca in diem incertum sit, Et regulam addit: *Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*; ideo scilicet, quia dies incertus retrahitur ad tempus initæ obligationis, ut diximus, cum pro conditione habeatur. Loquitur tandem Papinianus de contractu sub die certo celebrato, atque tum e diverso præferri eum, qui pure ante diei adventum hypothecam super eadem re acquisivit: *Alia causa*, inquit, *est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius quam numerasset, alii res pignori data est.* Quamvis autem id Papinianus statuatur in dote, non tamen ex ullo dotis privilegio dependet, sed ex jure communi, ut ex dictis rationibus patet, & notat Costa *de retr. cap.* 8. num. 31. Capyc. *dec.* 182. num. 17.

Pro-

Probatur etiam & clarius ex *l. potior, §. videamus, ff. cit. tit.* Nam si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit; quæ pendente alius credidit pure, & accepit eandem hypothecam: tum deinde prioris stipulationis extitit conditio. Ait Cajus potiozem esse, qui primo credidit: *Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, ut verba legis sunt.* Ex quibus apparet, quod dicebamus, dispositionem *d. l. 1.* non pendere ex ullo dotis privilegio, sed ex regulis Juris communis. Idem habetur ex *l. sub conditione, ff. de solutionibus, & ex l. filiusfam. in princ. ff. de verb. oblig.*

Hæc tamen non sine distinctione intelligenda sunt; procedunt enim, quoties conditio est casualis vel mista, cum aliud sit de conditione potestativa, non omni, sed illa tantum, quæ invito debitore impleri non potest, Africanus in *l. qui balneum, ff. qui pot. in pign.* ubi ait: *Etiā sub conditione creditorem tuendum putabam adversus eum, cui postea postquam deberi cœpisset, si modo non ea conditio esset, quæ invito debitore impleri non posset.* Exemplum est, cum a debitore dicitur, Si mihi numerata pecunia fuerit; nemo enim invitus cogitur pecuniam accipere, *d. l. potior.* Et recte notant DD. hic Jurisconsultum non loqui de potestativa conditione quacunque; hæc enim suggerente æquitate etiam retrotrahitur, ut casualis, & mista, Mantica *de tacit. lib. 14. tit. 46. n. 16.* sed de ea, quæ dependet a voluntate debitoris: quando enim pendet a potestate solius creditoris, judicatur potius casualis, & fit locus retrotractioni, veluti esset in pacto redimendi, quod solet conferri in solius venditoris arbitrium, Grat. *cap. 730. n. 31.* Gayllus 2. *obs. 2.* Ratio est, quia in vere potestativa deficit æquitatis ratio, quæ in retrotractione necessaria est, ne scilicet sit in potestate debitoris facto & voluntate sua alteri præjudicium inferre, Bald. in *d. l. 1. ff. sol. matrim.* Mangilius *de evict. q. 36. num. 8.* Menoch. *conf. 388. num. 34. & conf. 851. num. 38.*

Hinc etiam est, quod si in potestate debitoris est recedere a contractu, vel aliquo modo se liberare, tunc attenditur tempus impleti contractus, ut est species textus in *l. Titius, ff. quæ res pign.* ubi qui mutuum pecuniam accipere ab alio vellet, cavit ei, & quasdam res hypothecæ nomine dare destinavit; deinde postquam ex his rebus quasdam vendidisset, accepit pecuniam; respondet Paulus, primum illum creditorem non præferri, quia ait, *Eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est.* Nempe in potestate debitoris erat recedere a primo contractu, & non accipere mutuum pecuniam, cum mutuum non plene obliget, nisi pecunia jam numerata; est enim contractus, qui re perficitur: quocirca idem erit de reliquis contractibus cunctis, qui ex parte debitoris resolvi possunt, & sunt imperfecti. At e contrario, si contractus invito creditore solvi non potest, præfertur prior creditor, ut expresse habetur in *d. l. qui balneum*; nam quis balneum ex calendis pro-

proximis conduxerat, hoc est, calendis Juliis, quo die solitum erat Romanis migrare, ut notat Ant. Aug. 4. *emend.* 14. & pactus erat, ut servus Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idemque ante dictas calendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; & deciditur adversus hunc secundum creditorem petentem Erotem, locatorem a Prætoris tueri debere; quia, inquit Africanus, ab initio in ea causa Eros fuit, ut invito locatore Jus pignoris in eo solvi non posset: quippe locatio solo consensu perficitur. Ita post Gl. in *d.l. Titius*, distinguit cum aliis Barb. in *l.1. par. 5. num. 32. ff. sol. matr.* Negus. *par. 5. memb. 1. num. 15.*

Dicamus secundo de legatis sub conditione relictis, & quæritur, si interim heres alteri pure bona hereditaria hypothecet, quis eorum præferatur? Et posteriorem creditorem præferri singulariter docent Bald. Novell. *de dote*, *par. 10. in fine*, *n. 40.* & *seq.* Negus. *loc. cit. n. 20.* qui ut id probent, multa adducunt.

Primo ajunt, in ultimis voluntatibus non esse locum retrotractioni, quod demonstrare nituntur ex *l. si filius. ff. de verb. obl.* ubi dicitur, *In stipulationibus id tempus spectamus, quo contrahitur*: quare aliud est in ultimis voluntatibus. Quæ tamen falsissima sunt; non enim ex eo, quod textus ibi tantum meminit de stipulationibus, ideo excludit ultimas voluntates: alioqui dicendum erit, nec etiam in contractibus locum retrotractionem habere, una excepta stipulatione, cum de ea tantum loquatur Paulus ibidem. Porro in legatis retrotractionem admitti, patet ex *d.l. qui balneum*, §. *sed etsi heres*, ubi id ipsum esse dicitur, cum heres ob legata conditionalia, pignori res suas subjecit. Patet etiam de ultimis voluntatibus ex §. *heres & pare*, *Institution. de heredib. inst.* nam ideo heres sub conditione institui potest, quia fit retrotractio ad diem mortis testatoris, cum alioqui non liceat aliquem pro tempore decedere intestatum, & pro tempore testatum, *l. Jus necessarium, ff. de reg. Juris.*

Secundo ajunt, cum hypotheca, quæ pro legatis competit, sit tacita, esse denegandam retrotractionem, ne cumuletur fictio supra fictionem. Quod nec etiam urget; nam, ut jam ante docuimus, quoties privilegia & specialia ex diversis fontibus oriuntur, possunt simul cumulari & uniri, ut ex *l. si is qui, ff. de Jure fisci*, & ex *l. 2. C. in quib. causis pignus*, notavimus supra *quæst. 4.* Oriuntur porro hic specialia e diversis fontibus, quia tacita hypotheca oritur ex quocunque legato legis beneficio, at retrotractio originem habet ex æquitate in legato conditionali: quare nihil vetat, ut simul esse, & concurrere possint. Et hanc opinionem sequuntur Imola, Cumanus, & Ruinus in *l. 1. ff. de leg. 1.* Angelus in *d.l. qui balneum*, *num. 2.* Socc. *conf. 269. in princ.* Gabriel *conf. 141. n. 8. cum seq. lib. 1.* & alii communiter, apud Merlinum *lib. 4. tit. 1. q. 22. n. 40.* Atque hæc pro angustia temporis de Pignoribus, & Hypothecis dixisse sit satis.



DOMINICI AULIS II

J. C. C L A R I S S I M I,

De bonis Maternis, & Materni generis,

Ad lib.VI. Codicis Tit.LIX.

C O M M E N T A R I U S:



OVUM Jus, & antiquis Jurisconsultis ignotum, hic per Imperatores traditur. Olim quippe circa peculium filiorum expeditæ quædam regulæ constitutæ erant; nam si peculium fuisset militare, id omnino filii esse dicebatur, nullumque Jus inde patri, sub cujus potestate reperiebatur, acquiri poterat. Quod quidem Jus nostris quoque temporibus incorrectum manet.

E diverso, cum peculium erat paganicum, undecunque filio quæsitum, id totum patri quærebatur; cui filius, ut ajunt, mellificabat. Nihil enim Juris, nullo quidem casu, filius in eo habebat, ut porro disputabimus.

Postremum hoc varie ab Imperatoribus immutatum fuit, qui novum Jus, variis difficultatibus nexum, constituerunt. Omnium primus fuit Imperator Constantinus, qui anno Christi 316. hoc restrinxit in bonis, quæ filius ex matris successione adipisceretur: sic, ut pater in his usufructum solummodo consequeretur, dominio filii ipsis permisso. Idipsum ad bona materni etiam generis extenderunt Imperatores Arcadius & Honorius anno 395. (hoc est annos 79. post legem Constantini) Eisdem juri Imperator Theodosius cum Valentiniano, anno 426. supposuit lucra nuptialia, nimirum ea, quæ uxor viro in potestate, vel e contrario vir uxori filiarum familias contulisset. Donec Justinianus mirum in modum filiis familias favens; statuit, peculium omne paganicum (dummodo non ex patris substantia) omne, inquam, sic inter patrem, filiumque divideretur, ut ille usufructum, donec in vivis esset, haberet, iste

L

ve-

vero proprietatem, quæ mortuo demum patre, cum usufructu consolidaretur. Id statutum fuit anno Christi 529. Hæc omnia patent tum ex nostro titulo, tum ex sequenti *de bonis, quæ liberis*.

Sed nos rem nostram agamus: & primo omnibus totius tituli veluti breviarium, seu potius capita, proponemus, cum Jacobo Gothofredo ad *Codicem Theodosianum*. I. itaque, si filii, qui ad materna bona succedunt, fuerint in potestate, sibi in eis acquirunt proprietatem, eorumque patri concessio usufructu, qui super iisdem administrationem obtinet, non tamen Jus alienandi. II. si filii fuerint emancipati, duæ omnino species iterum distinguendæ erunt; vel enim emancipati sunt, in vivis adhuc agente matre, & pater in parte virili usufructum consequetur: vel emancipatio matris mortem consequuta est, & eo casu pater emancipando filium dimidium usufructus amittit, ut qui in rem filii cedit, dimidium vero sibi etiam in posterum retinebit. Hæc fere sunt, quæ in toto hoc titulo continentur, quæ a nobis late, prout res tanta poscit, discutienda sunt. Ceterum, antequam ad rem ipsam aggrediamur, quædam pro tituli ipsius, seu rubricæ intelligentia, pro more, præmittemus.

Ad Rubricam Codicis *de bonis Maternis*.

An bonorum nomen universale
semper sit.

Q U Æ S T I O I.

ET si Bonorum nomen vulgo asserant ad omnia, quæ nostra sunt; extendi; tamen in variis, ac variis casibus id ipsum restringi volunt. Quæ omnia in examen vocare operæ pretium est.

I. Itaque in bonis nostris computantur, non solum, quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Ita Ulpianus in *l. bonorum 49. ff. de verb. signif.* Pro qua re in memoriam revocabimus, a Jurisconsultis duas in ædibus partes distingui, quarum altera est solum ipsum, ubi inædificatum est: altera est opus totum, quod a solo excitatur; id autem dicitur superficies. Quare in *l. eum qui, ff. de usucapionib.* habetur, ædes duabus rebus constare, solo, & superficie: quod etiam docemus in *l. si fundam, ff. de leg. 1.* ubi appellatio ædificii aut superficiem significat, aut solum. Hoc autem est, si nomen superficiæ in genere sumatur; nam cum sumitur in specie, ut facit Ulpianus, superficies dicuntur ædes illæ, quæ in conducto solo positæ sunt; quo casu, cum solum sit alienum, necesse est, ut etiam ipsarum ædium proprietas aliena sit, hoc est, illius, qui dominus soli est, *l. ult. ff. de superficiebus*. Ceterum qui ædes illas posuit, dicitur in ædibus quandam veluti usufructum, vel usum habere, & vocatur

eatut superficiarius, l. 1. §. *quia autem*, ff. *cit. tit.* Aedes ergo ita positæ non duos dominos habere, ut quidam falso dicunt, sed in duorum bonis esse videntur. Quod sint in bonis domini soli, nulli dubium esse potest, cum ipse quoque dominus ædium sit. Poterat dubium incidere de bonis ejus, qui solum conduxit; quod resolvit Ulp. in d. l. *bonorum*, cum dixit, superficialia esse in bonis nostris, hoc est superficialii. Idemque patet ex eodem Ulpiano in *litem prædia*, ff. *sam.ercisc.* uti superficialia, non secus ac vectigalia, nostri patrimonii esse dicit.

Hæc a quibusdam dicitur superficies urbana, eamque ipsi separant a superficie rustica, ut sunt arbores, herbæ, fructus. Talem statuunt emphyteusim, cum scilicet in alieno solo, mihi ad recreandum concessio, ipse arbores, & his similia implanto. Hinc quæstio illa dissolvi potest, num scilicet emphyteusis inter nostra bona connumeretur; & quamvis multi inficientur apud Tiraquellum in l. *si unquam*, verb. *burg*, num. 10. C. *de revoc. donat.* tamen pro certo habendum est, emphyteusim bonis emphyteutæ accenseri, argumento desumpto a superficie; ita nimirum, ut emphyteusis sit quidem in proprietate concedentis, sed in bonis emphyteutæ accipientis, ut docet Arias Pinellus in *rubr. hoc tit. par. 1. num. 21.* & ulterius patet ex l. 1. in *fine*, ff. *si ager vectigalis, vel emphyteuticarius*; ubi qui fundum vectigalem conduxit, licet dominus non efficiatur, tamen ei competit in rem actio.

II. Ita sequitur idem Ulpianus in d. l. *bonorum*: *Æque bonis adnu- ratur, etiamsi quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam hæc omnia in bonis esse videntur.* Idipsum locum habet in pœnalibus; quare si princeps aliquem, ademtis bonis, in Insulam deportet, & hunc eundem deinde restituat; hic adversus tutores olim suos actionem non habebit, quæ scilicet cessit fisco tunc, cum ipsi bona ademta fuerunt, l. *si ademtis*, C. *de sententiam passis*. Verum si Princeps, restituendo, huic bona concefferit, etiam ipsas actiones, & debitorum obligationes conceffisse videtur, l. *princeps*, ff. *de verb. signif.*

Ceterum dubium est de actionibus, ac rebus, quæ nobis sub conditione debentur, num scilicet istæ appellatione bonorum veniant? Negat Gl. in l. *non ad ea verba præsens*, ff. *de conditionib. & demonstr.* itaut, cum quis omnia sua bona donat, non censeatur dono dedisse ea legata, quæ sibi sub conditione debentur: idem est, si bona fuerint publicata. Quæ Glossæ verba ita accepit Angelus *de malefictis, v. & ejus bona, n. 12.* ut etiam conditionalia, quæ ex contractu debentur, in publicationem non veniant. Quod reprobatur Pinellus hic, *par. 1. num. 3.* nixus in eo solum, quod Doctores contrarium vulgo afferunt. Putat ergo ipse, in publicatione bonorum non comprehendi quæ ex legato conditionali debita nobis sunt, sed e diverso comprehendi, quæ ex contractibus.

Sed palam Pinellus fallitur, cum in legatis, & in contractibus

conditionalibus eadem omnino ratio vigeat. Quod ut plene intelligatur, altius repetam. Olim de Jure antiquo legatum sub conditione relictum, ea conditione pendente, pleno Jure heredis erat, *l. generaliter, ff. qui & a quibus, l. non ideo, ff. de revind.* Hoc deinde videtur a Justiniano correctum in *l. fin. §. nemo itaque, C. communia de legatis*, ubi habet, legata omnia, sive pura, sive conditionalia, non esse heredis, sed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod quia universam Jurisprudentiam everteret, placet explicatio Accursii ibi, *v. alienum est*, ubi ait, legatum purum esse alienum re, sub conditione esse alienum spe. Ac ita constitutio Justiniani facile cum Jure antiquo concordat. Itaque etsi legatarius in legato conditionali spem habeat, quia tamen spes est rei futuræ, ideo legatum illud non venit, cum ipsius legatarii bona præsentia publicantur. Jam in debito conditionali creditor nihil aliud habet, nisi ipsam spem nudam; ideo eadem de causa res illa creditoris non est; nec proinde comprehendetur, cum ipsius præsentia bona fisco applicantur. Nam ubi eadem ratio viget, ibi idem Jus locum habet.

III. Dubitatur an in legato bonorum venalia etiam contineantur? Et tres propositiones statuendæ sunt. Prima propositio. In legato bonorum cum designatione loci non veniunt venalia.

Probatur ex Scævola in *l. generali, §. uxori, ff. de usufr. legato*, ubi quidam uxori usumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, legaverat, sic, ut solum argentum exciperet. Scævola tamen respondit, excipienda etiam esse quæcumque mercis causa comparata erant, etsi in his domibus servarentur. Itaque legatis rebus omnibus alicujus domus, venalia non comprehenduntur. Quare idem ac multo magis erit, si legentur bona omnia; cum nomen rei generalius sit, & latius pateat, ac ipsum bonorum nomen. Sed hic specialis casus est; ideo scilicet venalia non comprehenduntur, quia non fuit legatum simplex; sed habito respectu ad locum, ex regula Juris, quæ dicitur, non censi fieri esse in loco ea, quæ ita ibi sunt, ut inde brevi debeant amoveri, *l. quæsitum, §. prædia, ff. de leg. 3. l. ex facto, ff. de heredib. instit.* Hinc est, quod Glan d. §. uxori, *v. mercis causa*, id, quod Jurisconsultus tradit de venalibus, extendat etiam ad ea, quæ pro tempore ibi sunt, hoc est, ut nec ista in legato bonorum, quæ in illis domibus erant, comprehendantur, Pinellus *loc. cit. num. 39.* Id ipsum patet ex *l. 1. C. de verb. signif.* ubi Antoninus ait, prædiis instructis legatis, hoc est, cum omnibus bonis ibi contentis, non comprehendi ea, quæ venalia sunt: item nec ea, quæ ad tempus in prædia erant translata.

Secunda propositio. Legata certa bonorum specie, etiam sine designatione loci, venalia non comprehenduntur.

Probatur ex Paulo in *l. pediculis, §. item cum quaeretur, ff. de auro, & argento leg.* ubi mulier filix legaverat ornamentum suum omne muliebres; ait Jurisconsultus id omne muliebri legato cedere, quod usibus

testatricis deserviebat, non item, quod negotiandi causa venale habebat. Ubi complura notanda sunt; primo a testatrice nullam loci designationem fuisse factam, & tamen non omne muliebre deberi. Secundo hic legato fuisse additam particulam universalem, omne; nam mulier legavit ornamentum omne muliebre; ex quo fallitur Decius *conf. 381. n. 5.* & alibi, qui dixit in legato quidem bonorum non venire venalia: secus si, addito universali signo, fiat legatum bonorum omnium; & sane contra Decium etiam facit, quod vulgo dicitur, indefinitum æquivalere universali: & proinde idem est, si dicam, bona, ac omnia bona, *l. debitor, ff. de pignor.* Tertio, Paulum ex supraposita conclusione duos excipere casus; unum, si testatrix, quæ ornamentum muliebre legavit, nullum ornamentum ad usum suum paratum habuerit, tunc ex necessitate in eo legato comprehendendi ornamentum venale: alterum, si is, qui petit, testatricem de venali etiam sensisse probare possit.

Verum recte Pinellus *num. 40.* hanc Pauli dispositionem tunc locum habere docet, cum non est legatum generale bonorum, sed certa bonorum species expressa est, ut ex. gr. ornamentum muliebre, quæ longe inter se differunt, ut receptum tradit Alexander in *l. si constante, num. 24. ff. sol. matrimonio*; nam verba magis generalia latius extendenda sunt, argumento textus in *l. si ita stipulatus, ff. de fidejussoribus, l. in fraudem, §. fin. ff. de militari testam.* & juvatur ex mente disponentis; facilius enim inter bona sua computabit quis venalia, quam ubi descendit ad certam bonorum speciem, in qua venalia, & non venalia habeat.

Idipsum est ex Ulpiano in *l. servos autem, in fine, ff. de leg. 3.* ubi qui venalitiariam vitam exercet, si servos suos alicui leget, suorum numero non continentur mancipia, quæ vendere destinaret, nisi evidens voluntas fuerit etiam de his sensisse. Nam, ait Jurisconsultus, quos quis ideo comparavit, ut illico distraheret, mercis magis loco, quam suorum habuisse credendum est. Quæ Jurisconsulti ratio maxime notanda est, ait enim in legato certæ bonorum speciei, ideo venalia non contineri, quia sua non videntur.

Tertia propositio. Facto legato generali bonorum, sine ulla loci designatione, etiam venalia comprehenduntur. Quod ex dictis abunde constat. Nam primo cessat ratio, quæ viget in certorum bonorum legato. Etsi enim bona venalia mea non videantur esse, erit tamen meum pretium, quod ex ipsorum venditione exigitur: quocirca, cum legaverim omnia bona, certe intelligor legasse ipsa venalia, vel saltem ipsorum pretium; quod hic perinde est. Secundo cessat etiam ratio, quæ locum habet in legato generali bonorum, sed cum certa loci designatione: quæ scilicet est, quia venalia, eo in loco non esse intelliguntur. Quare aliud est, cum lego omnia bona absolute; censeor enim legasse omnia bona, ubi ubi sint.

Quarto principaliter quæritur, quid dicendum sit in contractibus, cum

cum scilicet quis donat, vel pignori supponit bona sua? Et non dubito, quin observanda sint illa eadem, quæ de legato bonorum jam disseruimus. Fieri, inquam, debet triplex distinctio; nam si fuerint hypothecata omnia bona, etiam venalia continentur: si omnia bona cum certa loci designatione, vel certa bonorum pars, his calibus merces intelliguntur ab hypotheca exclusæ.

Hinc patet, quid dicendum sit in actione Serviana; ex qua investita illata in prædium conductum, consentur tacite pignorat domino locatori pro pensione prædii. Quoniam enim in hoc casu obligantur bona ex dispositione legis cum certa loci designatione, constat, questionem esse decidendam ex textu Scævola. *l. generalis, §. uxori, ff. de usufr. leg.* ut si in prædio bona venalia & non venalia sint, hæc, non etiam illa, censeantur pignori obnoxia; si vero ibi non reperiantur, nisi venalia, tunc ex necessitate in ea hypotheca venalia veniant.

Est tamen singularis casus in *l. cum tabernam, ff. de pignoribus*, ubi Scævola ita ait: *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligata videantur?* Et respondet obligatas censerī. Ratio dubitandi erat, quia debitor creditori non pignoraverat bona, quæ in taberna essent; sed tabernam ipsam: quare videbatur ea venalia sub pignus venire neutiquam debere. Tamen contrarium decidit Scævola; & ratio decisionis est, quia debitor nullum Jus in taberna habebat, ut recte notat Bartolus in *l. cum pater, §. mensa, ff. de leg. 2.* Gomefius in *§. item Serviana, num. 22. Inst. de actionibus*: & patet ex illis Scævola verbis, *Quaestum est utrum eo facto nihil egerit*. Quare ne obligatio irrita sit, quia taberna in obligationem venire non potest, utpote aliena, venient merces ibi retentæ, quæ sunt debitoris; maxime quia nomen tabernæ ad merces ibi contentas facile extenditur, & ob eas quis tabernam conductam potest suam dicere, *l. tabernæ, ff. de fundo instr. ædific.* juvatque textus in *l. an quod, ff. eod.* Et hæc est genuina illius legis expositio.

Hinc plura colliguntur. I. Cum obligatur taberna non conducta, sed quæ sit debitoris, tunc ipsa solum taberna erit in pignore, non item ea, quæ ibi mercis gratia detinentur, etiam si hæc etiam debitoris sint; nam obligatio ad non expressa extendi non debet. II. Si quis non tabernam conductam obligat, sed conductam domum, eo casu non comprehenderentur merces ibi forte repositæ; nec enim quis nomine domus comprehendit merces, quas in ea habet, argumento textus in *l. qui, §. 1. ff. de auro, & arg. l. g.* Atque ad eum modum docuere Albericus, Salycetus, & Cumanus in *d. l. cum tabernam*, quæ sequitur Pinellus hic *par. 1. num. 49.* Tandem colligitur, hunc Scævola textum male omnino ab Interpretibus adduci in casu actionis Servianæ; nam in Serviana obligantur res investitæ illatæ, hic obligatur taberna ipsa. Ibi bona sunt obligantis, hic taberna est aliena.

Cum autem dicimus, res venales censerī obligatas, hoc capimus non qui-

quidem in specie, ut scilicet hi fructus, hæ pecudes pignoris loco sint: aliter enim debitor, qui ea vendere destinavit, impediretur rem suam agere: sed capimus in genere, ita ut illi fructus, illæ pecudes, quas creditor invenerit in taberna conventionis tempore, censeantur obligatæ; ita ex eodem Scævola ibidem.

De quibusdam patrii Juris effectibus.

Q U Æ S T I O II.

Quoniam in præsentī titulo agitur de modis nonnullis, quibus pater sibi per liberos acquirit: id autem a patrio Jure omnino dependet; hinc factum est, ut Interpretes in præludiis his de patria ipsa potestate sermonem instituunt. Ceterum nos, aliis omissis, quædam magis utilia, minusque obvia discutiemus. Hujusmodi est textus Æmiliij Macri in *l. milites agrum, §. ult. ff. de re militari*, cujus hæc sunt verba: *Desertorem, qui a patre suo fuerat oblatus, in deteriore militiam D. Pius dari jussit, ne videatur* (inquit) *pater ad supplicium obtulisse. Item Divi Verus, & Antoninus, cum, qui post quinquennium desertionis se obtulit, deportari jussunt. Quod exemplum & in ceteris sequi nos debere, Menander scripsit.* Hæc Macer Jurisconsultus.

Cum ergo pœna capitalis militi, qui militiam deseruit, potuisset irrogari; ea tamen immutatur, & in aliam mitiorem convertitur, si desertor hic a patre offeratur, hoc est, datur in deteriore militiam, nimirum ex beneficiario, qui vacationem munerum militarium habebat, regrediendo transibat in munificem: munificibus enim omnia fere incumbant militiæ munia. Vide Festum, & Casaubonum ad *Sueton. in Augusto cap. 24.* Hoc Interpretes ad omne quodcunque delictum extendunt, ita ut si filium pœnæ reum pater judici obtulerit, hoc ipso filius mortis pœnam evadet. Probant hoc ex illis Jurisconsulti verbis, *Quod exemplum in ceteris sequi nos debere*; quæ ita capiunt, ac si dicerent, quod in filio desertore statutum est, idem in ceteris omnibus locum habere, qui quidem post admissum delictum a patre offerantur, Felinus in *cap. accusasti, num. 4. de accusationibus*, Alciatus *1. præsumt. 4.* Quamvis autem quidam credant, hoc a patria potestate pendere; tamen in contrarium DD. frequentes sunt, ut scilicet id factum sit ob paternum amorem, & charitatem sanguinis; nam Jurisconsultus ait, *Ne videatur pater filium obtulisse ad supplicium.* Quare Salycetus omnium primus in *l. propter infidias, C. qui accusare non possunt*, idem esse in matre, & filio emancipato statuit.

Verum hæc somnia sunt, ut ait Jacobus Gothofr. in *d. §. ult.* & merito nunquam in foro recepta. Dicimus itaque cum Pinello hic in *rubr. par. 2.*

par. 2. num. 35. Æmilium Macrum in ea lege non nisi de desertoribus sermonem habere: sic ut a duobus casibus specialibus argumentum ducat pro universali, in eodem tamen genere, ita scilicet: Quia D. Pius desertori pœnam minuit, qui fuit a patre oblati, & DD. Fratres hoc idem fecerunt in alio, qui se ipsum obtulit; ideo, ait, in omnibus desertoribus, qui se ipsi offerant, vel a patribus offerantur, id ipsum observandum est, ut mitius puniri debeant. Et sane particula illa *In ceteris*, non ita est intelligenda, ut id procedat in ceteris omnibus delictis, ut vulgo perperam interpretantur: sed in ceteris solum desertoribus, de quibus scilicet Jurisconsultus loquebatur, ut cuius, qui diligentius attenderit, facile constare potest.

Est autem inter desertores, ac delinquentes alios, ita ingens discrimen, ut ab illis ad hos nullo possit modo argumentum duci. Nam delicta militaria severe coercentur, ne disciplina in perniciem reipublicæ paulatim labefactetur. Id aliquot exemplis manifestum fiet. Ecce caligatus, qui metu hostium languorem simulavit, capitis pœnas luit, *l. omne delictum, §. exploratores, ff. eod.* In pari causa est miles, qui in bello arma amisit, ut in *l. desertorem, §. miles*; adeo ut omnis segnitia, vel contumacia, vel desidia, graviter plectatur; nam in bello, qui rem a Duce prohibitam fecit, aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene cesserit, *l. 3. §. in bello.* Vide Gellium *lib. 1. cap. 13.* Nil ergo mirum si aliquando leges de tanto rigore aliquid remittunt, & desertorem facti pœnitentem mitius accipiunt. Et propterea constat, id ipsum ad alia delicta extra militiam commissa, trahi non posse, in quibus pœnæ potius leves irrogantur, quam severæ.

Uterius, hinc lata fraudibus via aperiretur, si quis delicto admisso, se ipsum offerendo, vel patiendo se a patre offerri, pœnam a Jure statutam posset eludere. Hæc autem pœnæ elusio permittenda non est, Ulpianus in *l. si quis forte, ff. de pœnis*; nam pœnas ob maleficia solvi, magna ratio suadet, hoc est publica utilitas, *l. si a reo, §. illud quod, ff. de fidejussoribus.*

Num bona adventitia extiterint ante Constantinum Magnum.

Q U Æ S T I O III.

MAXIME utilis hæc quæstio est; cum ex ipsius dissolutione multarum legum, quæ in Pandectis leguntur, vera & germana interpretatio pendeat, ut in decursu patebit. Communis hac in re opinio est, ante Constantinum filiifamilias duplex tantum peculium extitisse: unum militare, quod ex integro filii erat; alterum paganicum, seu profectitium,

festitium; quod undecunque quæsitum, patris erat, sic ut filius nihil in eo Juris haberet. Probant hoc, quia Constantinus Magnus omnium primus bona adventitia invexit in *l. 1. C. hoc tit.* statuens, in bonis filio perventis ex matris successione, patri non acquiri, nisi usumfructum, salva filiofamilias proprietate: quod Jus dein per sequentes Imperatores latius extensum est. Ita sane in ea lege, *vers. res quæ*, notat Accursius. Constat autem, Imperatorem Constantinum, & legem illam, quæ lata est anno Christi 316. fuisse multo recentiores, ac Jurisconsulti, ex quorum scriptis leges Digestorum compilatæ sunt; quare Jure Digestorum nulla adventitia bona fuere cognita.

Id ego omnino verum puto. Sed displicuit Antonio Fabro 7. *conject. 11. num. 6.* qui falsum esse putat, Jure veteri semper & omni casu filiumfamilias patri acquirere, cum ipse acquisitionis capax fuerit, volente tamen patre. Elicit hoc ex Ulpiano in *l. cogi, §. si pater filio, ff. ad Trebell.* ubi pater, qui Jussu Prætoris filiofamilias hereditatem ex fideicommissum restituit, in iis bonis, nonnisi usumfructum habet.

Ceterum hæc expositio sustineri non potest. Quod ut pateat, verba Ulpiani in ea lege proponamus. Hæc autem sunt: *Si pater filio, quem in potestate habet, restituere rogetur hereditatem, an filius patrem suum, si suspectam dicat hereditatem, rogare possit? & non est dubium, patrem a filio per Prætorem cogi posse.* Hactenus Jurisconsultus; ubi videre licet, patrem hic restituere ex Trebelliano filiofamilias hereditatem. Sed si quæras, cuinam filiusfamilias hoc fideicommissum acquirat; respondet Faber, licet hac de re nulla in ea lege mentio fiat, patere tamen filiumfamilias illud sibi acquirere; nam si non sibi, sed patri suo quæreret, consequens omnino esset, patrem gravari a filio, fierique contra suam voluntatem obnoxium creditoribus hereditariis: quod est absurdum, DD. in *l. si quis mihi, §. iussum, ff. de acq. hered.* Atque ita onus illud, quod pater vitavit non adeundo sponte fideicommissum, jam subit ex eo, quod filius ipsius idem fideicommissum acquisivit.

Nos tamen in contrarium imus, dicendo fideicommissum eo casu restitui quidem filiofam. sed patri acquiri, ex regula, quod filius ei quærat, sub cujus potestate est: nec patri inde onus ullum imponitur, ut falso credidit Faber; quandoquidem cum heres, qui adire renuit suspectam hereditatem, cogitur ad adeundum ex Senatusconsulto Trebelliano, tunc solidum fideicommissum restituit fideicommissario, cujus per consequens erunt omnia onera, & lucra, *§. si quis una, & §. sed quia stipulationes, Institutionib. de fideicom. heredit.* Eoque in nostra præsentī specie omnia hereditatis onera una cum fideicommissum transeunt in filiumfamilias, eundemque fideicommissarium. At vero bona fideicommissi, quia manere apud filium non possunt, regrediuntur ad patrem; qui poterit quidem conveniri a creditoribus hereditariis, sed non ex persona sua, ut heres, ut qui solidum restituit; sed ex persona filii, qui solidum ex Trebelliano

liano accepit. Ceterum, cum pater ex filii persona convenitur, nihil damni sentit, cum non teneatur, nisi quatenus in peculio filii est, hoc est, quatenus in fideicommisso existit: siquidem quod in rem patris verum est, id in filii familias peculio esse dicitur, *l. 1. §. ult. ff. de in rem verso.*

Itaque, ut concludamus, falsum omnino est, unquam de Jure veteri filium familias potuisse sibi quidquam acquirere, nisi sola bona castrensia; nam cetera omnia patris erant pleno Jure. Hinc rectus multarum legum intellectus pendet.

Primo itaque colligitur, unde sit, quod donatio patria, seu quæ a patre in filium familias confertur, nullius momenti sit; ideo nimirum, quia hæc donatio in patrem regrederetur. Quod ut plenius intelligatur, certum est, huic donationi, quin valeat, impedimento esse Jus patrum, *l. sive emancipatis, §. sane, C. de donationibus*; dubium solum esse potest, ex quonam patriæ potestatis effectu hoc impedimentum descendat. Quod ut resolvatur, sciendum est, patriæ olim potestatis tres omnino fuisse effectus, ut pater Jus haberet in vitam, in bona, & in voluntatem filii: ex quibus reliqui omnes innumeri patrii Juris effectus promanant, ut alibi a nobis explicatum est. Jam vero, cum hujusce donationis nullitas non dependeat ex Jure in vitam, neque ex Jure in voluntatem, uti constat; reliquum est, ut sit ex Jure in bona, & fortunas. Jus autem hoc in eo consistit, ut omnia filius familias, exceptis castrensibus, patri acquirat, adeo ut nec momento temporis apud filium hæsisse censeatur id quod quaeritur, *l. 1. §. 1. ff. si quis a parente, l. plures, ff. de acq. hered.* Hoc Jus, licet hodie restrictum sit in quantum ad adventitia, remanet tamen integrum & illibatum in quantum ad profectitia bona, *l. ult. C. hoc tit.* Hac ergo de causa, cum pater donat filio familias, id quod donatur in patrem statim regreditur, ut propterea frustra donatio facta sit, tanquam si quis donaret sibi ipsi, Accursius ad *l. 2. v. in potestate, C. de inoff. donationib.* Hæc ratio displicuit Fabro *loc. cit.* ex eo quia putabat, filium familias etiam de Jure antiquo non omnia patri, sed nonnulla etiam sibi acquirere, volente tamen patre: quod adstruebat ex *d. l. cogi, §. si pater filio, ff. ad Trebell.* Sed jam vidimus eum errore labi.

II. Colligitur interpretatio Ulpiani in *l. filiusfam. ff. de donationib.* ubi licet filius familias habens a patre liberam peculii administrationem, mortis causa donare non possit: potest tamen id facere, si nominatim pater adjiceret, sic se ei concedere, ut donare quoque causa mortis possit. Ex quo textu vulgo eliciunt, filium familias ex patris voluntate posse de peculio profecticio mortis causa donare. Id ipsum probant ex *l. tam 15. §. 1. ff. de mortis causa donationib.* ubi Martianus hæc habet: *Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, patre permittente, potest.* Sed valde falluntur, cum Jurisconsulti in his legibus non loquantur, nec loqui potuerint de peculio adventitio, quod per ea tempora adhuc non erat introductum:

sed

sed solum sermonem habeant de peculio profectitio, & in eo dicunt, posse filiumfam. ex patris voluntate mortis causa donare. Certe Ulpianus diu ante Constantinum floruit sub Alexandro Severo, cujus consiliarius fuit, & scrinii magister; Ælius vero Martianus, ut conjicitur, etiam ad ea tempora vixit.

Ceterum hic adverti potest, errare quotquot putant omnia Jurisconsultorum fragmenta, quæ in DD. leguntur, antecedere leges Principum, quæ in C. relatæ sunt: ut propterea illud promiscue Jus vetus, hoc e diverso Jus novum appellent. Errant sane, quia Jurisconsulti omnes, quorum sententiæ & opiniones extant in Pandectis, sub Principibus floruerunt. Eorum ætas sub Adriano incipit, desinit sub Severo. Ita Domitius Ulpianus vixit sub Imperatore Alexandro, qui eum suum appellat amicum in *l. secundum, C. de contrab. stipul.* Ita verba Antonini Pii, quæ leguntur in *l. 1. C. de legatis*, omnibus pæne literis recitantur a Scævola in *l. Cajo, §. Imperator, ff. de olim. legat.* eodemque modo quamplurimas Imperatorum leges, orationes, epistolas videmus passim a Jurisconsultis in Pandectis citatas & expositas. At vero rescripta Imperatorum, quæ in Codicem relatæ sunt, ab Adriano etiam incipiunt, desinunt vero cum Justiniano; ut propterea ad rectam & legitimam Juris antiqui, & novi discretionem, non esset videndum, utrum a Jurisconsultis, an ab Imperatoribus, quid conscriptum, & introductum sit, ut perperam imperiti faciunt, sequuti Bartolum in *Lult. ad finem, ff. de reg. Car.* sed omnino tenenda sit chronologia, ac sciendum, quis eorum vixerit prius, quisve posterius, ut notavit Fulgosius in *l. fractus, num. 8. ff. de reivind.* Alciatus 6. *parerg.* 14. Itaque Jus post Severi tempora conditum, novum dici posse videtur.

Ad legem I.

EXPLANATIO.

TRia omnino sunt admodum utilia, quæ hic Constantinus proponit. I. Quod filiusfam. patri suo in bonis maternis acquirat. II. Patrem in bonis his administrandi Jus ac potestatem habere. III. Patri eorundem bonorum alienationem esse prohibitam. De singulis nonnulla selectiora trademus.

Quid filiusfamilias patri in bonis maternis acquirat.

P A R T I.

Quoties matri filius sive ab intestato, sive ex testamento succedit, eorum bonorum filiofamilias proprietas tantum acquiritur, sic, ut usufructus eorundem omnino migret in patrem, sub cujus potestate est. Ita Imperator hic, initio. Hæc autem acquisitio a patria potestate dependet; ex quo olim pater non modo usufructum in his, & reliquis filii bonis adipiscébatur, sed plenum omnino dominium, *l. cum oportet, C. de bonis, quæ liberis*. Hinc nonnulli explicant textum Martiani in *l. filiusfam. §. sed si quis, ff. de leg. 1.* ubi patria potestas inæstimabilis dicitur, adeout si quis liberos suos emancipare rogatus a testatore fuerit, non cogatur hoc facere; atque licet verum sit patriam potestatem ex hoc acquisitionis capite magni æstimandam esse, tamen non puto ex hoc solum dici *inæstimabilem*, sed ob alios etiam Juris effectus, quos ipsa producit, ut quod pater possit filium vendere, olim etiam morti tradere, & hujusmodi alios, ut in ea lege Albericus observat, & Pinellus hic *num. 13.*

Objiciunt quidam ex *l. nemo, §. 1. ff. de reg. Juris*, ubi Ulpianus hæc habet: *Locupletior non est factus, qui liberum acquisivit*; quod nonnulli probant cum Glossa ex eo quod liber, seu filius in nostris bonis non dicitur esse, *l. 1. §. 1. ff. de reivind.* Ita Alciatus in *l. non est sine liberis, ff. de verb. signif.* Quæ tamen interpretatio rejicitur, maxime quia vix est, ut nomen liberi recte positum videatur in singulari numero pro filio; etsi nescius non sim legi apud Quintilianum, in *Institutionibus*, & in *l. Jus agnationis, ff. de pactis*. Quare Tiraquellus in *l. si unquam, v. suscepit liberos, num. 201. C. de revocand. donationibus*, quem alii sequuntur, eo loci liberi nomen pro libero homine capit. Omnino male; nam nec homo liber dicitur per se, & absolute liber, hoc est, sine fulcimine nominis substantivi, vel prominis; tum etiam, quia Ulpianus utitur verbo, *acquisivit*, quod in homine libero locum non habet. Itaque illud reliquum est, ut in *d. §. 1.* legamus non *liberum*, sed *libertum*, ut habent Pandectæ Florentinæ, atque alii etiam libri, ut ex Accursio ibidem patet, & sensus est, non dici quem locupletiozem, eo quod in libertum Jus patronatus adeptus sit. Nam locuples dicitur factus, qui bona acquirit, non etiam qui alterius generis res, ut patet ex *l. plane si filium, §. fin. ff. de leg. 1.* cum enim statutum esset, ut ab eo tantum fideicommitteri posset, qui a testatore legatum, vel hereditatem caperet, juxta vulgatum illud, non possum onerare, quem non honoro; quæsitum est, num servus te-

stamento

testamento manumissus, hoc est, cui libertas legata sit, possit is idem fideicommissio rogari? Et Ulpianus negat, eo quod is demum pecuniam ex causa fideicommissi præstare cogendus est, qui aliquid ejusdem generis, vel similis, ex testamento consequitur. In quo etiam textu sermo est de Jure patronatus; nam is cui servus legatur, & rogatur ut de manu mittat, non potest fideicommissio gravari ob Jus patronatus, quod in liberto consequetur. Itaque, ut ad institutum revertamur, tenendum est patrem in bonis filii maternis sibi usumfructum quærere, solum ob hoc, quod in illum patrum Jus habet. Hanc Constantini dispositionem longe, lateque produxit Justinianus in *l. cum oportet, C. de bonis, qua liberis*, ubi idipsum in bonis omnibus adventitiis filii statuit.

Verum vulgo putant hanc regulam cessare in patre furioso. Nam si filiusfamilias institutus heres sit, qui patrem furiosum habeat, tum & filius ipse adire potest, & sibi hereditatem ex toto acquireret, hoc est, etiam in quantum ad usumfructum. Ita Bartolus, Castrensis. Angelus, Imola, & alii in *l. cum heres, ff. de acquir. hered.* Quod ex eo textu probant, ubi in specie proposita ex rescripto D. Pii, *Si filiusfamilias adierit*, verba legis sunt, *perinde habetur, ac si paterfamilias adisset: permittit itaque ei, & servos hereditatis manumittere*. Ex quibus verbis Interpretes colligunt, hanc filiumfamilias sibi hereditatem quærere. I. scilicet, quia hic declaratur paterfamilias, seu perinde ac paterfamilias habetur: quare tanquam paterfamilias sibi ipsi, & non alteri quæret. II. quia eidem filio Jus est manumittendi servos hereditarios, injussu patris: quod utique facere nequiret, nisi plane dominus esset. Probant hoc ipsum ratione; nam cum eo casu onera hereditaria sint filii, & non patris, qui furiosus est, & obligari nequit, ita & lucra ipsius erunt filii.

Sed iidem Interpretes hoc tum demum intelligunt, cum filius sponte adiit: nam si Jussu curatoris patris furiosi adiret, filius patri & onera hereditatis, & ejusdem usumfructum quæreret. Quod confirmant ex *l. Antistius, §. fin. alias l. furiosus, ff. de acq. hereditate*; cujus hæc verba sunt: *Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest: nisi necessarius patri, aut domino heres existat: per alium autem acquiri ei potest, veluti per servum, vel eum, quem in potestate habet*. Qui textus quoniam contrarius videbatur *d. l. cum heres*, ideo Bartolus, & reliqui communiter, eam distinctionem commenti sunt, quam modo tradidimus: ut scilicet præsens *l. Antistius* procedat, cum pater furiosus curatorem habeat, cujus Jussu filius hereditatem sibi relictam adeat; ex quo ea patri, in quantum ad usumfructum, quæritur.

Ceterum hæc omnia commentitia sunt. Et recte olim Cumanus in *d. l. cum heres*, & Soccinus in *l. cum filio, n. 14. ff. de leg. 1.* opinionem hanc rejecere, affirmantes filium in adeunda hereditate patri & furioso quærere. Sed quoniam iidem nihil, quod cum ipsis faciat, adducunt: ideo

Pinellus hic *par. 1. a num. 36.* conatus est eorum defectum implere.

I. Itaque probatur ex regula Ulpiani in *L.patre furioso, in fine, ff. de iis, qui sui vel alieni juris*, ubi pater furiosus in omnes omnino filios Jus potestatis retinet: adeo autem retinet, ut & acquiratur illi commodum ejus, quod filius acquisivit. Hæc Ulpianus, & recte; nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furioso acquiri, ait Pomponius in *l. si a furioso, ff. de rebus credit.* Cum ergo Ulpianus indistincte loquatur, dicatque filium patri etiam furioso quærere, non est cur DD. idipsum distinguant, quasi locum habeat in acquisitionibus, quæ ex contractu, vel aliis causis oriuntur, non etiam ex illis, quæ ratione institutionis & hereditatis perveniunt.

II. Patet ex *l. pen. ff. de curatoribus furioso dandis*, ubi si pater prodigus sit, curatoremque habeat, adhuc ei ex hereditate filiusfamilias acquirit: eoque emancipari oportet filium, ne ei quærat. Igitur idipsum verum erit in patre furioso. Quod argumentum a majori deductum est; quia mitius agendum est cum patre, qui curatorem habet ex casu & facto infelici, quam cum eo, qui ex culpa, & prodigalitate, ut recte admonuit *Glos. ad d. l. Antistius, ad finem*, quam Baldus ibi *aurcam* appellat.

His ita positis, illud superest, ut explicemus leges ab Adversariis contra nostram opinionem adductas, & perperam intellectas. Et primo dicamus de rescripto D. Pii in *l. cum heres, ff. de acq. hered.* Sciendum itaque, filiumfamilias, uti & servum, acquirere nobis etiam ignorantibus, & invitis, ne rerum dominium in suspenso maneat, *§. item nobis, Institutionib. per quas personas nobis acquiritur*. Excipitur tamen hereditas, quam servus, & filiusfamilias non potest adire, nec nobis acquirere, nisi nostro Jussu adeat, *l. si quis mihi, §. Jussu, ff. cit. tit. l. cum filius ff. quis ordo in bonorum possessione*: nam hereditas, præter lucra, continet etiam onera, & satis injuriosum esset nobis ignorantibus, & invitis per servos, & filiosfamilias nostros onus imponi. Hinc ergo orta difficultas apud D. Pium; quippe filiusfamilias, qui patrem furiosum habebat, institutus heres, videbatur ab ipsius hereditatis acquisitione summotus; nam pater, sub cujus potestate erat, utpote furiosus, jubere aditionem nequibat. Neque hoc patris munus legitime adimplere curator poterat, in quem scilicet Jus patriæ potestatis, a qua hæc Jussio pendet, non transit. Quare in his angustiis imploratum est auxilium a D. Pio, qui rescripsit: *Si filiusfam. adierit, perinde haberi, ac si paterfam. adisset*: quæ verba hoc valent, ut in eo tantum aditionis actu is, qui alioqui erat filiusfamilias, haberetur tanquam paterfamilias; ad hoc scilicet, ut nec Jussu, nec inhibitione patris indigeret in hereditate adeunda. Hæc est ratio, cur hic filius pro paterfamilias censeatur. Nec propterea inde fit, filium hic plene sibi eam hereditatem adipisci, nullo in patrem translato usufructu, ut vulgo Interpretes putant; hoc quippe

pe falsum est, ut ex ipso textu aperte convincitur, cum subdit, Divum Pium permisisse ei filiofamilias, ut servos hereditatis manumitteret, hoc est servos illos, quibus heres testatoris Jussu libertatem impertiri debet; nam si filius omnino sibi quæreret hereditatem ob furorē patris, fieretque dominus, ut putant, minus congrueret verbum illud, *Permisisit*, quia dominus permissione non eget; tum non oportebat exprimere specialem casum illum manumissionis servorum, cum domino omnia liceant. Cum itaque qui unum includit, ut dicunt, cetera excludat, filius iste, cui permissum est servos hereditatis manumittere, nihil præterea, tanquam dominus, agere poterit, cetera enim erunt exclusa. Stet ergo filiumfamilias a Pio declarari patremfamilias, solum in quantum ad actum aditionis, & manumissionis, non etiam in quantum ad reliqua; ex quo non aufertur patri furioso ususfructus, qui ei in hereditate per filium adita competit. Atque hoc modo jam textus in *d. l. cum heres*, facile in gratiam redibit, ac concordabit cum textu in *l. Antistius*, §. *fin.* ubi habetur patrem furiosum posse sibi commodum hereditatis acquirere per servum, vel per eum, quem in potestate habet; neque ibi ulla de patre jubente mentio habetur, eoque talis divinatio admittenda non est. Imo si recte attendatur, nullo colore ea communis distinctio inter illa duo Jura recipi potest; nam si filius Jussu curatoris, qui patri furioso datum est, adeundo patri hereditatem acquirit, & non sibi; iniquum utique esset permittere, ut filius idem sibi quærat, quando pater curatorem non habet: debebat quippe D. Pius curatorem patri furioso dare, cujus Jussu filius adiret.

Hoc D. Pii privilegium filiofamilias concessum in adeunda hereditate injussu patris furiosi, non videtur posse locum habere in agnoscenda bonorum possessione, ex Marcello in *l. cum filiusfam. ff. quis ordo in bonorum possessione servetur*; ubi filius, qui furente patre bonorum possessionem sibi delatam intra dies 100. a lege statutos agnoscere non potuit, sibi non præjudicat; ea ratione, quia, inquit Jurisconsultus, etsi filius eam bonorum possessionem petiisset, tamen non ante sibi eam acquireret; quam pater compos mentis factus, comprobasset; nam hic ratihabitio & Jussu exæquantur. Ex his satis aperte constat, filiumfamilias non posse in hoc casu uti beneficio D. Pii, & petere sibi bonorum possessionem, tanquam ipse idem paterfamilias esset; nam Marcellus omnino exigit Jussum patris, vel certe ratihabitionem. Id autem satis mirabile, quia apud Prætorem minori loco est patria potestas, quam apud Jus civile, §. *emancipatos*, de *exhered. liber. §. emancipati*, de *hereditatibus*, quæ ab intestato. Cur ergo hic Jus civile patriam potestatem in patre furioso negligit, sic ut filius possit injussu patris, sub cujus potestate est, hereditatem acquirere: & eandem Prætor tanti facit, ut neget filio bonorum possessionem adipisci, si pater in furore sit?

Itaque pater, etiam furiosus, in bonis filii maternis ex Constantini
le-

lege sibi quærit usumfructum : quod producendum est ex Justiniano ad omnia filii bona adventitia undecumque delata , *l. cum oportet* , C. de bonis quæ liberis .

De Jure administrandi, quod pater habet in bonis filiis maternis, aliisque adventitiis .

P A R S II.

CUm pater in bonis filii maternis Jus utendi fruendi acquirit, non ab omni onere immunis abit ; sed cum commodum sentiat, Jure etiam incommodum sentire debet ; quare I. omnem debet tuendæ rei diligentiam adhibere . II. quod Jure filiis debetur , id petere a debitoribus obligatur . III. sumtus ex fructibus facere . IV. litem inferentibus resistere . Tandem ita omnia agere , tanquam solidum , perfectumque dominium earum rerum patri ipsi quæsitum esset , & personam gereret legitimam . Ita in nostra lege , *vers. parentes* .

Ex his colligitur, usumfructum, quem pater habet in bonis filii adventitiis, longe ab omni alio simplici usufructu distare. Nam reliqui usufructuarii dicuntur habere rei custodiam , *l. i. §. fin. cum l. seq. ff. usufructuarius quemadmodum caveat* ; at vero pater hic asseritur legitimus rerum administrator , quin etiam omnia posse agere non secus , ac si plene dominus esset , & in *d. l. cum oportet* , §. *non autem* , pater plenissimam potestatem habere dicitur .

Sed hic nonnulla obiter videnda sunt de ipsa usufructus alienatione ; qua in re variae sunt Jurisconsultorum opiniones . Nam etsi omnes consensiant, usumfructum posse vendi, locari, donari : magna tamen difficultas est , quid his casibus in emtorem , & conductorem , & donatarium transferatur . Consensunt etiam , usumfructum cedi in Jure non posse ; sed quæ sit hujus dispositionis ratio , quæritur .

Itaque communis opinio docet, in venditione usufructus non censi transferri Jus ipsum usufructus in emtorem , sed tantum naturalem fructuum perceptionem , prorsus ut venditor retineat Jus , emtor colligat fructus , donec venditor , hoc est fructuarius , in vivis est . Idem intelligas de donatione , & conductione . Quod probant ex Ulpiano in *l. arboribus* , §. 2. *ff. de usufr.* ubi ait , usufructuarius , qui locat , uti , & qui vendit , uti , quemadmodum etiam si alii precario concedat , vel donet : *Atque ideo* (verba Ulpiani sunt) *retinere usufructum* . Probant etiam ratione , quia usufructus , cum sit Jus personale , nequit de uno in alium transcribi , aut transferri . Ita Cujacius in *notis ad Institution. de usufr.* §. *ult.* Pacius *cent. 5. qu. 25.* Gomez 2. *var. 15. n. 17.* & alii communiter .

His

His tamen omnibus palam obstat Paulus in *l. necessario*, §. *fin. ff. de periculo & commodo vi vend.* ubi clarissimis verbis dicitur, in venditione ususfructus ipsum Jus utendi fruendi vendi. Hac lege moti Greve, Bachovius, alique apud Joannem Verstegenum *de usufr. obf. ult.* aliter rem omnem explanare conati sunt, duplex in usufructuario Jus distinguentes, quorum unum mere personale est, quod ab ipsa statim constitutione personæ perpetuo inhæret: adeout licet per multas manus transeat usufructus, tamen ubi de amittendo, vel finiendo usufructu quæritur, persona ejus, cui primo constitutum est, spectari debeat, *d. l. necessario*, §. *fin.* Alterum est Jus reale consistens in usu, & fruitione rei fructuariæ, quod a fructuario abire, & in alium transferri potest, licet a personali illo Jure promanet, inque eo ita radices habeat, ut necessario cum illo extinguatur. Cum igitur quis vendit usumfructum, non hoc agere intelligitur, ut Jus omne, quod habet, animo dimittat, & transferat in alium: sed ut retento Jure, quod ex constitutione suæ inhæret personæ, Jus tantum reale percipiendorum fructuum ad alium pertineat, quandiu Jus illud mere personale in persona sua durabit.

Verum hæc duplicis Juris, realis, & personalis distinctio in usufructu omnino commentitia videtur, cum nusquam in legibus nostris hujus realis in usufructu Juris mentio extet. Quare Schiferdegheer ad Fabrum *lib. 1. tract. 11.* aliam pro his legibus explicandis ingressus est viam. Dicit itaque, fructuarium, qui vendit, & emtorem, qui emit, ambos simul uti, sed diversa ratione. Nam qui vendit, utitur non per se, sed per emtorem, & emtor utitur non quidem nomine suo, sed nomine venditoris; itaut idem Jus personale usufructus videatur esse in ambobus, sed alio, atque alio modo. Idem est in conductione, & donatione: quæ opinio vera est, atque eam probabimus simul & explicabimus.

Probatur ergo ex Martino in *l. non utitur 45. ff. de usufr.* Cujus hæc verba sunt: *Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius: puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatum est.* Ubi Martinus docet eum, qui vendit usumfructum, adhuc post venditionem illum retinere. Quod tamen minime verum poterat videri ex eo, quod ille retinet usumfructum, qui utitur, & non utendo amittit, ut notissimum est: ideo ait Martinus vendentem adhuc uti, licet emtor fructus percipiat. Cujus rei rationem affert Cajus in *l. quia 46. ff. eod.* *Quia*, inquit, *qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principaliter utitur fructu.* Unde dictum est, pretium repræsentare rem ipsam, *l. si & rem, ff. de petit. heredit. l. sed si*, cum *ll. seqq. ff. de peculio*. Nec dissimilis ratio est in aliis casibus; nam cum usumfructum loco, pensionis fructum habeo: cum dono, tum beneficii debitorem acquirō. Ita ergo semper utimur: atque eo modo intelligendus est Ulpianus in *l. arboribus, §. 2.* dum ait, venditorem adhuc uti, adeoque r. ti-

nere usumfructum: utitur scilicet per illum, & quo utendum pretium recepit, ut aperte dicitur in *d.l. quia*.

E diverso emtor ipse quoque fruitur, ut probatur, quia emit usumfructum, ut passim loquantur Jurisconsulti, & habetur in §. 1. *Institutionibus, de usu & habit.* ergo emit Jus utendi fruendi: id enim est ususfructus. Scio DD. tradere ususfructus nomen esse æquivocum, & aliquando significare Jus ipsum, aliquando collectionem fructuum, quæ in facto consistit; itaut cum quis vendit usumfructum, non dicatur vendere Jus, sed ipsam naturalem fructuum perceptionem, ut post alios docent Garcias *de expensis, cap. 10. num. 46.* Castillus *de usufr. cap. 31. n. 22.* Sed hæc traditio, & assertio, omnino falsa est, cum in tot titulis Digestorum, & Codicis *de usufr.* nunquam ne verbum quidem reperire sit, quod hanc æquivocationem doceat: quæ omnino inventa est a Doctoribus, ut præsentem difficultatem effugiant; nam unica extat definitio ususfructus, a cujus natura si aliquando ususfructus deviat, novum nomen habet, & dicitur Quasi ususfructus: quod nomen frustra Jurisconsulti introduxissent, si ususfructus nomen non esset univocum, ut loquantur, sed æquivocum. Stet ergo, cum leges passim dicant usumfructum vendi, de ipso Jure utendi fruendi loqui. Quæ si satis non sunt, adest Paulus in *d.l. necessario, §. fin.* ubi expresse ait, ipsum Jus utendi fruendi in venditionem venire, inque emtorem transferri. Quod tamen explicandum est ex Martiano in *d.l. non utitur*, ubi emtorem affirmat uti, sed nomine alieno; ex quo etiam nostra opinio confirmatur: nam qui alieno nomine facit, dicitur facere eodem Jure, quod ipse principalis habet: & certe si alio Jure faceret, tum suo nomine diceretur facere, non alieno. Idem dictum esto de conductore, & donatario.

Itaque in his contractibus Jus ususfructus videtur communicari inter utrumque contrahentem: multa enim, quæ simul apud duos esse nequeunt, hoc habent ut inter duos communicari possint. Exemplum afferunt DD. in dominio: quod apud duos in solidum dominos esse non potest, *l. si ut certo, §. si duobus, ff. commodati*: nihilominus solet inter duos communicari, præsertim si uno modo sit in uno, atque in alio, ut inter patrem, & filiumfamilias, juxta textum in *l. in suis, ff. de liberis, & posthum.* Ita est in casu nostro, ubi Jus ususfructus diversa ratione residet apud venditorem, atque apud emtorem. Unde etiam videtur dicendum, quod quantumvis Jura personalia nequeant de una in aliam personam transcribi, & transire; tamen possunt inter plures communicari: veluti accidit in servitutibus rusticis, puta itinere, via: nam si iter pluribus concedatur, idem iter est in omnibus, utpote individuum: tamen illis omnibus erit commune. Quod verum est, etiam si iter non prædiis, sed personis relictum aut datum sit, quo casu erit servitus personalis, non item realis, *l. pen. ff. de serv. leg.* Ex quibus resolvitur objectio illorum, qui dicebant, usumfructum rem auere apud solum fructuarium vendentem, quia

quia cum sit Jus personale, nequit migrare in emtorem; licet enim hoc verum sit, si intelligatur non posse in totum discedere a vendente, non tamen inde fit, non posse etiam communicari ipsi emtori, ut patet ex *d.l. necessario*, §. *fin.* juncto textu in *d. l. arboribus*, §. 2. quæ leges nunquam conciliabuntur, nisi dicamus Jus ususfructus esse tam apud vendentem, ut dicit Ulpianus, quam apud emtorem, ut asserit Paulus. Et sane hanc conciliationem esse veram, patet etiam ex Martino in citata *l. non utitur*.

Verum, quod spectat ad amissionem ususfructus, distat donatio a venditione & locatione; quamvis enim qui usumfructum emit, non utatur, adhuc tamen venditor dicitur usumfructum retinere, cum pretio vice rei fruatur, *d. l. non utitur*. Quod etiam est in locatione, præsertim quia locatio & venditio iisdem legibus constant, *l. 2. ff. de locati*: & locatio est vice venditionis fructuum, uti explicat Antonius Faber *dec. 6. err. 6.* Non ita sese res habet in donatione; nam si fructuarius donaverit usumfructum, nequit ille aliter retineri, quam si ipse donatarius utatur, *l. quod si, ff. de usufr.* Cum enim ususfructus in utendo fruendo consistat, si donatarius illo non utatur, inde fit ipsum videri non agnoscere, seu recipere donationem, ut putat idem Schifordegherus *loc. cit. q. 1.*

Hactenus de venditione, & similibus contractibus; nunc de cessione dicamus. Et Justinianus in *§. item finitur, Institutionib. de usufr.* ait finiri usumfructum, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, cedendo autem extraneo nihil agi. Sermo autem hic est non de cessione bonorum, quæ in usufructu locum habere potest, non secus ac venditio, donatio, locatio: sed de cessione in Jure, quæ est ab alienationis species; & hanc Justinianus in usufructu locum non habere ait. Et ratio est, quoniam qui cedit in Jure, ut Cujacius advertit, totum Jus a se abdicat, eaque res addicitur ei, cui res in Jure ceditur. Quod, ut vidimus, non est in venditione, ubi ita Jus utendi fruendi in alium transfertur, ut per venditorem ususfructus retineatur. Sed de hac re latius in *Institut. tit. de usufr.* actum est.

His positis, videamus magis in specie, quibus in rebus distet ususfructus, quem pater in bonis filii adventitiis habet, a communi usufructu. Et primo si pater agens coram Judice dicat in libello, se esse rei dominum, & reivindicationem proponat, libello non cadet, hoc est libellus recte erit propositus, nec propterea adversarius liberabitur ab observatione judicii; quia tum in nostra lege, tum etiam in *l. oportet, C. de bonis, quæ liberis*, conceditur patri plenissimum Jus ad agendum, non secus ac si ipse rei dominus esset. Quod verum est, non modo si se dominum ususfructus dicat, sed etiam si se rei ipsius dominum asserat, Crotus in *l. nuntiatio*, num. 9. *ff. de novi operis nunciat.* Rubeus in *l. non solum*, §. *morte*, num. 12. *ff. cit. tit.* Id autem secus est in aliis fructuariis, qui si se dominos rei dicant, libello cadent, cum ususfructus sit in re

aliena; licet aliud Juris sit, si se simpliciter dominos vocent: nam verē fructuarius est dominus ususfructus, & in ipso reivindicationem habet, *totē tit. ff. si servitus vindicetur*. Neque enim videtur recipiendus Cypicius *dec. 96.* qui ait usufructuario non competere in usufructu actionem reivindicationis, sed solum confessoriam, deceptus ex eo, quod putet in rebus incorporalibus, uti est ususfructus, non dari dominium, sed quasi dominium: quam opinionem rejecimus in *Institutionib. tit. de acquir. rer. dominio*, ubi demonstratum est, hujus quasi dominii nullam mentionem in Jure nostro extare, & possessores rerum incorporalium esse eorundem veros dominos, ut patet tum ex *cit. tit. si servitus vindicetur*, tum etiam ex *tit. si ususfruct. petat.* nam ad verum rei dominium non exigitur, nisi Jus perfecte disponendi de re secundum suam naturam; quod utique potest fructuarius in usufructu, ut ex jam dictis constet, ubi probavimus usumfructum posse vendi, donari, locari a fructuario. Licet autem nequeat cedi, id tamen provenit ex natura ususfructus, qui nequit ab uno in totum discedere, & in alium migrare, sicuti expositum est.

II. Ususfructus patris non extinguitur mutata rei forma, veluti si seminarium mutetur in arbustum, vel quercetum in olivetum; quia etiamtum durat patria potestas, cum qua ususfructus continuatur, & si novus esset, novus etiam acquireretur, Gl. in *d. l. cum oportet, §. non autem*, Salycetus, Castrensis, & Baldus in *aut. excipitur, C. de bonis qua liberis*. Non ita est in aliis fructuariis, qui si ubi rem mutarant, usumfructum amittunt, quasi jam res perisset; & regula est, quod extincta re extinguitur ejusdem rei ususfructus, *l. §. ff. quibus modis ususfruct. amittatur*. Quod verum est, etiam si ex rei mutatione uberiores fructus percipiantur, *l. quamvis, ff. de usufr.* nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere; id intelligitur, ut facias colendo quod invenit, non autem inmutando. Vide Julianum in *l. acquisitum, §. i. cum seqq. ff. cit. tit.*

Hinc est, quod multa patri licent, quæ aliis fructuariis denegantur. Puta fructuarius *adificium inchoatum consummare non potest, etiam si eo loco aliter uti non possit*, ut loquitur Neratius in *l. usufructuarius §. i. adificium, ff. de usufr.* Quod utique in patre legitimo administratore non procedit, cui a nostra lege defertur plenissima potestas in bonis filii adventitiis, non secus ac si dominus esset: nec enim causa patris tam separata est a causa filii, uti est inter reliquos fructuarios, ut colligitur ex *l. fin. §. fin autem as, C. de bonis qua liberis*. Ceterum in *d. l. usufructuarius* satis admirabilia videntur verba illa, *Etiam si eo loco aliter uti non possit*, quibus objicit Glossa ibidem regulam legis, quæ ait, Concesso uno venire omnia necessaria ad illud, *l. 2. ff. de Jurisd. omnium judicam*. Ita in materia servitutum, si cui conceditur haustus, censetur concessum quoque iter, sicuti e contrario, si cui conceditur iter ad fontem,

tem, inest quoque haustus: nam unum sine altero inutile esset, *l. 3. §. fin. ff. de serv. rusticorum*. Pro cuius difficultatis solutione, varie se torquent Doctores.

I. Angelus, Fulgosius, & alii cum Glossa ibidem ajunt, decisionem Jurisconsulti in *d. l. 61.* pendere ex natura ipsius rei, hoc est, usufructus, qui stare nequit, ubi rei forma mutatur: videtur autem mutari ædificium, cum inchoatum perficitur. Sed hanc responsionem recte rejicit Curtius in *d. l. 2. col. penult.* ædificia quippe, & facta omnia, ex consummatione formam recipiunt, *l. si is qui quadringenta, §. quædam, ff. ad l. Falcid.* tantum abest, ut consummatione forma mutetur. Neque enim audiendus est Pinellus hic *num. 53.* cum putat, a Glossa formam accipi pro ipsa figura, aut specie rei etiam imperfectæ, ut in *l. fin. ff. de usu & habitatione*; nam in eo textu non est sermo de rebus imperfectis, sed de rebus in suo genere perfectis, cum dicatur non posse proprietarium speciem rei usufructu commutare, etiamsi in meliorem statum commutare velit. Ubi palam Neratius loquitur de rebus in suo genere completis: hæc enim dicuntur commutari in alia, quod non licet in re usufructuaria, quamvis fiat in melius: at vero res inchoatæ, & in suo genere imperfectæ, non dicuntur commutari, sed perfici & compleri, seu consummari, ut patet ex eadem *l. usufructuarius, §. ædificium, ibi, Inchoatum consummare*.

Sed esto demus Accursio & Pinello, cum ædificium inchoatum perficitur, formam rei mutari; nihilominus licet hoc sit contra naturam usufructus, adhuc tamen permitti fructuario deberet, cum aliter ædificio uti non potest. Quod probatur comparatione usus, qui cum concedatur ad indigentiam usufructuarii, de sua natura nequit in alium, sive donando, sive vendendo, sive locando, transferri: & tamen contra hanc usus naturam permittitur alienatio ejusdem, quoties alioqui inutiliter esset concessus: ut si usus silvæ esset relictus: tunc enim conceditur usufructuario Jus in alium transferendi usum sibi relictum, *l. divus, ff. de usu & habit.* Patet ergo, ne usus sit inutilis, permitti ejusdem alienationem contra naturam rei: cur ergo contra naturam usufructus non permittetur ædificii inchoati consummatio, seu formæ mutatio, cum aliter usufructus esset inutilis, præsertim cum minus sit formam mutare, quam rem alienare?

II. Itaque Curtius respondet, causam, cur usufructuarius nequeat ædificium consummare, esse quia alia inesse potest voluntas & industria proprietario, qui ædificare coeperat, in ejus ædificii consummatione, ab ea, quæ insit fructuario. Quam responsionem rejicit Corasius ipsius discipulus *1. miscell. 6.* quia potuit usufructus esse relictus in testamento: morte vero testantis finitur ejus intentio, *l. 4. ff. locati*: & tamen hoc etiam casu esse verum Neratii responsum, ambigit nemo. Et ita cessat ratio Curtii; qui nihilominus posset replicare, in sequenti prop-

prietario

prietario debere eandem voluntatem spectari. Hinc est, subdit idem Curius, quod eidem fructuario, cui denegatur ædificii coepti consummatio, conceditur deinde casam de novo ædificare, ob earum rerum custodiam, quæ in area sunt, modo ad id necessaria sit, *l. si aræ, l. æquifinium, §. si tamen, §. sed nec ædificium, ff. de usufr.* quia scilicet in novo ædificio faciendo nequit diversa proprietarii voluntas considerari. Sed rectius mihi videtur sentire Pinellus *citat. num. 54.* qui putat id specialiter permitti gratia fructuum. Sic alibi in Jure nostro expensæ gratia fructuum favorabiliores sunt, quam scilicet sunt ipsius rei gratia, *l. fructus qui 52. ff. sum. ercisc. l. generali, §. Lucius, ff. de usufr.* late Tiraquellus de *retractu §. 15. gl. 1. in princ.*

His ergo relictis, probatur mihi solutio ipsius Corasii, qui ait distinguenda esse hæc duo, scilicet ædificio uti non posse, & uti non posse usufructu, quoties testator usumfructum prædii legavit, in quo etiam sit ædificium inchoatum. Itaque Neratius hoc vult, fructuarium, qui usumfructum percipere, & colligere potest, etiamsi eo ædificio aliter uti non possit, ædificium illud inchoatum consummare non posse. Nam si aliter usufructu uti nequeat, quam si ædificium absolvatur, quod coeptum est, utique fructuarius perficere posset. Quod probatur ex *l. 1. §. 1. ff. si usufr. petatur*, ubi usufructu legato, heres compellitur ea præstare, sine quibus omnino uti non potest; uti esset in specie proposita, quod consideranti patet. Probatur etiam ex supradictis, quia concessio uno veniunt omnia ad illud necessaria, *l. 2. ff. de Jurisdic.* etiamsi contra rei naturam sint, *l. dirus, ff. de usu & habit.* Corasium sequitur Caronda 1. *Pitbanon. 3.* Costalius in *adversariis ad d. l. 61.*

Objicies ex Pinello textum in *l. repeti, §. si aræ, ff. quibus modis usufructus amittatur*, ubi si aræ usufructus sit legatus, & in ea ædificium sit positum a fructuario, res dicitur mutata, & usufructus extinguitur. Idem habetur in *l. usufructu legato, §. hac ratione, ff. de usufr.* Et tamen area in urbe sine ædificio nullius esset utilitatis. Sed responsio facilis est, aream ad multa deservire posse etiam in urbe, veluti pro atrio domus, pro alendis ibi columbis, pavonibus, & id genus aliis.

III. Distant cautione. Nam quilibet fructuarius, sive mobilis sit res, sive soli, tenetur domino proprietatis cavere, usum se boni viri arbitratu, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde extabit: cavere etiam debet, boni viri arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriorem se causam usufructus facturum, in qua tanquam prudentem patrem se gesturum promittat, *l. 1. ff. usufructuarius quemadmodum caveat.* Hæc cautio ita necessario præstanda est domino, ut fructuario petenti usumfructum objici possit exceptio, ut satisfidet; nec non omissa potest condici incerti conditione. Unde si domino petenti in ea præstanda fructuarius tergiversetur, non ante fructus, qui percipiuntur, facit suos, quam cautionem præstiterit, Gaillus 2. *obs. 46.* Castillus de *usufr. cap. 16.*

Fa.

Faber in *C. de usufr. defn. 1.* Ceterum ab hac generali regula excipitur per nova Jura pater, qui nec cavere debet de utendo arbitrio boni viri, nec de restituendo; immo nec finito usufructu rationem suæ administrationis reddere, adeout *gubernatio rerum earum sit penitus impunita*, ut loquitur Justinianus in *d.l. cum oportet, §. non autem*, & habetur etiam in *l. fin. §. fin autem, C. eod. tit. de bonis quæ liberis*, ibi: *Paterna reverentia cum (patrem) excusante, & a ratiociniis, & a cautionibus, & ab aliis omnibus, quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur*. Quod si objicias, leges hac impunitate allicere patrem ad fraudem contra textum in *l. in fundo, ff. de reivind.* Respondetur hoc factum esse, quia leges multum confidunt de pietate patris erga liberos, de qua re Tiraquellus in *l. si unquam a num. 25. C. de revocand. donat.* Objicies etiam, quod pater tutor filii debet suæ administrationis rationem gerere, ut communiter docent DD. ex *l. licet*, & ibi notatis, *C. ad l. Falcidiam*. Cur ergo ad eandem rem non tenetur, cum bona filii adventitia administrat? nam si in tutela lex non confidit de patre, neque hic fidere debet. Respondetur, rationem differentiae esse, quia pater legitimus administrator duo habet in bonis filii adventitiis, primo Usufructum; secundo in ipsum filium habet patrum Jus, quorum nihil reperitur in patre tutore, qui filios emancipatos regit, *l. qui superstiti, ff. de dolo*.

Hinc facile colligi potest, patrem neque teneri repertorium conficere (quod vulgo inventarium appellant) de bonis, in quibus usufructum habet; ut patet ex eo, quod confectio inventarii illis incumbit, qui rationem reddere tenentur; atqui pater rationem suæ administrationis non reddit, ut jam dictum est: quare nec inventarium conficere: & ita receptum docet Boerius *decis. 61. num. 5.* Quod adfirmatur etiam, quia Jus nostrum pluris facit redditionem rationis, quam inventarium: nam pater decedens, potest tutoris fidem approbando, remittere ei inventarii confectionem, *l. veteris, §. illo, C. arbitrium tutelæ*: at idem pater nequit in testamento suo jubere, ut tutor a se filio datus sit ἀνεκλόγιστος, hoc est, rationem non reddat, *d. l. quidam decedens, ff. de adm. tutorum*. Itaque si Justinianus patri remisit ratiocinia, multo magis inventarium remisisse censetur.

Adfirmatur etiam ex generalitate textus in *d. l. fin. §. fin autem*, ubi pater excusatur ab omnibus, quæ ab usufructuariis extraneis leges exigunt: ergo etiam ab inventario; quod tamen ipse fructuarius extraneus nec tenetur facere, nisi de consilio, ut probatur ex *l. 1. §. recte, ff. usufructuarius quemadmodum caveat*; ubi dicitur, recte dominum & usufructuarium facturos, si in scriptis redigant, quæ bona sint fruenda. Quæ verba consilium tantum innuunt, ut ibidem recte Glossa advertit, quidquid quidam contra nitantur.

Contrarium tamen sentit Pinellus hic *num. 23.* qui tamen ex levissimis rationibus movetur. Ait enim, patrem legitimum administratorem pos-

posse a liberis, vel ab Judice ad inventarium conficiendum impelli, ne scilicet post patris mortem ab herede extraneo (qui forte institutus sit) fraus fiat, & bona, intercipiendo, diminuta liberis testatoris restituat. Quod est absurdum; nam satis erit ad hanc fraudem vitandam inventarium, quod ipse heres post testatoris mortem conficere tenetur ex *l. ult. C. de Jure deliberandi*. Accedit huc, quod inventarium confectum a patre tempore susceptæ administrationis bonorum adventitiorum filii, non posset deservire ad demonstrandam quantitatem & qualitatem eorundem bonorum post patris mortem, quando confecta essent ratiocinia, seu libri rationum, cum possint interim patre vivente ea bona esse adaucta, vel diminuta. Itaque cum pater a confectioe ratiocinii absolvetur a Justiniano, frustra deinde cogeretur ad inventarii confectioem, ad hoc ut eo mortuo constare possit, quid ab herede extraneo liberis testatoris sit restituendum.

Hic obiter quæritur, utrum accusatus in causa criminali, vel conventus in causa civili, a quo bona petantur, possit controversia pendente compelli ad inventarium conficiendum? Et varia est Doctorum responsio; nam Platea, Rebuffus, & alii in *l. defensionis, C. de Jure fisci, lib. 10.* id admittunt, quoties agitur de accusato, & bona ipsius fisco sunt applicanda: alii vero generatim id esse volunt, etiam cum agitur de causa civili quacunque, ubi bona a reo convento petantur, Boerius *dec. 61. num. 21. Guidon Pap. dec. 351.*

Verius tamen est, reum conventum, vel accusatum, non posse controversia pendente adigi ad inventarii confectioem, ut docet Pinellus hic *num. 24.* Quod probatur ex *l. si quis intra, C. de bonis proscriptor.* ubi aperte jubetur inventarium confici, postquam quis sententiam passus est: ergo non tenetur quis ad illud faciendum lite pendente, & ante sententiam. Probatur etiam ex *d. l. defensionis*, in illis verbis: *Cum facultates eorundem controversia pendente inquietari describique fas non sit*; & in illis: *Cum rei exitus probaverit, tunc demum res persequi liceat, & super modum facultatum interrogationem haberi*. Falsum est enim, quod putat Bartolus in *l. mandatis, ff. de requirendis rebus*, ibi scilicet prohiberi descriptionem ad sequestrum, vel occupationem, non ad inventarium: quæ est aperta cavillatio; nam verbum, *Describi*, inventarium significat. Probatur rursus, quia ante sententiam non debet quis gravari: at maximum gravamen oritur per inventarii confectioem, ex quo aut paupertatis detegitur vilitas, aut invidiæ exponuntur divitiæ, ut dicitur in *l. 2. in princ. vers. Quid enim tam durum, tamque inhumanum est, C. quando & quibus quarta pars, lib. 10.* ubi prohibetur inventarium fieri ante declarationem sententiæ, etiam in causis civilibus. Probatur tandem, quia compellendo reum ad inventarium, fieret innovatio lite pendente, contra regulas Juris.

Excipe tamen I. Si reus derelinquendo bona sua profugerit: tum ne
bo-

bona ipsa interim pereant, & furto minuantur, licet eas inventario describere, *d. l. mandatis*, ff. de requirendis rebus. II. Si jam aliquo modo constaret de delicto, ex quo bona sint publicanda, vel etiam si timor fugæ adesset, Pinellus ibidem *num. 25*.

Sunt tamen casus, in quibus pater administrator tenetur rationem filio suo reddere. I. de his bonis, in quibus usumfructum non habet, quorum neque legitimus administrator est, Soccinus *conf. 34. lib. 1. Aymon conf. 218. num. 3*.

II. Si pater transeat ad secundas nuptias, ut docet Fulgos. in *l. jubemus*, §. 1. *C. ad Trebell.* quod ipse probat per eum textum, ubi licet pater non teneatur cavere filio in potestate de fideicommissio illi restituendo; tamen si ad secunda vota transeat, ad cavendum compelletur; quocirca a pari videtur idem dicendum in administratione bonorum adventitiorum ipsius filii; nam lex de patre secundo nubente non multum confidit. Unde etiam est, quod bona ejus ob tales nuptias, censentur oppignerata, & obligata filiis prioris matrimonii pro iis, quæ reservare ipsis tenetur, *l. si quis prioris*, §. fin. *C. de secundis nuptiis*.

III. Si pater ex causa legitima valide donaverit filio in potestate constituto, utique earum rerum donatarum administrationem ipso etiam habebit, non secus ac si adventitiæ essent, tamen rationem reddere tenebitur. Ita Angelus in *l. lisis*, §. pater. ff. de neg. gest. Pinellus hic *num. 32*. Quod tamen videtur falsum, quandoquidem cum patre in rebus a se donatis mitius est agendum, argumento ex *l. Divus*, ubi Decius, ff. de reg. Juris: quocirca si non tenetur ad rationem reddendam in administratione reliquorum bonorum, multo minus obligabitur in bonis a se donatis. Neque obstat textus in *d. l. lisis*, §. pater, ubi non de donatione collata in filium familias, sed de ea, quæ filio emancipato facta fuerit, sermo instituitur; dicitur enim patrem, si emancipati filii res a se donatas administraverit, filio actione negotiorum gestorum teneri. Ratio disparitatis inter utrumque casum est, quia in filio emancipato pater non est legitimus administrator, uti est in filio familias, & proinde nihil mirum, si lex patri minus favet in illo casu, quam in isto. Ex hac eadem ratione non obstat textus in *l. 2. C. si adversus donationem*, ubi solum dicitur patrem non posse alienare res filiis emancipatis a se donatas. Ceterum de alienatione bonorum adventitiorum dicemus in *par. 3*. hujus nostræ legis 1.

IV. Ubi pater dolose administraverit bona filii adventitia, tenetur rationem reddere, prorsus ut ejus bona intelligantur filio pro ea re oppignerata, Soccinus *conf. 34. num. 15. & seq.* Negusantius de pign. *par. 2. memb. 4. num. 13. & 16*. Quod clare patet ex *l. cum oportet*, §. fin. *C. de bonis qua liberis*; ubi filio conceditur hypotheca in bonis patris ob res male gestas & administratas, non solum a die malæ gestionis, sed etiam ab illo ipso tempore, quo male administrare incepit. Ubi quod Imperator dicit de mala gestione, id Bartolus ibidem, & reliqui communiter,

intelligunt de administratione, quæ dolose fiat, & ob hanc rationem red-
det pater: nam si solum fuerit cum culpa, & negligentia, procedet di-
spositio nostræ legis primæ, ubi pater a reddenda ratione administratio-
nis absolvitur.

Illud etiam Nostri docent, patre citra dolum, filiorum bona dissi-
pante, vel diminuente, ob negligentiam, vel culpam, filiis succurri re-
movendo patrem ab administratione, Alexander in *l. Imperator*, num. 6.
ff. ad Trebell. Quod tamen alii locum habere volunt non in bonis omni-
bus, sed tantum in pecunia numerata, & mobilibus, non item in rebus
soli, Aretinus *conf. 61. num. 5.* Jason in *l. si constante*, num. 198. *ff. sol. matr.*
Imo Bartolus in *d. l. cum oportet*, §. *non autem*, opinatus est ad removen-
dum ab administratione patrem, non esse satis, si pater præ negligentia
& culpa male se gerat, aut bona esse mobilia; sed præterea exigere, ne sit
solvendo.

In tanto Jurisconsultorum dissensu, nobis placet opinio Aretini,
& Jasonis, qui ad remotionem patris satis esse volunt, si negligeret, vel
non sine culpa bona mobilia administret, maxime pecuniam numeratam.
Et probatur ex nostra *l. 1.* in qua consultum est quidem filiis, cum pater
male administras bona stabilia, ut scilicet filiis, ubi sui Juris fuerint, li-
ceat res a patre alienatas vindicare, nulla præscriptione, aut ufucapione
in contrarium obstante. Ergo multo magis iisdem consuli debet, patre
male administrante res mobiles, & nummos, præsertim, quia in hisce re-
bus majus periculum versetur, ut patet: nam ubi majus periculum est,
ibi promptius est occurrendum. Quare tenebitur Judex patrem ab admi-
nistratione talium rerum submovere. Neque expectandum est, ut Barto-
lus putabat, ipsum fieri non solvendo; nam id in nimum filiorum præ-
judicium tenderet.

IV. Distat pater legitimus administrator a reliquis fructuariis, quod
pater cadere potest arbores, modo non sint frugiferae, in fundis filiifam-
ilias: cum tamen aliis fructuariis in hac re minus Juris concedatur.
Quæ omnia jam explicabimus, ex Pinello hic a num. 59. Itaque Alciatus,
Angelus, & alii communiter in *lex silva*, *ff. de usufr.* distinguunt inter
silvam cæduam, quæ cæsa renascitur, & non cæduam, seu pascuam,
quæ habet arbores fructiferas, quæ sine damno cædi non possunt. Pri-
mo ergo, si cædua silva sit, nequit fructuarius cadere, nisi pedamenta,
& ramos ex arbore, ut dicitur in *d. lex silva*. Ubi circa pedamenta errat
Accursius, cum putat esse germina, quæ ad pedes arborum grandiorum
nascuntur, quæ *germinales* dicuntur in *l. divortio*, §. *si fundus*, *ff. sol. matr.*
Errat, inquam, nam pedamenta sunt ligna recisa, quibus arbores tenel-
læ fulciuntur, sicuti transversa dicuntur jugæ, ut Varro notat. Hæc
autem grandescantibus jam arboribus, submoventur, & silvæ cæduæ fru-
ctuarius cedunt, sicut & rami, qui de arbore fuerint decissi. Arbusculæ
vero ex arboribus fruticantes vocantur *stolones*, non etiam *germinales*:
quod

quod nominis corrupte legitur in *d. §. si fundus*, ubi ex Pandectis Florentinis reponendum est, *gremiales*; & sunt festucae, quas rustici gremio ad comburendas ferunt, ut explicat Antonius Augustinus 3. *emend. 7.* Glossæ Isidori: *Gremia, siccamina lignorum*. Ita quoque in *l. ligno*, §. *Off. lius ff. de leg. 3.* pro *germina* eadem Pandectæ *gremia* legunt; etsi Haloander hic *cremia*, illic *cremiales* emendat, a creniando. II. si silva cadua non sit, ex ea fructuarius pedamenta & ramos cadere non potest, nisi in vineam, dum ne fundum deteriore faciat, *d. l. ex silva*. Nequibit ergo fructuarius arbores ipsas ullo casu cadere, & multo minus vendere.

Quæ omnia ita generatim accepta, falsissima sunt: tunc solummodo vera erunt, cum ususfructus in alia primario re esset relictus, puta in vinea, cui silva accedebat, eoque minor usus in ipsa silva impertitur. Quod si ususfructus solum in silva esset concessus, non ita strictus erit, sed præter rerum usum, Jus fiet fructuario cadendi, & vendendi; præsertim in silva cadua, ubi si Jus cadendi, & vendendi negaretur, inutulis omnino esset ususfructus; præsertim si vineam fructuarius non haberet, in cuius tantum utilitatem concessit Jurisconsultus in *d. l. ex silva*, pedamenta & ramos cadere. Non ita est, quando ususfructus constituitur primario in vinea, vel simili fundo, cui silva accedat.

Patent hæc ex *litem si 10. in fine*, ff. *de usufr.* ubi hæc habentur: *Nervatius scribit, silvam caduam, & arundinetum, posse fructuarium cadere, sicut paterfamilias tadebat, & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendam est, non ad qualitatem utendi.* Ergo & Jus cadendi, & Jus vendendi, conceditur in usufructu silvæ, contra id, quod Adversarii putabant; tunc vero tantum pedamenta, & ramos cadere licet; cum ususfructus silvæ accedit usufructui vineæ, ut aperte patet in *d. l. ex silva*, v. *in vineam*. Hoc etiam casu arbores grandes cadere de silva non licet, juxta textum in *l. sed si grandes*, qui textus connectatur, & continuatur opus est cum textu antecedenti in *d. l. ex silva*.

Quod si non ususfructus silvæ, sed fundi relinquatur, tum quid Juris fructuarius habeat, docemur in *l. acquissimum*, §. 1. ff. *cit. sit.* Nam si quidem fundi ususfructus legatus est, non debet neque arbores fructiferas excidere, neque villam diruere, nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosas opacas, atque amœnas habens; non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat: vel aliud quid, quod ad redditum spectat. Ita in *d. §. 1.* ubi Ulpianus per gestationes intelligit loca in prædiis, quæ ab Antiquis destinabantur, ut per ea in redis, sive in lectica, animi, aut salutis gratia gestarentur. Vide Lipsium in *centur. miscell. ep. 11.* Ex quibus patet, in his rebus restringi arbitrium fructuarii, etiam in quantum ad ea, quæ proprietatem deteriore non facerent; cum ei gestationes & deambulationes in hortos

olitorios immutare prohibeatur, hoc est prædium sterile, fructuosum facere.

Hæc autem tam stricte in patre capienda non sunt, utpote cum quo tam amare agendum non est, ut ait Pinellus hic *num. 60.* Nam in ceteris fructuariis aliquando præsumitur fraus, ne scilicet velint plus debito uti, *l. c. hæc distinctio, §. 1.* ubi Bartolus, *ff. locati*: quæ suspicio cessat in patre legitimo administratore, qui omnia præsumitur pro filiis parare, *l. nihil, ff. de bonis libertorum, l. scripto, §. fin. ff. unde liberi.* Propterea patri legitimo administratori major potestas, quam reliquis fructuariis conceditur, ut in nostra lege habemus. Tunc ergo solum patri, quid facere in bonis filiifamilias adventitiis prohibitum est, cum causam proprietatis deteriore facit, uti esset arbores frugiferas cedere: at posset gestationes in hortum convertere, *d. l. fin. §. fin. autem, C. de bonis, quæ liberis.*

V. Ususfructus paternus distat a ceteris, in hoc, quod pater per se, absque filio, potest accipere possessionem adventitiorum: quod aliis fructuariis non licet in rebus, in quibus usumfructum obtinent. Ita post Albericum docet Boerius *dec. 199. n. 9.* Parisius *cons. 37. n. 2. lib. 3.* Probatur utraque pars propositionis, & I. in quantum ad patrem clarum est, quia tradere alteri rerum possessionem est actus vel domini, vel administrationis, Doctores in *rubr. ff. de acq. possess.* Sed pater fructuarius in bonis adventitiis filii habet Jus administrandi tanquam dominus, ut hic, & in *d. l. cum oportet*: propterea non debet possessionem eorundem, nisi a se ipso accipere. Quod secus est in aliis fructuariis, quæ est altera pars nostræ propositionis. Et probatur, nam si ususfructus constituatur inter vivos, necesse fit, ut possessio accipiatur, vel a voluntate constituentis, vel si iste renitatur, accipiatur auctoritate Judicis, *l. si ex stipulatione*, ubi Bartolus, & Jason, *ff. de acq. poss.* Sed si ususfructus testamento relinquatur, nequit possessio adipisci, nisi e manu heredis, quod necessarium est in illis etiam rebus, quorum nihil apud heredem mansurum est, *l. non dubium, C. de legatis.* Et hoc introductum est, quia aliquando legata legataris solvenda non sunt, veluti si hereditas nimis ære alieno gravetur: aliquando vero diminuta, & non integra persolvuntur, veluti si in eis lex Falcidia locum habeat. Hinc factum est, ut legatarii, licet statim ipso Jure post testatoris mortem, fiant rerum legatarum domini, *l. a Titio, ff. de furtis*; tamen omnino rei legatæ possessionem ab herede accipere tenentur, §. 1. *Institutionibus de legatis.* Quinimo si legatarius jussus a testatore sit, ut per se ipsum capiat, *l. Titia cum testamento, §. 1. ff. de leg. 2.* adhuc sua auctoritate occupare non potest: teneretur enim Edicto Quorum legatorum; sed opus habet ut ab herede petat, *l. 1. §. qui vera, ff. quorum legatorum.*

Recte ergo docent DD. usufructuarium universalem ex testamento debere possessionem e manu heredis nancisci; quod perperam Decius *cons. 418, num. 3.* id restringit in vidua, quæ a viro suo fructuaria fuerit

re-

relictæ; nam in hac nullum speciale privilegium reperitur statutum, uti statutum est in patre legitimo administratore bonorum adventitiorum filii familias, Alexander *conf. 56. ad fin. lib. 3.* Gozadinus *conf. 21. num. 17. & conf. 99.*

VI. Pater a ceteris fructuariis distat in his, quæ ad lites, & judicia pertinent: etenim ex nostra hac *lege 1.* pater potest per se in adventitiis agere, & agentibus respondere, vel ut textus loquitur, *Per se postere, &, Litem inferentibus resistere.* Verum circa hanc rem quatuor difficultates insurgunt, quo nomine pater in iudicium venire debet: utrum exigatur filii consensus: quando possit procuratorem constituere: ac tandem unde litis impensæ sint desumendæ, de quibus omnibus ordine agemus.

Vulgo itaque docent, cum quis patrem in adventitiis convenit, oportere ut in libello asserat, se eum tanquam legitimum filii administratorem convenire: atque e diverso patrem in adventitiis agentem, hanc eandem qualitatem in libello exprimere debere. Ita Bartolus, Angelus, Fulgosius hic, & alii communiter; itaut nullum hoc casu videatur esse discrimen a tutore, curatore, syndico, & reliquis, qui aliorum res gubernant; & hoc quidem rectissime, ne scilicet habeantur pro dominis, & principalibus, qui solummodo accessorii, & administratores sunt. Nihilominus concedendum videtur Pinello hic *num. 64.* etiam ea clausula, seu qualitate omiſsa, libellum subſtineri, quoties deinde in litis progressu veritas rei pateret, patrem scilicet agere, vel conveniri, tanquam legitimum administratorem. Quod quidem de Jure Regni nostri certum est, ubi proceditur sola facti veritate inspecta, ex *cap. Regni deservantes*, ex litera Reginae Isabellæ, *quantum est possibile*, & ex *pragm. 1. de ordine judiciorum*. Idipsum videtur posse recipi de Jure communi Romanorum, quoniam per Constantinum Imperatorem laxatum est Jus strictum, quod olim in libellis vigeat, & formulæ sublatae sunt, prorsus ut libellus ineptus subſtineatur, patefacta inde in litis progressu rei veritate, *l. un. C. de formulis sublatis*. Quod eo magis observandum est hodie, quia olim etiam in tanto antiqui Juris rigore, aliquando veritas sola attendebatur, non Juris ordo, ut patet ex *l. non est verisimile, §. si quis, ff. de eo quod metus causa*, ubi si Judex simplici Jurisſione, & extra ordinem debitorem solvere coegerit, licet condemnatio civiliter & servato Juris ordine fieri debebat; tamen quia debita quantitas soluta est, ideo Ulpianus ait, non concedi reo actionem quod metus causa, & factum revocari incivile esse: hoc est, non attenditur strictum Jus, sed æquitas, non civilis ordo, sed veritas.

Docent etiam patrem posse agere in iudicio, non expectato consensu filii, cujuscunque ætatis sit. Ita Bartolus hic *num. 8. Bald. n. 2.* Quod tamen ita generatim assertum, falsissimum est, ut recte notat Innocentius in *cap. accedens, de procuratoribus, in princ.* atque patrem non posse agere.

agere, aut defendere in adventitiis, cum filius est major septennio. Et probatur ex apertissimo textu Justiniani in *l. fin. §. ubi autem in unum, ff. de bonis quæ liberis*, ibi: *In agentibus, & fugientibus, pater quidem suscipiat actiones, & movent, cujuscunque ætatis filius inveniat: adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi adhuc in prima ætate sint constituti, vel longe absunt*. Ubi obiter notabimus, reos appellari fugientes, quia semper litem, & litis expeditionem refugiunt: & dictum est more Græcorum quibus *φεύγων*, hoc est *fugie*, etiam reum esse denotat, & *φεύγων* est reus, & fugiens. Propterea apud Onirocriticos cervus in somniis vilis reos in judicio propter fugam significat: *αἱ τὲς ἐν δίκῃς φεύγοντας*, Artemid. *lib. 2. cap. 12*. Constat ergo patrem duobus casibus posse in judicium venire sive ut actorem, sive ut reum sine filii consensu, cujus scilicet res administrat, primo cum filius est in prima ætate, deinde cum licet sit extra primam ætatem, tamen longe a loco judicii abest: quare aliis casibus omnino filii consensum exigere debet: nam verbum illud, *adhibeatur*, expressum consensum significat, nec tacitum admittunt, ut patet. Et licet Constantinus in nostra lege hunc consensum non requirat, tamen nec despici debere declarat, ut propterea omnino standum sit dispositioni *d. l. fin. §. ubi autem in unum*: nec novum est, unam legem per aliam explicari, *non est novum, cum seq. ff. de legib.* Capella *olof. q. 106. Rom. conf. 241. num. 10*. quidquid pro Bartolo se torqueat hic Pinellus *num. 66*. qui contra apertam veritatem nitens, verba Justiniani appellat *duriora*.

Sed illud etiam in disceptationem videt iri, utrum Imperator pro prima ætate intelligat eam, quæ intra septennium sit? Et quidem affirmant Romanus, Innocentius, & alii communiter, ex eo, quod in Jure nostro ætates dividuntur in infantiam, impubertatem, minorem 25. annis, & cætera, ubi apparet primam in ordine esse infantiam, quæ septennio concluditur, *l. 1. §. sufficit, ff. de admin. & peric. tutorum, l. si infanti, C. de Jure delib. cap. in singularis, dist. 77*. Quare Græci Juris nostri interpretes infantem *ἐπταετῆν*, hoc est *septennem* vertunt; quantumvis repugnet Jo: Franc. Tarasardus in *træct. de essentia infantia*, qui eam ad pueros lactantes, aut paulo majores solummodo extendit, ex Theophilo in *§. pupillus, Institutionibus, de inutil. stipul.*

Contra tamen omnes Pinellus tuetur, apud Justinianum *primam ætatem* accipi debere de impubertate, usque ad 14. annum in masculis, & 12. in foeminis; immo addit posse ad plenam pubertatem produci, quæ decimo octavo anno concluditur in pueris, decimoquarto in puellis, quousque favore alimentorum extensa fuit pubertas ab Adriano Imperatore, *l. Mela, ff. de alim. & cib. legatis*; quæ ætas proprie pueritia dicitur in *l. 1. §. initium, ff. de postulando*. Contendit itaque Pinellus, post hanc ætatem a Justiniano exigi consensum filii, cum pater legitimus administrator agit, aut defendit; itaut prima ætas sit pueritia. Quod probat ip-

ipse, quia impuberis, nedum infantis, ætas quid videat, ignorat, ut dicitur in *Impuberes*, C. de falsa moneta; ergo ridiculum est exigere consensum a filio, in ea ætate, qua quid sibi inutile, vel proficuum sit, nescit distinguere.

Verum a communi opinione recedendum non est; nunquam enim Pinellus efficiet, plenam pubertatem posse dici primam ætatem: nam primum est, cui nihil præcedit: & tamen clarissime constat plenam pubertatem præcedi a pubertate, ut hanc ab infantia, quæ una prima ætas est tam apud Jurisconsultos, quam Medicos, ut ex Hippocrate patet, etsi alii aliter distinguant. Vide Censorinum, de die natali, cap. 12. Quod eo magis recipiendum est, quia Justinianus in d. §. ubi autem, comparat filium primæ ætatis ei, qui absens sit: scimus autem absenti alias non comparari nisi infantem, uti patet ex Ulpiano in l. 1. §. sufficit, ff. de administrat. tutor. ubi tutores pro pupillis, qui fari non possunt, vel absunt, ipsi Judicium suscipiunt: pro iis autem, qui supra septimum annum ætatis sunt, & præsto fuerint, auctoritatem præstant. Dicendum ergo est, comparari haec quidem in re tutorem patri, prorsus ut, sicut tutor, pupillo præsentem, & septennio majorem, per se agere in judicio & defendere non potest, sed pupillo auctoritatem præstare tenetur: ita quoque pater non sine consensu filii judicium suscipere potest, ubi ipse filius est præsentem, & primam ætatem excessit, hoc est infantiam. Neque enim quidquam apparet, cur hic hanc tutoris & patris exæquationem non admitteremus; nam si aperte constat Justinianum eos exæquasse in casu, quo filius est absens, cur non dicemus id ipsum fecisse, cum est infans? Confirmatur quoniam statim ac quis excessit infantiam, consensum habet, ut propterea stipulari possit, imo omne inter vivos negotium gerere, ut loquitur Imperator in §. pupillus, Institutionib. de inutilib. stipulationib. Quare cum Justinianus in nostro casu non exigit, nisi consensum, recte illud exigit statim post infantiam.

Porro Pinelli objectio non urget. Nam consensus ejus, qui excessit infantiam, non exposcitur, quasi ipsius perfectum consilium sit, sed ne videatur neglectus & contemptus verus reidominus in re sibi spectante: quod certe satis iniquum est. Alias vero lex non solum ejus, qui infantiam excessit, sed etiam puerorum, imo minorum 25. annis fragile, & infirmum consilium declarat: quare Prætor curatorum consilio regi, & gubernari voluit, l. 1. ff. de minor. Quare si in nostra specie consensus filii exigeretur, ut opinabatur Pinellus, pro rebus recte gerendis, jam contra ipsum Pinellum posset argumentum retorqueri, hoc modo: Post plenam pubertatem adhuc filiis imperfectum & fragile judicium est; ergo frustra ejus consensus requiritur. Stet itaque, ne filio, tanquam contempto, injuria videatur illata, legem ejus consensum exquirere, quoties pater pro eo judicium suscipere velit: recte autem exquiri post infantiam, quoniam quis statim ab infantia consensum habet, d. §. pupillus.

Pro

Pro complemento duo hic notabimus . I. si filius , ejus consensus exigitur , sine justa causa contradicat , valent quæcumque pater filio repugnante gesserit , ex regula Canonistarum , juste petatum , & injusto denegatum , habetur pro concessio . Ita Angelus , Paulus , & Fulg. in *d. §. ubi autem* . Quod patet ex simili casu in *l. si cum dotem, §. eo autem, ff. sol. matrim.* cum enim soluto filii familias matrimonio, pater dotem, quam solvit, exigere nequeat, sine ipsius filii consensu; quantum ab Ulpiano est, quid agendum, si filia consentire nolit? Et respondet, si pater juste petat, hoc est , talis sit , ut ei omnino consentire filiam deceat , utpote qui sit vitæ probatæ , ut verendum non sit , ne dotem acceptam consumat : & e diverso filia injuste consensum deneget , veluti si sit levis mulier, vel admodum juvenis , vel nimia circa maritum non merentem (a quo scilicet divertit) ; tunc concludit dicendum esse , patri potius acquiescere Præto-rem oportere , dareque ei actionem . Ita in casu nostro , cum filius admodum juvenis , hoc est egressus infantiam , injuste patri denegat , ut in judicio stet , Judex tamen patrem admittet . II. cum Justinianus ait , filii consensum exigi , capiendus est, quoties agitur de rerum proprietate, quæ ipsius filii est : secus si agatur de usufructu , qui est patris , ut recte notat Imola in *l. fin. §. pupillus, num. 3. ff. de verb. obligat.* quem Angelus ibidem , & alii omnes sequuntur .

Nunc videamus , an pater Judicium suscipiens pro filio in bonis adventitiis possit procuratorem constituere ? Et Glossa hic *v. procuratorem* distinxit, ut scilicet pater ante litem contestatam nequeat procuratorem constituere , post vero litem contestatam possit . Et probat ex comparatione inter patrem , & tutorem , ex *l. neque tutores, C. de procuratoribus*, ubi tutor ante litem contestatam nequit pro pupillo procuratorem constituere , sed actorem facere potest : at vero lite jam contestata , Jus ei est procuratorem dare . Ratio disparitatis inter utrumque casum est , quia actor etiam a non domino constitui potest , procurator vero non nisi a domino , vel rei , vel litis : tutor autem post litem contestatam , illico litis dominus dicitur, *l. 1. ff. de procuratoribus* . Ita ergo a pari pater legitimus administrator judicium pro filio suscipiens , non constituet procuratorem , nisi lite jam contestata , ante eam actorem solum constituere poterit .

Distat vero Actor a Procuratore in pluribus , præter jam dicta . Nam I. Procurator agit periculo domini , cum e diverso Actor periculo ipsius patris , vel tutoris constituentis , Glossa in *d. l. neque tutores, v. constituere* . II. Actor non datur sine Judice , at datur Procurator , *§. fin. Institutionib. de curatoribus* . III. Actor datur ad omnia , ad instar ipsius tutoris ; quod secus est in Procuratore , qui ad unam tantum causam constitui potest, *§. certe, Institutionib. qui testamento tutores* . IV. Actor finitur iisdem tantum modis , quibus tutor , & non illis , quibus Procurator , *gl. cit. v. debent* .

Ceterum contra Glossam insurgunt vulgo Doctores, qui contendunt patrem etiam ante litem contestatam posse in causa filii procuratorem constituere; quia scilicet major est potestas patris legitimi administratoris, quam tutoris, aut curatoris. Ita post alios Tiraquellus in *l. si unquam*, num. 29. C. de revoc. donat. Roman. cons. 241. Matthæulanus notab. 190.

Nobis tamen Glossæ opinio arridet, quæ ita probari potest. Pater in bonis filii adventitiis non est dominus, sed tanquam dominus, ut hic. Ergo nequit ante litem contestatam procuratorem constituere; nam ante id ad procuratorem faciendum non admittitur nisi dominus, *d. l. neque tutores*: & omnino excluditur quasi dominus. Quod probatur, quia tutor est quasi dominus, ut in *l. qui fundum*, §. si tutor, ff. pro emtore, ibi, Tutor in re pupilli domini loco habetur; & nihilominus dare procuratorem non potest ante litem contestatam. Ergo idipsum est in patre, qui etiam domini loco est.

Videamus tandem unde litis impensæ sint faciendæ. Et ex nostro textu aperte habetur, patrem *sumtus ex fructibus facere debere*, hoc est ex fructibus adventitiorum filii familias; ubi Angelus num. 1. subdit, quod si fructus non sint satis, filium ex proprietate suppeditaturum expensas, argumento ex *l. fin.* §. fin. autem as alienum, C. de bonis quæ liberis, ubi pro ære alieno filii in hereditate adventitia solvendo, licentia datur patri, ut bona vendat. Itaque onus impensarum in litibus est patris, cujus etiam sunt adventitiorum fructus: neque transeunt in onus filii, nisi in subsidium.

Verum si pater extra causam litis, impensas faciat pro utilitate bonorum adventitiorum filii, dicendum est, si hæc sint ad perpetuam rei utilitatem, filium eas patri restituere teneri: vel saltem, patre mortuo, debere filium easdem conferre cum fratribus, si quos forte habet, ante iudicium familiæ eriscundæ: secus vero esse, si factæ sint impensæ pro fructibus legendis, quas ad fructuarii onus pertinere palam esse, Castrensi in *l. ult.* §. ubi autem num. 7. C. de bonis quæ liber. & post alios, docet Pinellus hic num. 69.

His ita positis de patre, primum est cognoscere, quæ ratione ipse a ceteris fructuariis distinguatur, in quantum ad ea, quæ ad lites & iudicia spectant. Nam I. fructuarius extraneus in lite solam proprietatem tangente, non audietur, si ipse per se in iudicium veniat, Castrensi. Angelus, Alexander, & alii in *l. 1.* §. ult. ff. de novi operis nunciat. prorsus ut, si iudicium forte agitetur cum fructuario, non propterea ullum præiudicium inde dicetur illatum proprietario, neque contra, *l. is qui fundum*, ibique Bartolus, ff. de usufr. leg. Itaque hoc casu restringitur regula Doctorum, qui dicunt fructuarium censerî procuratorem in rem suam, & posse agere nomine proprietarii, per textum in *l. 1.* §. ult. ff. usufructuarius quemadmodum caveat.

II. Frustrarius extraneus non tenetur ad expensas litis super re mortua, nisi lis ipsum tantum usufructum tangeret: quò casu non est tunc oneretur proprietarius, cui nihil imputari potest in eo, quòd quis frustrarium inquietet, Baldus in *l. 2. C. de liber. causa*.

Occasione eorum, quæ diximus de impensis a patre factis, quæstio hic agitari solet a Nostreis de impensis mariti, scilicet quando viro data in dotem sint nomina debitorum, virque in iis exigendis aliquid impendit, num uxor id viro refarcire teneatur; vel, quòd in idem recidit, dimittat summas exactas? Et tres hæc in re sunt opiniones.

I. Est Azonis in *l. 1. ff. de impensis in reb. dotalib.* ubi generatim ait, impensas eas viri damno cedere: quòd sequitur Gloss. *ibid.* Specul. *lib. 4. tit. de dote post divor. restituenda*, §. ult. num. 25. Baldus hic n. 13.

II. Est Bartoli hic, qui impensas indistincte ab uxore viro reici debere contendit. Sequitur Angelus hic num. 3. Crotus in *l. frater a fratre*, num. 123.

Ultima opinio varie distinguit, & est ejusdem Bartoli in *l. 1. ff. de impensis in reb. dotalib.* Campeg. *de exact. dotis*, quaest. 48. Primo enim, quando nomina debitorum dantur æstimato, vir impensas quasunque, & quasunque faciat in exactiōe, amittet; videtur enim jacta alea, ita ut omne damnum, & lucrum omne ipsius viri sit, ex traditis per Bartolum in *l. 1. C. de poss. & l. de fideicom. C. de transactionib.* Ratio est, quia res æstimatio ita datur, ut non res ipsa in dotem videatur concessa, sed pretium, quanti res valeat; adeo ut maritus soluto demum matrimonio non rem, sed pretium restituat: quocirca æstimatio veram venditionem inducit, *l. plerumque*, §. si ante, *l. quoties*, ff. de Jure dotium. Sicuti ergo celebrata, & perfecta venditione damnum & lucrum rei venditæ emtoris sequitur: ita prorsus attendendum est, cum nomina debitorum æstimato ab uxore viro conceduntur.

Deinde si nomina inæstimato tradantur, tunc videtur dicendum impensas factas dotem minuere, nisi impensæ modicæ sint. Probatur prima pars ex eo, quòd traditur in *tot. tit. ff. de impensis in reb. dotalibus factis*, ubi statuitur restituendas esse ab uxore viro impensas necessarias, quæ in dotem factæ sint: impensæ autem necessariæ ibidem in *l. 6. in totum*, definiuntur esse, quas vir omittere non potuit, & si omiserit, Judex tanti virum damnabit, quanti mulieris interfuit, eas impensas fieri. Quòd utique locum habet in exactiōe nominum: nam si maritus negligens fuerit in exegendo, tenetur ac si exegisset, *l. Maria*, ff. sol. matr. *l. nupta* 31. §. quoties, ff. cod. ubi DD. Itaque necessariæ erunt hoc casu impensæ, & propterea viro restituendæ sunt.

Probatur secunda pars de impensis modicis ex *Lomano*, ff. cit. tit. de *impensis in rebus dotalibus*, ubi Paulus dicit: *Modicas impensas* (loquitur autem de necessariis, veluti in valetudine mancipiorum) *non debet arbitrarie curare, alioquin negotiorum gestorum potius, quam de dote judicium*

etiam videbitur. Eo præsertim, quod vir cogitare debuit fore, ut quidpiam in exigendis nominibus impenderetur. Idem est in actione commodati; reficiuntur enim commodatario impensæ necessariæ in rem commodatam factæ, modo nisi modicæ fuerint, *l. in rebus, §. sed & id, ff. commodati*. Ita etiam in fructuario, ad quem modica resectio pertinet, non etiam magna, *l. hætenus, ff. de usufr.* Verum dubium est, quæ nam sit judicanda magna, vel parva impensa. Et Alexander in *divor. 110, §. impendia, num. 3. ff. sol. matr.* voluit impensam semper modicam appellari, quæ non tendit ad perpetuam rei utilitatem, licet sumtuosa sit contra vero magnam impensam esse, quæ perpetuam rei utilitatem respicit, etiam si in quantum ad sumtum modica sit; quod sequitur Ruyus *cons. 13. num. 1. lib. 1.* Id tamen per absurdum est; nam quantitatis commensuratio non potest desumi a qualitate, ut philosophi docent: perpetua enim utilitas, vel non perpetua, partim ad quantitatem pertinet, partim ad durationem, quæ est alterius generis, ac ea quantitas, quæ consideratur in impensis & pecunia. Verius itaque puto, magnas, aut modicas impensas debere arbitrio Judicis definiri, habito respectu ad quantitatem dotis, argumento ex *l. res bona fide, ff. de contrab. emt. & l. scio, ubi Albericus, ff. de in integr. restit.*

VII. A ceteris fructuariis pater distat; quoniam hic ut legitimus administrator potest pro filio stipulari, & in adventitiis acquirere, ex-gr. servitutem in beneficium filii, Glossa, Bartolus, & Jason communiter recepti in *l. quod dicitur, ff. de verb. obl.* Quin etiam filio sacris paternis soluto pater utilem actionem acquirat, ut notat Castrensis & Jason ex textu in *l. quodcumque 45. §. 1. ff. cit. tit.* Quocirca multo magis cum stipulatur de bonis adventitiis filii in potestate, in quibus etiam ipsius patris utilitas versatur.

At vero secus est in aliis fructuariis, qui servitutem fundo acquirere prohibentur, quod constat ex *l. sed etsi quid, §. fin. ff. de usufr.* in hæc verba: *Fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest: & si forte fuerit non utente fructuario amissa, hæc quæque nomine tenebitur.*

Verum licet constet, proprietarium posse fundo servitutem acquirere & fructuario invito: eodem autem invito nec imponere, nec amittere posse, *d. §. fin.* ardua tamen quaestio est, utrum proprietarius fructuario consentiente, servitutem fundo queat imponere.

Et quidem communis opinio est, fructuarium non posse assentiri proprietario, qui servitutem fundo velit imponere; nisi talis servitus sit, quæ usumfructum admodum deteriorem non faciat, veluti si vicino concedatur, Jus sibi non esse altius tollere: ita enim quam minimum usumfructus læditur, & in hanc fructuarius consentire potest: in aliis vero servitutibus duris, & usumfructum immodice lædentibus, nec proprietarius imponet, nec fructuarius legitime consensit. Ita Glossa, Fulg. Alciatus,

& alii communiter in *d. l. sed & si quid*, §. *fin. cum l. seq. ff. de usufr.* qui ita ibidem aperte decisum volunt. Verba enim Ulpiani in *d. §. ult.* sunt: *Proprietatis autem dominus, ne consentiente quidem fructuario, servitutem imponere potest.* Huic regulæ ab Ulpiano propositæ exceptionem addit Paulus in *seq. l. nisi per quam*, his verbis: *Nisi per quam deterior fructuarii conditio non fiat.* Ex quibus restringitur vulgare dictærum, quod quilibet Juri suo renunciare potest.

Causa hujus decisionis difficilis inventu videtur. Plane Curtius Junior in *l. pen. num. 37. C. de pactis*, hujus mirabilis constitutionis rationem se assequi non posse fatetur. At Fulgositus, & Alciatus eam reddidere, quia servitutem imponere, nisi perfecte dominus non potest, *l. 2. ff. de servitutibus*, ubi Ulpianus habet, unum ex dominis communium ædium, servitutem imponere non posse; ideo ergo proprietarius & fructuarius simul servitutem constituere non possunt, quia neuter eorum perfecte dominus est.

Sed hæc ratio facile retorquetur, ut recte notat Pinellus hic n. 74. Nam cum dicitur unum ex pluribus dominis servitutem fundo communi imponere prohiberi, id intelligitur, cum ceteri vel ignorant, vel repugnant. Nam utique si aliorum consensus accedat, etiam ex intervallo, servitus recte constitueretur; quo casu plures domini haberentur, ut unus, ex consensu, ut expresse habetur ex Paulo in *l. receptam, ff. communio prædiorum*. Ergo in nostra specie, et si proprietarius, ignorante, vel invito fructuario servitutem prædio constituere nequeat, poterit tamen, quoties ipsius fructuarii consensus accedit.

Itaque mihi videtur rationem pendere ex natura ipsius usufructus, in quo scilicet rei forma immutari non potest. Nam impense notandum est, non ejuscunque servitutis impositionem denegari proprietario cum fructuarii consensu, sed solum talis servitutis, quæ usumfructum perquam deteriore faciat, *d. l. nisi per quam*. Hoc autem non videtur aliud denotare, nisi servitutem, quæ usumfructum immutet, minuat fructus, libertatemque utendi. Nam ususfructus talis ferè conservari debet, qualis fuit receptus: & si non potest melior & uberior fieri, veluti ædificium inchoatum consummando, *l. usufructuarius 61. §. ædificium, ff. de usufr.* quanto magis non poterit deterior fieri? Regula igitur quæ ait, quemcunque posse Juri suo renunciare, locum habet quoties quis renunciando rei naturam non læderet, aut contra Juris regulas non faceret. Ita Clericus non potest exceptioni fori renunciare, *cap. si diligenti, de foro competentis*: nec quisquam alius, ubi de præjudicio Juris communis agitur, *l. Jurisg. §. pen. ff. de pact. l. non dubium, C. de legibus, Nov. 51.*

Male ergo Connatus 4. comment. 3. decis. d. §. *ult.* duram putavit, ac veluti duram nixus est interpretando immutare, cui se comitem adjuvit Pinellus hic num. 74. Vult ergo Connatus responsum Ulpiani esse

af.

affirmativum, hoc scilicet modo, *Proprietatis dominus, ne consentiente quidem fructuario* (hoc est, licet usufructuarius non consentiat) *servitutem imponere potest*. Quia autem, ait ipse, ea Ulpiani decisio in unum versum videbatur dura, & contra Juris rationes, quia usufructuarius inuitus gravatur, ideo intelligit ex sequenti responso Pauli restringi, ut procedat tantum, quando servitus nullum incommodum fructuario afferat; & particula *Nisi*, accipiatur pro dumtaxat; ut eo modo ex utroque textu resulceret una decisio, quæ habeat, proprietarium, etiam non consentiente fructuario, posse servitutem fundo imponere, eam dumtaxat, per quam fructuario nullum damnum inferatur.

Quæ interpretatio pluribus de causis rejicitur. Primo enim, si hoc diceret Ulpianus ibi, posse scilicet dominum proprietatis servitutem fundo imponere, fructuario nequidquam repugnante, esset loquax, & sibi contrarius, nam jam de hac re egerat in principio *d. §. ultimi*, Cur ergo in fine eandem rem iterum aggreditur? deinde in principio contrarium statuerat, in hæc verba: *Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem*. Ubi palam sermo est de solo proprietario, repugnante scilicet fructuario: nec naturaliter ea verba intelligi possunt, ut facile attendenti patet. II. rejicitur ex usu lingue latine; nam particula, *ne quidem*, resolvitur in *non etsi*; itaut, *non*, afficiat verbum, *potest*, ut est in nostra species: *etsi* vero referatur ad proxima nomina, hoc est, *usufructuario consentiente*. *Nisi* autem pro *dumtaxat* non reperitur. Quare Pinellus recte ad hanc Corniani responsionem seu interpretationem non acquievit: sed alio confugit, & textum correxit, addita alia particula negativa, scilicet ut duæ negativæ affirmarent. Sed id adeo inepte facit, ut rejici non mereatur. Verum antequam ulterius progrediamur, sit.

An, & quando ususfructus sub dominio comprehendatur.

Q U E S T I O U N I C A.

Variæ sunt in hac re opiniones ob leges sibi invicem adversantes. Nam Paulus in *l. usufr. 4. ff. de usufr.* hæc verba habet: *Ususfructus in multis casibus pars domini est*. Quæ lex non solum obscura est, cum non explicet, quinam isti casus sint, in quibus ususfructus est domini pars, verum etiam palam videtur contraria eidem Paulo in *l. recte dicimus, ff. de verb. signif.* ubi habetur: *Recte dicimus, eam fundum totum nostrum esse, etiam cujus usufructus alienus est: quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via, & iter.*

Prima opinio post antiquiores est Bartoli, & Alexandri in *l. qui*
usum

DE BONIS MATERNIS,

usumfructum, ff. de verb. oblig. Aretini *conf.* 159. ad finem, qui distinguunt inter usumfructum unitam proprietati, & usumfructum ab eadem distinctum, & sejunctum. Docent itaque in priori casu usumfructum esse domini partem: nam dominium plenum, ut vocant, ex duabus partibus componitur, & coagmentatur, quarum una est proprietas, altera ususfructus. In posteriori autem casu usumfructum domini partem esse negant, cum sit servitus: & tunc recte dicimus totum fundum esse nostrum, etiam cujus ususfructus alienus sit. Illum vocant usumfructum formalem, hunc causalem, ut in Institutionibus explicatum est lib. 2. nam negari non potest dominum uti frui re sua, non quidem Jure servitutis, sed Jure domini: & Cicero lib. 7. ep. ad Curium ait, id cujusque esse proprium, quo quisque utitur, fruitur.

Quæ responsio facile rejicitur ex ipsa l. 4. ubi dicitur, usumfructum in multis casibus esse partem domini: at e contrario DD. supracitati, usumfructum in uno tantum casu domini partem faciunt, cum scilicet est proprietati conjunctus. Ut interim præteream, non fieri verisimile Paulum in dicta lege loqui de usufructu, qui proprietati copuletur, cum in toto eo ff. tit. semper, & ubique sermo sit de illo tantum usufructu, qui servitus est.

II. Opinio docet, usumfructum dici partem domini in multis casibus, id est habere similitudinem domini: quia vere in multis casibus fructuario aliqua conceduntur, quæ regulariter rei domino congruunt, nec videntur, nisi domino competere. Ita post Gloss. Bald. & Fulg. in d. l. 4. Alciat. in d. l. recte num. 7. Connanus 4. comment. 3. & 6. Verum multum se torquent in tradendis casibus, in quibus fructuarius domino assimiletur. Sed hi magis recepti sunt. I. quod ususfructus in parte rei constitui potest, l. 5. ff. de usufructu, quod quidem in dominio locum habet, non item in aliis servitutibus, l. pro parte, ff. de servitut. II. quod per legem Falcidiam diminui potest, l. hereditatem, ff. ad legem Falc. qua in re etiam cum dominio convenit, & a ceteris servitutibus disconvenit, quæ minui nequeant, l. 1. §. si usufructus, ff. cit. tit. III. Quia plures heredes in usufructu pro partibus hereditariis remanent obligati, ut accidit in dominis; cum e diverso in aliis servitutibus omnes in solidum teneantur, l. 2. ff. de verb. oblig. l. loci, §. si fundus, l. si forte, §. si ades, ff. si servitus vindicatur. Hi omnes tres casus ab unica Juris ratione pendent, quia ususfructus dividiuus est, ceteræ servitutes individuæ, d. l. 1. §. si usufruct. ff. ad l. Falc. Vide Hotomannum qq. illustrium 18. Tandem fructuario cavetur de damno infecto, uti domino, l. usufructu legato, §. 1. ff. de usufructu, l. qui bona, §. superficiarium, ff. de damno infecto. Alios casus addit Glossa in d. l. 4. qui tamen ad rem non faciunt, ideo omittimus.

Verum neque hæc responsio arridet; quia Paulus dicit usumfructum in multis esse partem domini: isti vero docent usumfructum in multis assimilari dominio. Quæ duo longe distant: nam similitudo est in

genere qualitatis: pars vero in genere quantitatis, in quo etiam est totum, cui pars refertur. Itaque etsi verum sit, usumfructum in casibus prædictis aliquam cum dominio similitudinem habere; non propterea tamen sit satis Paulo, qui dicit, illum esse domini partem.

III. Sententia est Viglii Zuichemi in §. *alienus, Institutionib. de hered. instituendis*, qui considerat, usumfructum aliquando esse in corporum perceptione, ut si constituatur in agris, in grege: nam tum fructuarius ex agro percipit fructus, in grege percipit fœtus, qui non sunt Jus, sed corpora, *l. vacca, ff. de evition.* Isto ergo casu usumfructus pro domini parte haberi potest, cum fructuarius plene sibi & fructus, & fœtus acquirat. E diverso usumfructum aliquando esse sine corporum perceptione, uti est in usufructu ædium, & domini pars non erit. Nam si usufructuarius ipse ædes inhabitet, non corpus ullum percipiet, sed Jure utetur: verum si easdem locet, pensionem a conductore accipiendo, videretur etiam corpus percipere. Quare tunc etiam usumfructus pars domini erit. Et ita mihi videtur, vel intelligendus, vel explicandus. Viglius in prædicto loco: etsi ipse generatim loquatur, dicendo in usufructu ædium partem domini non considerari.

Et hæc opinio recipi potest. Quod si objicias, textum in *d. l. recte*, loqui expresse de fundo, & tamen asserere totum fundum nostrum esse, etiam cuius usufructus alienus sit: respondetur hoc debere intelligi, cum usufructus consideratur respectu ipsius fundi, ut palam textus loquitur: scus vero, si accipiatur respectu corporum, quæ ex fundo percipiuntur.

De prohibita patri alienatione in bonis filii, quæ administrat..

P A R S III.

TAndem in nostra lege: restringitur potestas patri concessa in administratione bonorum adventitiorum filii familias, ne scilicet pater ea possit alienare ullo modo; itaut filio usucapio ab emptore objecta non obstat: & filio quocunque tempore salvum & integrum sit Jus res alienatas vindicandi. Sed antequam hæc omnia explicemus, libet hic proclariori rerum dicendarum intelligentia non nihil divagari, & de alienatione altius sermonem ordiri. Sit ergo.

De natura alienationis.

C A P. I.

Alienationis nomen varie cum in Jure civili, tum canonico usurpatur. Vulgo putant, alienationem tunc tantum esse, cum dominium transfertur, ex *l. 1. C. de fundo dotali*. Hinc est, quod qui rem suam vendit, ante traditionem non dicitur proprie alienare; nam adhuc non est dominium translatum, sed apud venditorem ipsum manet, *l. alienatam, ff. de verb. signif.* & qui occasione acquirendi non utitur, nec etiam alienare intelligitur, non enim propterea dominium transfert in aliquem, cum nullum habuerit, *l. alienationis, §. 1. ff. cit. tit.* quocirca non dicitur fecisse in fraudem creditorum, qui hereditatem sibi relictam non adit, aut legatum non agnoscit, *l. quæ autem, ff. quæ in fraudem cred.* E contrario autem, qui rem suam ab alio usucapi finit & permittit, pro alienante habetur, *l. bonæ fidei, §. veluti, ff. de acq. rer. dom.*

Verius tamen est, alienationem esse non solum cum dominium transfertur, sed etiam cum dominium amittitur sine translatione: ut aperte probatur ex *d. l. alienationis*, in hæc verba: *Eam quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutem*. Constat servitutem ita amissam extinguï; nec ejus dominium transire in alium, & multo minus in proprietarium, cui res sua non servit. Alienat ergo amittendo dominium, licet non transferat.

Hæc quæstio utrum alienatio sit aliquando sola dominiï desitio antiquos etiam Jurisconsultos, ut mihi videtur, sollicitos habuit: quod colligo ex duobus.

I. Quia apud ipsos disputatum est, num res pro derelicto habitata, statim desinat domini esse, antequam ab alio possessa fuerit? Qua in re invicem adversati sunt Proculejani, & Sabiniani. Proculus enim voluit, non desinere domini esse, donec ab alio non possideatur: & hoc non alia de causa, nisi quod putabat, non posse dominum res suas alienare, nisi simul in alterum transferat; nam rem pro derelicto habere species est alienationis, DD. in *d. l. alienationis*: Sabinus tamen cum assecla Juliano, dum diverso opinatur posse alienationem in sola dominiï desitione consistere, docuit rei pro derelicto habitæ statim dominium amitti, licet non fiat alterius, nisi possessa fuerit. Idem docuit Cassius. Quare hæc sententia obtinuit, uti patet ex Paulo in *l. 2. ff. pro derelicto*, Ulpianus in *l. falsus creditor, §. qui alienum, ff. de furtis*, & tandem ex Justiniano in *§. quæ ratione, de rer. divis.* Idem in simili habetur in *d. l. alienationis*, ut jam notavimus.

II. Quod hoc etiam in possessione disputatum est, utrum possit quis rei

rei possessionem ita amittere, ut alteri non quæratur: quod tractat Celsus in *l. quod meo*, §. *si furioso*, ff. *de acq. poss.* veluti si furioso, quem sanæ mentis esse existimas, eo forte, quod in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris. Et decidit Celsus, quod licet ille non sit adeptus possessionem, quæ sine affectu & animo non acquiritur, tu possidere desinis. Quæ fuerit ratio dubitandi, nesciunt Interpretes: nos dicimus eam omnino pendere a quæstione proposita, num scilicet possit quis alienare absque eo, quod alter acquirat: nam amissio possessionis etiam est alienatio, *l. fin. C. de reb. alien.* Quare Celsus, qui credidit id fieri posse, necessario etiam docuit amitti possessionem tradendo rem alteri, etsi is eam non acquirat, *d. l. quod meo*, §. *si furioso*. Cujus rei contrarium ob contrariam scilicet rationem habetur in *l. si me in vacuum*, in fine *secundi responsi*, ff. *de acq. poss.*

Hoc tamen distant dominium & possessio, quod possessio nuda voluntate amittitur, dominium non item, sed præterea adhibenda est vel traditio in alterum, vel usucapio, vel derelictio, *l. si quis vi*, §. *differentia*, ff. *cit. tit.* Vera discriminis ratio est, quod possessio est magis facti, dominium magis Juris, *l. 1. §. 1. cum seq. l. possessio quoque*, §. 1. ff. *cit. tit.* Ea autem, quæ sunt facti, & magis naturalia, ex consensu nostro fere pendent; cum civilia, & ea, quæ sunt Juris, non tam ex voluntate, & consensu nostro, quam ex præscripto Juris & legum pendent, ut late notat Giphanius ad *d. §. differentia*. Quocirca falluntur quotquot putant id factum esse, quia possessio est res vilis, dominium pretiosa, contra textum in *§. retinenda*, *Institutionibus de interdictis*. Aliter respondent Zasius *lib. 2. intellectuum singularium*, & Connanus 3. *comm. 9.*

Hinc ergo probatum remanet, quod asseribamus, nimirum posse quem res suas alienare, etiamsi alter non acquirat; si enim hodie jam certi Juris est, dominum, qui rem suam pro derelicto habet, statim dominium amittere, etsi statim res alterius non fiat; consequens omnino fit, ut dicamus alienationem dupliciter fieri posse, vel per simplicem dominii delitionem, ut accidit in derelinquente, vel per ejusdem translationem. Rationem autem, cur ita statutum sit, eam esse puto, quod sicut quis potest acquirere absque eo quod alter alienet, ut accidit in occupatione: ita e diverso poterit quis alienare absque eo quod alter acquirat. Omnia enim, quæ Jure acquiruntur, contrario Jure pereunt, *l. omnia*, ff. *de reg. Jur.*

Solet etiam alienationis nomen latius accipi, prout comprehendit non modo dominii, sed etiam Juris cujuscunque translationem, sive delitionem. De delitione patet ex *d. l. alienationis*, ff. *de verb. sign.* ubi qui servitutem non utendo amittit, dicitur alienare: De translatione habetur in *l. sancimus*, *C. de reb. alienis non alienandis*, ubi si lex alienationem inhibuerit, si testator, si pactio contrahentium, intelligitur prohibita etiam usufructus datio, hypotheca, pignoris nexus, servitu-

tis impositio, & emphyteuscos contractus.

Verum de hypotheca DD. distinguunt, ut si agatur de materia odiosa, ubi stricta sit interpretatio, nomine alienationis non complectatur: quare accusatus de crimine, ex quo bona fisco devolvantur, quamvis alienare non possit, licite tamen hypothecam contrahet. Secus si versemur in re favorabili, in qua alienatio hypothecam comprehendet. Ita Cynus, Baldus, alique in *d.l. sancimus*, Alexander *conf. 29. num. 51. lib. 2.* Anton. Fanensis *de pign. par. 2. memb. 3. num. 59.* Quæ distinctio licet vulgo recepta sit, tamen facile falsa videtur ex ipsa *l. sancimus*, ubi generatim, & citra distinctionem ullam, sancitur nomen alienationis a quocunque prolatum, hypothecam includere. Et ratio est, quia Juris translatio pro alienatione habetur, cujusmodi utique est hypotheca. Ita recte Alciatus in *d.l. alienationis*, ff. *de verb. signif.* & alii apud Tirraquellum *1. de retractu*, §. 1. gl. 18.

Probabilius est, quod alii tradunt distinguendo inter hypothecam generalem, & specialem, ut scilicet generalis non comprehendatur sub alienationis prohibitione, specialis vero secus, Covarruvias *var. 16. Redoanus de reb. Eccles. non alien. q. 2. cap. 6.* Molina *de contractib. disp. 466.* Quod patet primo, quia generalis hypotheca non omnem tollit administrandi potestatem, & vendendi: unde est, quod qui speciali hypothecæ servum supposuit, prohibetur eundem libertate donare: at vero qui generatim omnia bona sua hypotheca obstrinxit, servum recte manumittit, *letiam*, l. pen. ff. *in quibus causis pignus*, l. 1. C. *de servo pignori dato*. Deinde patet expresse ex *cap. nulli liceat*, *de reb. Eccles. non alien.* ubi dicitur: *Nulli liceat alienare rem immobilem Ecclesiæ suæ, neque specialis hypothecæ titulo obligare*: quocirca licitum erit generali hypothecæ supponere: nam qui unum includit; cetera excludit; & sane nunquam Concilium ibi specialis tantum hypothecæ meminisset, si generalis quoque sub alienationis nomine esset comprehensa, ut recte communiter Canonistæ in *d. cap. observant*; quamvis repugnet Stephanus Quaranta in *Summa bullarum*, v. *alienatio*.

Illud in dubio est, quid sibi velit Concilium in *d. cap. nulli*, cum inter modos alienandi computat *Conditionem*. Id adeo videtur obscurum, ut plurimi pro conditione putaverint legendum Conductionem, quæ de Jure Canonico, si ultra triennium fiat, pro alienatione habetur, *Extrav. ambitiosa*, *de reb. Eccles. non alien. cap. ad audientiam*, cit. tit. Quæ correctio rejici omnino debet, cum sit contra omnium librorum fidem. Præterea nunquam Jura Canonica cum de locati contractu inter species alienationis loquuntur, simpliciter de ipso meminerunt, ut hic fieret, si correctio admitteretur: sed semper addunt tempus, veluti, locando in perpetuum, vel ultra triennium, ut in *d. Extrav.* & in *d. cap. ad audientiam*, patet. Adde, quod non debuisset dici Conductio, sed Locatio; nam Ecclesiæ potest res conducere ultra triennium, licet nequeat

locare; locamus enim res nostras, conducimus res alienas.

Placet itaque, quod ajunt Innocentius, Andreas, & alii apud Redoanum *citat. quest. 2.* Concilium nomine *Conditionis* comprehendisse contractus, quibus non dominium, sed Jus in rem transfertur: nam deinde enumerat modos, quibus dominium transfertur, & insuper emphyteusim. Verba enim legis sunt: *Alienationis autem verbum continet conditionem, donationem, venditionem, permutationem, & emphyteusis perpetuum contractum.* Itaut Prælato non solum prohibetur servitutum fundo Ecclesiæ imponere; sed neque etiam conditionem, aut onus ullum, veluti tributum, aut novum censum, ut patet ex *cap. 1. cum siqq. de censib.*

Jam ex hætenus dictis colligi potest, quæ sit vera alienationis definitio, nempe, Est domini, vel Juris translatio, aut desitio. Illud non omittendum, alienandi verbum in Edicto Proconsulis *de alienatione judicii mutandi causa facta*, specialia quædam habere, de quibus vide in *l. item si res, §. potest*, & *l. ex hoc edicto, §. alienare, cum seqq. ff. cod. tit.* Verum, ut quæ hætenus dicta sunt, clarius innotescant, nonnullas hic quæstiones ad examen vocabimus.

Utrum sub prohibitione alienationis comprehendatur usucapio, & præscriptio.

Q U Æ S T I O I.

QUam difficilis, & involuta sit hæc controversia, patet vel ex his, quæ Pinellus affert, & disputat in *ant. nisi tricennale a num. 24.* hoc nostro titulo, ubi plurimos adducit, qui contendunt prohibita alienatione, etiam usucapionem, & præscriptionem prohiberi, cum e contrario alii contra pugnent, quibus ipse accedit. Inter has tricas mihi videtur amplectenda opinio Cujacii ad Paulum in *l. alienationis, ff. de verb. signif.* qui distinguit ita, ut qui prohibitus est alienare, nequeat pati bona usucapi vel præscribi; nam in patiendi videtur alienasse, & incidit propter ea in commissum: at vero interim usucapio valet respectu ejus, qui usucapit; nisi a lege speciatim ipsa usucapio in alicujus favorem nulla declaretur. Regulam, & exceptionem probabimus.

Probatur regula ex Triphonino in *l. si fundum, ff. de fundo dotali*; ubi maritus, qui ob negligentiam permittit fundum mulieris dotalem usucapi ab alio, *rem*, ut ait textus, *periculi sui facit*. Id autem est teneri, tanquam si alienasset, de suo uxori damnum refarcire: neque enim usucapio irritatur, sed sibi constat; quippe lex Julia, ut subdit Juris-

consultus, *non interpellat eam possessionem, quæ per longus tempus fuit*; hoc est, usucapionem non irritat. Constat ergo, quod dicebamus, usucapionem valere, & usucapientem sibi rem acquirere; at eum qui usucapi permittit, incidere in commissum, & ex bonis suis illatum damnum reficere.

Ita quoque intelligendus est textus in *l. alienationis, ff. de verb. sign.* ubi qui patitur usucapi, vix est, ut non videatur alienare; qui textus, ut Cujacius notat, desumptus est ex Paulo *lib. 23. ad editum*, in quo de iudicio familiæ erciscundæ, & communi dividundo agebatur. Sensus itaque est, quod si alius ex heredibus, vel sociis, qui bona communia possident, patiatur rem usucapi, plectitur pro alienante: nam in iudicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, tenetur sociis, vel coheredibus tantundem de suo præstare, argumento ex *l. 13. cum si. q. ff. fam. ercisc.* & ex *l. 1. ff. communi dividundo*.

Nec aliud habet Scævola in *l. Stichæ, ff. de usufruct. legato*, ubi si negligente eo, cui injunctum est fideicommissum, fundus obnoxius usucapiatur, usucapienti quæsitus dicitur. Ergo usucapio valet; & nihilo minus ambigi non potest, heredem fideicommissio gravatum obligari fideicommissario ad damnum reficiendum, *l. fin. §. sed quia, C. communi de leg.*

Hoc sensu potest recipi, quod vulgo tradunt DD. de rebus litigiosis. Res nempe litigiosas alienari non posse, *tot. tit. C. de litigiosis*; easdem tamen usucapi posse docent per textum in *l. 1. C. de præscriptione longi temporis*, ibique Paulus *ad finem*, Tiraquellus *de primogen. q. 30. num. 3.* Nam in *d. l. 1.* solum habetur eum, qui longo tempore præscripsit, non esse inquietandum; nec propterea sequitur eum, qui præscriptionem post litem motam permisit, non plecti, & pro alienante non haberi. Hæc dicta veluti pro communi interpretatione *d. l. 1.* nam ceteroqui verior mihi videtur interpretatio Accursii, qui ibi putat rem non fuisse amplius litigiosam, utpote quæ dicitur transisse ad novos dominos post motam quidem litem, sed omisam: ac ita omisam, ut jam viginti anni transierint.

Idipsum est de Jure Canonico in fundis Ecclesiasticis, qui licet alienari non possint, in eis tamen Jure subsistit præscriptio & usucapio, *cap. de quarta, cap. ad aures, de præscriptionib.* Subsistit, inquam, in quantum ad usucapientem; nam prælatus, qui rem usucapi passus est, damnum Ecclesiæ refarcire tenetur, communiter Canonistæ in *rub. de reb. Eccles. siæ non alienantis*. Illud in Ecclesia speciale est, quod contra præscribentem, ex causa justæ ignorantie potest intra quadriennium impetrare in integrum restitutionem: quod quidem tempus initio est utile, hoc est non fluit, nisi a die, quo Ecclesia scivit & comperit usucapionem esse completam: ubi vero jam capit fluere, est continuum, Glossa in *cap. 1. de in integrum restit.* Immo Canonistæ frequentes docent, Ecclesiæ Romanæ

manæ Jus istud, seu legis auxilium, intra centum annos competere. Vide late Aymonen Cravettam, *de antiquit. tempor. par. 4. per tot.* Decium *conf. 29.* Alexand. *conf. 105. lib. 2.* quod est contra Boer. *decif. 36.* qui Ecclesiæ Romanæ nullum Jus, nisi intra quadriennium concedit.

Exceptio tandem probatur ex pluribus. Nam in *l. 2. C. de usucapione pro emptore*, habetur prohibitionem alienationis a testatore factam ex urgenti causa, impedire usucapionem, veluti si servos propter perfectæ artis notitiam vetuerit ab herede suo distrahi. Ita etiam res a pupillo sine tutoris auctoritate distractæ nullo capiuntur temporis usu, ætate pupillari durante, *l. eum qui a pupillo, C. cit. tit.* etsi putaverim pupillis licere res suas sine auctoritate tutoris administrare: quia Juris error nulli prodest. Secus si error sit facti, ut si pupillum puberem putem, quo casu plus non est in re, quam in existimatione, *l. 2. §. si a pupillo, ff. pro emptore*. Ita pariter in nostra *l. 1.* patri legitimo administratori prohibetur rerum filiisfam. alienatio, adeo ut accipienti nulla profut usucapio; de qua tamen re infra latius. Ex his omnibus confirmatur quod supra dicebamus, non esse satis prohibitionem alienationis ad hoc, ut res usucapi nequeat, nisi specialis legis prohibitio de usucapione ipsa accedat. Et sic intelligatur oportet textus in *l. ubi lex, ff. de usucapionib.* ubi non dicitur prohibita alienatione prohiberi usucapionem, ut Bartolus, & reliqui ibi somniant: cum tantum dicat prohibita in specie usucapione nullo casu usucapi posse. Verba legis sunt: *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.*

An qui occasione acquirendi non utitur,
dicatur alienare.

Q U Æ S T I O I I.

Hic separanda est hereditas a legato, etsi vulgo DD. hæc omnia miscant, & involvant; quippe diversa ratio est in uno casu, atque in altero, ut jam palam faciemus.

Dubium itaque nullum in hereditate est; nam leges ad unam omnes palam docent, repudiationem hereditatis non esse alienationem, hoc est eum, qui hereditatem sibi relictam non acquirit, nulli aut homini, aut legi fraudem facere, *l. si sponsus, §. si maritus, ff. de donat. lib. inter vir. l. qui autem, §. unde, ff. quæ in fraudem creditorum, l. alienationis, §. 1. ff. de verb. signif.* Ratio, cur difficultas in hereditate locum non habeat, dependet ex eo, quod hereditas non sit nostra, nisi per aditionem, ut propterea qui eam ante aditionem repudiat, nullo modo dici possit alienare, cum Jus non sit quæsitum, sed quærendum. Unde hereditas nondum adita non est in bonis nostris, argumento ex *l. pretia*

verum, ff. ad l. Falc. l. cum quidam, ff. de Jure fisci. Stet ergo in hac parte regula. Cum agitur de Jure quærendo, qui occasionem acquærendi omittit, pro alienante non habetur, veluti si quis rem mihi offerat, quam se donare ait, & eam ego accipere nolim, utique non alieno: quippè de Jure quærendo agebatur, Alciatus in d. l. alienationis.

Tota itaque difficultas versatur in legatis, ubi videtur agi de Jure quæsito, cum legatum statim a morte testatoris dicatur legatario quæsitum ipso Jure, sine ullo legatarii facto, l. a Titio, ff. de furtis. Hic leges sibi invicem adversantur. Nam Ulpianus in l. magis puto, §. fundum, ff. de reb. eorum, asserit quod alienat, qui legatum repudiat, in hæc verba: *Fundum legatum repudiare pupillus sine Prætoris auctoritate non potest. Esse enim & hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.* Ubi Jurisconsultus, ut apparet, rationem reddit, ut in hoc casu alienatio habeatur, quia, inquit, *res est pupilli*: hoc est legatum jam a morte testatoris pupillo quæsitum est ipso Jure. Id sequuntur Jason in l. legatum, ff. de leg. 1. Soccinus conf. 189. & ex Canonistis Laurentius de Rodulphis in can. sine exceptione 12. q. 2. Zabarella in Clem. gratia, de rescript.

Contrarium tamen asseritur ab eodem Ulpiano in l. 1. §. utrum, ff. si quid in fraudem patroni, ubi habetur, Favianam actionem cessare, si libertus in fraudem patroni legatum repulerit, hoc est non posse patronum actione Faviana revocare repudiationem legati a liberto in fraudem suam factam. Et rationem addit Ulpianus: *Quamvis enim, inquit, legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.* Concordat idem Ulpianus in l. qui autem, §. sed & illud, ff. quæ in fraudem creditorum: *Sed & illud probandum est, si legatum repudiavit, cessare hoc edictum, quod Julianus quoque scribit.* Et tandem in l. si sponsus, §. si maritus heres, ff. de donationib. inter virum, docet Ulpianus etiam posse maritum repudiare in favorem uxoris non modo hereditatem, sed etiam legatum. Hanc opinionem amplexi sunt Roman. conf. 83. Crot. conf. 119. Federicus de Senis conf. 9. Ex Canonistis Innocentius, Geminianus in cap. dudum, de reb. Eccles. cum aliis apud Puteum dec. 219. lib. 2.

Sed nostrum opus est videre, quæ via ad leges has conciliandas possit iniri. Primo ergo quidam opinati sunt, cum Ulpianus ait legati repudiationem pro alienatione non haberi, intelligi cum id sit ante hereditatem aditam, quo casu rei legatæ dominium vere quæsitum non est, sed quærendum. E contrario, si hereditas jam adita sit, quia legati Jus videtur jam quæsitum, repudiatio ejusdem alienatio erit. Sed hæc antinomiæ conciliatio facile admitti non potest, ut recte Accursius observat, non modo, quia divinât, sed etiam, quia ante hereditatem aditam legatum non recte repudiatur; quandoquidem repudiatio est Juris delati, sed nondum quæsitæ, hoc est earum solum rerum, quas in arbitrio nostro est acquirere, vel non. Juris autem quærendi nulla repudiatio est,

It, cum repudiare sit idem, ac dicere nolle se id acquirere; ejus autem est nolle, cujus est velle, *l. nolle*, ff. de acq. hered. l. qui potest, §. 1. ff. de reg. Juris. Quare cum in Jure quærendo dicere non possumus velle, ita neque nolle, hoc est repudiare. Sic ergo legatum sub conditione relictum nequit rejici, apposita conditione nondum existente, quia acquirere non possumus, etsi velimus, *l. si ita scriptum*, §. sub conditione, ff. de leg. 1. Idipsum est in hereditate conditionali, *l. is qui heres*, ff. de acq. hered. veluti etiam si testator adhuc mortuus non sit, *l. qui superstitis*, ff. cit. tit. Unde regula est, Juris futuri repudiatio nulla est, nisi referatur ad id temporis, quo delatum erit, DD. in cap. quamvis pactum, de pactis in 6. & in l. 1. C. de pactis. Itaque si ante hereditatis aditionem legati Jus non est delatum, ut volunt, consequens omnino fit, ut nec repudiari possit.

Alii ergo conciliationem harum legum a Jure antiquo petunt, distinguendo inter legatum vindicationis & damnationis. Nam in legato vindicationis verum erat, quod statim a morte testatoris, recta via, rei legatæ dominium in legatarium transferretur: ex quo legatario vindicatio, seu in rem actio, illico competebat, Ulpianus in fragm. tit. de legatis, uti est explicandus textus in l. a Titio, ff. de furtis. Secus erat in legato damnationis, quod non transferebat legatæ rei dominium, sed tantum conditionem, seu personalem actionem ex testamento, quod idem Ulpianus docet, & notant DD. ex l. si quis bonorum, ff. de leg. 1. Hinc est, quod olim non res quæcunque poterant per vindicationem legari, sed illæ solum, quæ testatoris essent: res vero alienæ, vel quæ futuræ sperabantur, legari non poterant, nisi per damnationem, propterea quod illarum dominium nequibat statim, & ipso Jure in legatarium transcribi, ut explicatum est in Institutionib. tit. de legatis.

Hinc facile nodus antinomix dissolvitur. Nam textus in l. magis puto, §. fundum, locum habet in legato vindicationis, cujus cum dominium sit a morte testatoris quæsitum, utique nequit repudiari, quin alienatio non fiat, hoc est dominii translatio. Et sane Ulpianum de hoc legato ibi loqui, aperte patet ex ratione, quam addit, dicendo legatum jam quæsitum esse legatario seu pupillo: quod, ut notavimus, non nisi in vindicationis legato accidit. Hæc est causa, cur ibidem Jurisconsultus dicat, *Nemo dubitat*. Nam clarissimi Juris est in repudiatione rei quæsitæ alienationem contineri. At e contrario in l. 1. §. utrum, cum concordantibus, sermo habetur de legato damnationis, cujus repudiatio pro alienatione non habetur, quia per ipsum nullum Jus in rem, seu dominium in legatarium translatum est.

Verum licet ex novo Jure Justiniano in l. 1. C. communia de legatis, statutum sit omnium legatorum eandem vim esse, itaut ex quovis legato non solum hypothecaria, & personalis actio, verum etiam vindicatio concedatur; tamen hoc intelligemus oportet, cum id rei natura pati-

tur.

tur. Nam utique in legato rei alienæ, in legato generis, optionis, rerum quæ futuræ sperantur, nequit ullo modo dici dominium statim esse transcriptum in legatarium: & proinde ex his legatis interim nequit transferri, nisi actio in personam ex testamento. Quocirca in ipsis recte procedet textus in *d. §. utram*, cum aliis similibus, scilicet, ut ipsorum repudiatio pro alienatione non existimetur.

An prohibitus alienare extra familiam possit heredem extraneum instituire.

Q U Æ S T I O III.

Communis opinio in foro passim recepta docet, eum, qui prohibitus est extra familiam bona alienare, ceuseri etiam prohibitum instituire in his bonis heredem, qui de familia non sit: prorsus ut, qui secus fecerit, fraudem fideicommissi facere dicat. Ita Accurs. Bart. Alex. & alii in *l. filiusfam. §. divi 2.* & in *l. pater, §. fundum, ff. de leg. 1.* & in aliis Juris nostri locis, quæ infra adducemus, & explanabimus.

Sed in contrarium nititur Antonius Fab. *4. conject. 6. & seqq.* qui contendit, facta simplici prohibitione, ne extra familiam alienetur, recte posse extraneum heredem institui. Quod ex antiquis etiam voluit Angelus, notante Catelliano Cotta in *Memorab. Juris, v. alienatio*. Quæ sententia verior est.

Et I. probatur ratione, quia alienatio est actus, quo dominium transfertur vel definit: sed institutio heredis etiam extranei non est translatio, neque definitio: ergo non est alienatio. Minor propositio, in qua tota difficultas versari videtur, quam facillime probatur ex eo, quod in heredem dicitur dominium continuari idem, quod in defuncto fuerat, *l. cum heres, ff. de divers. præscript. l. in suis, ff. de suis & legis*. Quare defunctus & heres una omnino censentur persona, ut habetur in *auth. de Jur. rejur. a moriente præstito*. Quod sane ob necessariam Juris rationem introductum fuit, ne scilicet rerum hereditarium dominium pro aliquo licet brevissimo tempore vacaret; nam si hoc accideret, res fierent nullius, & occupanti essent concedendæ. Hinc ergo est, quod heredis institutio nequit per se dici alienatio, quæ translationem, vel defitionem domini requirit, & in continuatione ejusdem locum habere non potest.

II. Probatur ex Papin. in *l. peto 71. §. fratre, ff. de leg. 2.* ubi proponitur fideicommissum his verbis conceptum, *Ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur*, quo loco palam ut diversa ponuntur, alienare, & in familia relinquere: quare Jureconsultus subdit: *Si non paraverit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerint*. Ubi pariter

riter alienare , & exterum heredem instituere, disjunguntur per particulam , vel, quæ inter diversa poni solet, nisi aliud reperiat expresse constitutum . Late DD. in *l. Lucius* , ff. de hered. instit. & in *l. generaliter* , §. cum autem , C. de institutionib.

III. Probatur ex vulgato Scævola responso in *l. pater* 36. §. quindécim , ff. de leg. 3. ubi patrona quindécim libertis prædiolum cum taberna legaverat , his verbis adjectis : *Sibi que eos habere possidere volo ea lege , & conditione , ne quis eorum partem suam vendere , donare , aliudve quid facere aliis velit . Quod si adversus ea quid factum erit , tunc eas portiones , prædiumve cum taberna , ad remp. Tusculanorum pertinere volo .* Illud accidit, quod duo ex his libertis emerunt partes colibertorum, ac deum extraneo herede instituto obierunt . Quæsitum est , an partes venditæ ad Rempublicam Tusculanorum pertinerent? Et Scævola respondet non pertinere , quia alienatio ex mente testatricis prohibita erat tantum in quantum ad extraneos , non etiam inter se.

Hactenus Scævola . Sed aliud hic dubium poterat oriri , num Respublica Tusculanorum petere posset ex fideicommissio partes libertorum non venditas , qui extraneo herede instituto decesserunt ? Ratio dubitandi est , quia testatrix non modo prohibuerat vendere , & donare ; sed alium omnem quemcunque actum , per quem liberti contra suam voluntatem facerent , transferendo in alios prædiolum cum taberna : nam verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur , *l. verbum facere*, ff. de verb. signif. Itaque Respublica Tusculanorum recte videbatur posse fideicommissum petere , cum duo ex libertis , decedendo , extraneum instituissent heredem .

Hanc difficultatem a Scævola omissam , resolvit Claudius Jurisconsultus ibidem , qui notas ad Scævola scripsit : & negat esse locum fideicommissio . Nam in fine ita generatim concludit : *Nec conditio existit dati fideicommissi Tusculanis* ; sane verba ita generatim prolata capere opus est , etiam de partibus non venditis , & extraneo heredi relictis . Quod si secus foret , utique Claudius distinxisset , dicendo fideicommissum ex parte extitisse , & ex parte non . Quod tamen Jurisconsultus non fecit . Quocirca fallitur Rogerius , quem sequitur Acc. ibidem , *v. conditio extitit* , dum docet , fideicommissum non extitisse in quantum ad partes colibertis venditas , sed extitisse in quantum heres extraneus fuit institutus . Ceterum ratio Claudii ea videtur fuisse , quia verbum illud , *Aliudve facere* , fideicommissio adjectum , regitur ex prioribus verbis , hoc est , *Vendere , donare* , ut propterea comprehendat veram alienationem , per quam fit dominii desitio , aut translatio ; non etiam complectitur heredis institutionem , in qua non est , nisi dominii continuatio .

IV. Probatur ex eadem *l. pater* , §. fundum , ubi pater fundum a filio , quoad vixerit , vetuerat venundari , donari , pignerari ; & deinde adjecit ,

R

ut

ut fundus is de nomine familiæ nunquam exiret. Dubitatum est, utrum filius decedendo posset extraneos sibi scribere in testamento heredes. Ratio dubitandi erat, quia testator sibi ipsi contrarius videbatur; nam primo filium prohibuerat, ne alienaret, *quoad vixerit*: deinde addiderat velle se fundum nunquam de nomine suo egredi; quippe particula, *nunquam*, etiam post mortem extenditur. Eo non obstante Scævola respondit, posse extraneum heredem institui, licet filius quoad viveret, nequisset alienare, vel pignere. Ratio est, quia testator oculum tantum ad alienationem videtur habuisse, dicendo, *venundari, donari, pignerari*, quæ omnia alienationes sunt; quare non erat extendenda voluntas ad heredis extranei institutionem, quæ alienatio non est. Itaque videntur omnino falli adversarii, qui hunc textum pro se citant.

Sed videamus quæ sint reliqua Adversariorum argumenta. I. obijciunt ex *ead. l. pater, §. Julius Agrippa*; nam quidam testamento cavit, ne ullo modo bona heres pigneraret, aut ullo modo alienaret; Scævola tamen ait institutum recte posse extraneum heredem scribere, neque id esse contra testatoris mentem. Cujus rei causam reddit, quia *hoc*, scilicet alienationis prohibitio, *nudum præceptum erat*, nempe sine causa. Ergo inquit adversarii, quando alienatio nuda non est, & cum causa fit, non poterit extraneus heres institui. Sed ita est in casu nostro, ubi prohibetur alienatio non simpliciter, sed extra familiam: nam illud extra familiam, vim causæ habet. Ergo heres extraneus institui non potest. Id vero est contrariorum Achilles.

Verum respondemus distinguendo consequens, hoc est, si causa expressa in prohibitione alienationis satis est ad excludendam extranei heredis institutionem, & concedimus consecutionem: si vero contra, satis non sit, negamus. Inde concessa minore propositione subsumta, negatur iterum consequutio. Et ratio est, quia licet prohibitio alienationis extra familiam, non sit nudum præceptum, sed habeat veluti fideicommissum tacite ex mente testatoris, cum causa deductum, prorsus ut nequeat heres extra familiam bona distrahere, seu alienare; tamen hæc causa, seu familiæ favor, non est satis ad prohibendam heredis externi institutionem, utpote quæ alienatio non est, de qua testator sensit, & loquutus est. Non enim prohibito actu inter vivos, prohibetur etiam actus ultimæ voluntatis, *l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2.*

II. Obijciunt ex *l. qui solidum, §. prædium, ff. de leg. 2.* quo loco pater verbis fideicommissi prohibuit liberos prædium de familia alienare: & accidit, ut ceteris filiis vita functis supremus ex his, sine liberis decedens, extraneum instituit heredem; respondet Papinianus, hunc extraneum heredem habere actionem ad petendum fideicommissum eorum bonorum, quæ liberi primo mortui transmiserunt in extraneas, non secus atque hanc actionem habebat postremus filius. Nam cum jam nullus alius ex liberis superstes sit, recte ultimus extraneum heredem instituit, non

non etiam illi, qui primo decesserunt. Ergo prohibita alienatione extra familiam, prohibetur extranei heredis institutio.

Sed negatur consecutio. Ad textum Papiniani patet responsio, quia fideicommissum, de quo ibi agebatur, non fuit simplex, & ex sola mente testatoris proveniens; nam, ut idem Jurisconsultus ait, fuit factum verbis fideicommissi. Qui diversus casus est: scilicet pater jussit prædium in familia servari, vel ut semper in familia esset, aut etiam, ne de suo nomine egrederetur; nam in his casibus concedimus ultro heredem extraneum non posse institui.

Neque replices, si ita esset, ut dicimus, utique Jurisconsultus ibi decidisset rem, de qua nulla poterat inesse dubitatio: quod non est asserendum, cum certissimi Juris sit, in his causis non posse heredem externum institui.

Nam Faber respondet, rationem dubitandi non in hoc fuisse, sed in re alia, scilicet num posset extraneus heres ultimi decedentis, uti petitione fideicommissi contra alios heredes filiorum, qui antecesserant mortui fuerant; nam hi heredes contendebant posse retinere partes prædii sibi relictas, quas licet potuisset avocare ex vi fideicommissi ultimus filius moriens; non tamen idem Jus esse volebant in herede ejusdem, qui extraneus heres esset. Sed eo nihil obstante Papinianus respondit, recte heredem hunc ultimi morientis avocare ex fideicommissio partes prædii jam dictas, ex eo quod Jus istud avocandi jam quæsitum fuerat ultimo morienti: propterea nil mirum, si illud idem dicatur in ipsius heredem transmissum.

In hac ergo questione duos omnino casus distinguimus. Prior est, si fideicommissum simpliciter sit factam, jubendo bona non alienari extra familiam, quo casu recte heres extraneus instituitur, quia institutio non est alienatio. Alter est, si prohibitio facta sit verbis fideicommissi, veluti ut bona remaneant in familia, & tunc heres extraneus heres non admittetur, quia vere bona in familia non remanerent.

Atque eo modo explicandæ sunt nonnullæ aliæ leges, præcipue in *l. unum ex familia*, §. *sed & si fundum* in *d. l. peto*, §. *fratre*, in *l. filiusfamilias*, §. *cum pater*, in quibus omnibus agitur de fideicommissio, quo bona jubentur in familia conservari.

De Patre alienante.

His ita generatim de alienatione positis, jam per se explicata prope modum remanent ea, quæcunque de alienatione patris, qui legitimus administrator bonorum adventitiorum filiifamilias sit, dici possunt; hæc enim particularia plerumque ex generalibus illis dependent. Verumtamen ad clariorem intelligentiam aliqua hic non præteribimus, quæ in tertia hac nostræ legis parte examinari solent.

Quamvis pater veluti pro domino se gerere possit, ob plenum usumfructum potestatemque agendi, & defendendi in adventitiis filii; tamen quia censetur positus ad ædificandum magis, quam ad destruendum, propterea ipsi eidem alienandi potestas est denegata, ut hic, & in *l. fin. §. ipsum autem, C. de bonis quæ liberis*. Quæ prohibitio cessat, cum agitur de causa necessaria, puta si persolvendum sit æs alienum a filio herede debitum; quippe recte pater alienat res mobiles: si autem hæc non sufficiunt, etiam immobiles, solvet, *d. l. fin. §. si autem æs*, scilicet, ut reddito ære alieno, filius usurarum onere non prægravetur. Nec opus est, ut Judicis decretum interponatur, ut primus omnium docuit Azo in *rubr. nostri tit. num. 11*. sequitur & extollit Baldus in *d. §. si autem æs*, Decius, Soccinus, alique apud Tiraquellum in *l. si unquam, in princ. num. 28. C. de revoc. donat. Afflictus decis. 393. num. 1*.

Contra tamen pugnant Salycetus in *l. præsens, C. de transactionib.* ubi etiam Jason *num. 5*. putat legendo & disputando contra Azonem dici posse, Crotus in *l. frater a fratre, num. 31*. Gomez in *l. 48. Tauri ad finem*, alique. Movetur Salycetus a simili; nam pater tutor, aut curator filii, non potest alienare citra Judicis decretum, *l. si pupillorum, §. si pater, ff. de reb. eorum, l. 3. C. de prædiis minorum*. Quod tamen minime obstat; loquimur enim nos hic de patre legitimo administratore, cui lex multum tribuit, certe magis quam tutori, vel curatori, ut supra in 2. parte latius a nobis deductum est.

Alio se vertit Jason, qui movetur ex *d. l. fin. §. sed pater*, ubi dicitur: *Habeat licentiam rite res filiorumfamilias vendere*. Nam illud, *rite*, Juris solemnitatem significat. Sed rectius Tiraquellus docet, hic verbum *rite*, ad causam, & ordinem alienationis referendum esse, non etiam ad decretum, & auctoritatem Judicis, cujus nihil meminit textus in *§. si autem æs*, ubi nominatim & specialiter de alienatione paterna agebatur. Causa autem, & ordo, quæ hic respiciuntur, sunt e contrario exposita in *cit. §.* nimirum ut alienatio fiat ob causam necessariam æris alieni: item ut fiat hoc ordine, ut tunc ad immobilia deveniatur, cum mobilia non sunt satis. Hæc, inquam, & non alia, verbum *rite*, respicit.

Ve.

Verum tamen est, cum regula sit negativa, ne pater alienet, patre alienante, filium dici habere fundatam intentionem vindicandi res alienatas, donec adversarius probet de necessitate alienationis, quæ regulam limitat, Decius *conf.* 8. *num.* 11. & *conf.* 60. *col.* 2. Alexander *conf.* 18. *lib.* 3. Nam ubi regula legis est prohibitiva, non statur confessioni alterius contrahentium, vel testantium. Quare si pater filio manzero, cui donare nequit, vendat, non creditur ei dicenti se pretium recepisse, ut contra Gloss. in l. 27. ff. de probationib. communiter est receptum post Jason. in l. si is qui ex bonis, col. fin. ff. de vulg. & Decium *conf.* 311. *col.* 2. & probatur ex l. 1. C. de natur. liber.

Potest etiam pater alienare res tempore perituras, & onerosas: quod probatur ex l. ult. C. de bonis quæ liberis, in hæc verba: *Exceptis rebus, quæ onerosæ hereditati sunt, vel quocunque modo damnosæ, quas sine periculo vendere patri licet.* Ubi sub rebus quocunque modo damnosis Jure comprehenduntur res tempore perituræ, & quæ servando servari non possunt. Probatur etiam, quia sæpe in Jure nostro causa utilitatis æquiparatur causæ necessitatis, & in l. Aristo, ff. de Jure deliberandi, ubi heres inter deliberandum potest a Prætoris impetrare, ut sine præjudicio Juris pretiis vendat res, quæ tractu temporis deteriores fiant, item ea, quæ nimium sumtuosa sunt, veluti jumenta, aut venalitia, tandem solvere æs alienum, quod sub pœna, vel pretiosis pignoribus debeatur; cui dispositioni concordat sub eod. tit. text. in l. ait Prætor, §. in causæ. Ita hæc eadem æquiparatio patet ex l. non solum, ff. de petit. heredit. ubi possessori hereditatis permittitur alienatio, tam si necessaria fuerit, quam si mœra res perituræ, deterioresve futuræ sint. Ergo hæc in casu nostro etiam locum habere concordant DD. etsi in causis aliis causa necessitatis ab ea, quæ est utilitatis, distinguatur. Vide Decium in l. 2. num. 6. ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisdictio.

Idem est, si bona fuerint quidem stabilia, sed ruinam minentur, l. verum, §. si locupleti, ff. de minorib. ubi prædia ruinosa recte a curatore venduntur, ut etiam ea, quæ multis casibus obnoxia sunt: quod DD. de rebus in monte, vel propter mare, aut flumen positis, interpretantur, quæ inundationem facile pati possint, Bartolus in l. 2. num. 19. ff. sol. matrim. Alexander & Jason in l. sciendum, 4. limit. ff. qui satij dare cogantur, Tiraqu. de retract. §. 1. gl. 7. num. 91.

Uterius licet patri alienare usumfructum, quem in rebus filii adventitiis habet, ut & idem omni alteri fructuario licet, l. arboribus, §. usufructuarius, ff. de usufr. juxta ea, quæ supra disputavimus in principio secundæ partis. Immo Albericus hic col. 2. num. 4. putat, patrem alienantem res filii adventitias, intelligi facere id solum, quod potest, hoc est alienare usumfructum, quem in hisce rebus habet, juxta regulam, si quod ago non valet uti ago, valeat ut valere potest, argumento ex l. qui tabernas, ff. de contr. empt. ubi qui tabernas publicas vendit, cen-

setur

setur Jus vendidisse, quod in ipsis habet, seu usum, qui ad privatos pertinet. Ita quoque cum quis servum suum adoptat, quamvis nulla adoptio sit, servus tamen ex sententia Catonis liber fiet, §.ult. *Institutionibus, de adoptionibus, l.un. §.simili, C. de latin. libert.*

Sed obijciunt quidam apud Pinellum hic, num.37. textum in *l.cum oportet, §.etsi quid, C.de bonis quæ liberis*, ubi patri permittitur earum rerum alienatio, quæ sibi accrescunt ex fructibus, quasi in ipso usufructu alienando nihil Juris habeat. Itaque cum patre alienante, volunt statim cum proprietate consolidari. Sed quam facillime respondetur ex eo, quod Justinianus ibi neutiquam loquitur de alienatione, sed de dispositione per testamentum, & transmissione ad heredes: quæ certe locum non habent, nisi in augmentis fructuum, quæ pater plene sibi acquirit, ut dominus; non item in usufructu ipso, qui non alienatur, nisi quoad ipse alienans vixerit, DD. in *d.l.arboribus, §.ususfructuarius*. Hæc ergo ratio est, cur in cit. textu Imperator solum de accretione usufructus, non item de usufructu ipso loquatur: nec propterea innuit a patre usumfructum alienari non posse, ut consideranti facile patet.

Illud non negamus Pinello, patrem usumfructum alienantem non transferre in alterum qualitatem legitimi administratoris, quæ personalis est, & alteri a patre non tribuitur, argumento ex *l.quia tale, ff.sol.marr. & ex l.per procuratorem, ff.de acq. hered.*

Tandem pater juxta nonnullorum opinionem, alienare potest adventitia filii in eum, a quo in filium eadem pervenerunt, quasi facilis regressus sit. Idque persuadere 1. nituntur ex eo, quod Paulus Castrensis consuluit, statutum exigens auctoritatem consanguineorum ad contractum mulieris, cessare cum mulier donat rem ei, qui sibi prius donaverat, ut refert Jason in *l.cum filiofamilias, num.168. ff. de leg.1. II.* quia non censetur damnum pati, qui amittit lucrum jam quæsitum, si revertatur ad eum, a quo pervenerat, Glossa in *l.ca quæ, v.conversa, ff.de donat.inter viram, & in l.si ita stipulatio, ff.de verb.oblig.* ubi etiam Bartolus, & alii.

Hæc tamen falsa sunt. Veriusque puto cum Pinello hic num.58. patri neque donare, neque alio modo distrahere licere res filii in eum, a quo semel pervenerunt. Idque patet ratione, quia ubi a filio dominium rei sibi donatæ quæsitum est, jam ejus patrimonium factum dicitur, subitque naturam ceterarum rerum, quæ ipsius sunt, uti patet ex *l.1. §.ult. ff.de reb.eorum*, ubi cum dixerit Ulpianus non valere pignus, cui minor subjecit prædia a se emta, quoad pretium solveretur; hanc reddit rationem: *Nam ubi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari*: hoc est, subit naturam, quam cetera minoris bona habent. Sic prorsus in specie nostra, res a filiofamilias per donationem, aut aliam causam quæsitæ, non sunt in dispari ratione cum aliis ipsius adventitiis bonis: quocirca, ut hæc a patre nequeunt alienari, ita nec illa.

Patet etiam ex *l. si ad resolvendum, C. de prædiis minorum*; nam pater donaverat filio minori emancipato prædium, & filius ante traditionem cautionem patri eidem remisit citra Judicis auctoritatem. Dictum est contra Senatusconsultum fecisse filium, nec remissionem ullius Juris esse. Itaque aperte deciditur, falsum esse, res facile, hoc est, sine Juris solemnitate, regredi posse in eum, a quo semel pervenisse dicuntur.

Rectius ergo contra Paulum de Castro sensit Tiraquellus *de Jure connub. gl. 5. num. 56.* nempe solemnitatem legis, aut statuti in rebus a minori, vel muliere alienandis, omnino adhiberi oportere, etiam cum alienatio fit in eum, a quo primum res profecta est. Nec verum est, hoc casu damnum non pati, cum revera patrimonium diminuatur, ut accidit in omni alienatione: & sane omnis patrimonii diminutio damnum est, ut patet tum ex *d. l. 1. §. ult. ff. de reb. eorum*, cum ex iis, quæ supra disputavimus de eo, qui legatum, aut hereditatem sibi relictam repudiat.

Ad Autbent. Nisi tricennale.

Quamvis Constantinus in lege præcedenti generatim dixerit, nulla præscriptione aut usucapione filios posse repelli a rebus suis vindicandis, quas pater legitimus administrator contra formam Juris distraxerit; tamen Irnerio, quem vulgo DD. sequuntur, visum est id capi solum oportere de præscriptione ordinaria, quæ est triennalis in rebus mobilibus, decennialis vel etiam vicennialis in rebus solis: hæc enim filios familias agenti ex vindicatione non obstat; obstat vero docuit præscriptionem longissimi temporis, seu annorum triginta, ductus ex *§. sed quod sancitum, auth. de nuptiis*, vel, ut habet Haloander, *de his qui nuptias iterant*, ubi habetur, a conjuge largita, mulierem, aut virum superstitem non posse alienare, cum ad secundas transeunt nuptias, filiis ex primo matrimonio existentibus. Quod si secus fecerit, filiis his, heredibusve, vindicandi potestas tribuitur, nisi ipsis tricennalis obstat præscriptio: quæ tamen præscriptio currit, cum duo simul concurrunt, hoc est filii suæ sunt potestatis, & impuberem ætatem excessere. Id ergo Irnerius ex paritate rationis, non modo in lucris nuptialibus locum habere voluit, sed in omnibus etiam adventitiis, quorum legitimus administrator sit pater: propterea hic post legem 1. inseruit *auth. nisi tricennale*, quæ desumpta omnino est ex *d. §. sed quod sancitum*. Ratio autem, cur hic longissimi temporis præscriptio exigatur, nec ordinaria sit satis, est, quia obviam erat eundem fraudi patris alienantis bona filii, faciendo ne ita cito ab emtore, vel donatario, usucaperentur: qua simul re prospectum est filiis, quorum causa digna est favore, ut qui sub potestate patris manentes, sua bona ignorant, patre omnia possidente, & administrante, nec ad rationem reddendam obligato, ut in *l. fin. §. fin. autem, C. de bonis quæ liberis*.

Pro-

Producitur ut exigatur longissimi temporis præscriptio, etiam si is, in quem pater alienavit, bona fide rem possideat, & justo titulo, justoque facti errore juvetur, ignorando scilicet rem esse filii. Licet enim hoc casu ordinariam præscriptionem filiis obstare crediderint Cynus, Albericus, & Paulus hic; tamen veritas est hic quoque supradictam regulam tuendam esse, ut longissimi temporis præscriptio exigatur, ut docent Fulgos. & Corneus hic; nam si regula nostri textus esset restringenda ad eum solum emtorem, qui rem esse filii sciat, & ignoret Jus, non factum, utique textus coarctaretur ad casum, qui nunquam fere contingeret, præsertim quia filius probare deberet, emtorem non ignorasse rem esse alienam, juxta textum in *l. verius*, ff. de probationibus.

Id probatur ulterius ex *auth. mala fidei*, C. de longi temporis præscriptionibus, ubi mala fides venditoris nocet emtori bonæ fidei, ne præscribat longo tempore, sed omnino tempore longissimo indigeat, Paulus ibi, Alciatus, & alii, Gomez ad *ll. Tauri* 40. num. 90. Corneus *conf.* 38. num. 10. lib. 1. Ita ergo mala fides patris alienantis (nam semper talem esse patrem, ambigendum non est) omni casu nocere debet emtori, etiam si justum titulum habeat, & in bona fide sit, ignorando rem esse filii, & patris vendentis esse credat.

Unde patet qua ratione intelligendus sit textus in *l. feri*, §. sed quia, C. communia de legatis, ubi ordinaria præscriptio nihil obstat legatariis, aut fideicommissariis, quibus heres restituere iussus est; scilicet, ut locum habeat, quamvis emens ab herede bonæ fidei sit, & justo facti errore ductus: adhuc enim lex legatarium aut fideicommissarium tuetur.

Semper ergo contra filium, patre alienante, longissimi temporis præscriptio exigitur, quæ tamen non indistincte incipit currere, sed ab eo tempore, quo filius familias in suam venit tutelam; quia non valenti agere nulla currit præscriptio, *l. 1. ad fin. C. de annali except.* Quæ regula ita demum capi oportet, cum impedimentum est a Jure negante alteri Jus agendi, ut in specie nostra; nam si impedimentum sit facti, etiam a justissima causa præcedens, utique præscriptio non retardatur, nisi forte in impossibili versemur, quo casu datur restitutio, ut in *l. & Attilicinus*, ff. de servit. rustic. prædiorum, ubi iis qui aquam ex fonte alieno non duxerunt, quod fons exaruisset, aqua demum ad venam rediente, succurritur, Boerius *dec.* 40. num. 3. Afflictus de Jure protomiscos, §. 2. num. 22.

Verum difficultate non caret, utrum filius, cum adhuc est sub patris potestate, possit contra alienationem paternam agere? Nam Bartolus in *l. si constante*, num. 63. ff. sol. matrimonio, ait filio sub potestate denegari Jus revocandi alienationem adventitiorum a patre factam, quod præter alios sequitur Bellonius *conf.* 24. num. 5. Quod probant ex *l. 1. §. fin. C. de annali except.* ubi filius sub manu paterna existens actionem movere non posse dicitur, ut etiam habetur in *d. §. sed quod sancitum*, *auth. de nuptiis*,

patris; unde nostra authentica desumpta est.

Probant etiam ratione, quia filius sub potestate regulariter agere non potest sine patris ipsius consensu, cujus est administratio, & Jus agendi in adventitiis, ut supra diximus ex nostra *l. 1. & l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis*; attenta maxime verecundia, quam filius sub potestate patri debet; unde in *l. 8. in fine, ff. de alim. legat.* dicitur, *quod necessitas verecundiam adstringit*.

Ex quibus satis apparet, contrariam Baldi opinionem in *l. fin. §. in computatione, num. 7. C. de Jure delib.* recipiendam non esse, dum docet filium audiri deberi, & patrem compelli debere, ut filio volenti agere consentiat, quamvis pater ipse promiserit, se nunquam venturum contra alienationem. Quæ opinio falsa est, præsertim quia lex in tantum filio sub potestate ait præscriptionem non currere, in quantum eidem Jus agendi denegat, ut patet ex dictis, quidquid in contrarium pro Baldo contra nitatur Pinellus hic, *num. 45. contra apertam dispositionem d. l. 1. §. fin. C. de annali exceptione, & d. §. sed quod sancitum*.

Pro majori dilucidatione nostræ authenticæ quæri solet, an post completam longissimi temporis præscriptionem restitui possit is, qui ex causa justæ ignorantie adversus præscribentem non egit? Quam difficultatem resolvit Bartolus in *l. 1. §. si quis propter, ff. de itinere, actuque privato*, qui per eum textum docet, ex causa justæ ignorantie omnibus dari restitutionem contra eam præscriptionem, quæ triginta annorum est; nam in eo textu Prætor, si qua ipsi justa causa esse videbitur, concedit in integrum restitutionem ei, qui itinere actuque privato usus non est; quæ autem justior causa, quam si quis justam ignorantiam habuit, quo minus agat, & Jure suo utatur? Adde ex Glossa in *l. si partem, v. non utendo, ff. quemadmodum servitus amittatur*, ubi notat in eo textu æquiparari causam justæ ignorantie causæ justissimi impedimenti, hoc est ejus, de quo jam monuimus ex *d. l. Attilicianus*. Sequitur Afflictus *dec. 329. num. 6.* Covarr. in *cap. possessor, par. 3. §. 3. col. 2.* Romanus *conf. 149. in fine.* Late Boerius *dec. 39.* Soccinus in *l. cum filius, §. in hac, ff. de verb. oblig.* etsi nonnulli hoc casu nullam contra ignorantem restitutionem dari dicant, cum Baldo in *l. 1. num. 24. C. qui admitti, & Aretinus conf. 104.*

Hæc volumus dixisse pro explanatione nostri tituli: nam quæ in reliquis deinceps legibus traduntur, satis a nobis, prout occasio tulit, explicata sunt. Illud tantummodo advertendum, in *lege 3.* singularem casum proponi contra receptas Juris regulas, ut filius etiam emancipatus patri acquirat, aut nepos avo: ut si uxor decedat marito superstitute, liberis jam a patre, vel avo emancipatis, viva uxore: tum patri, vel avo pro virili portio ususfructus acquiritur, quasi unus ex ipsis sit, nisi quod nihil in proprietate adipiscitur. Ratio specialis hujus dispositionis est, in solatium amissæ uxoris, & ne omnino privetur his bonis, quæ

super tanquam dominus possidebat, ut colligitur ex illis verbis *d. l. 3. Quoniam omni commodo destituitur*. Falsi enim sunt, qui putant esse ob beneficium emancipationis, quod a patre receperunt; nam in *§. quod si nepotes*, id extenditur ad nepotes ex filio jam emancipato natos, & qui nunquam fuerunt sub potestate avi: imo, quod mirabilius, extenditur ad nepotes ex filia, qui nec fuerunt, nec extitisse poterant sub potestate avi, in cujus familia nunquam fuere. Quibus casibus parens admittitur una cum liberis, in quos nullum beneficium contulit.

Cetera per se clara sunt, nec nostra indigent oratione,
 præsertim, cum ob temporis angustias
 nostro labori jam tandem
 statuendus sit
 finis,
 ad Dei Optimi Maximi
 honorem, & glo-
 riam.





DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

De officio ejus, cui mandata est Jurisdictio,

*Ad lib. I. Pandectarum, Tit. XXI. & ad lib. III. Tit. I.
De Jurisdictione.*



Os titulos conjungimus, non solum ob materię cognationem, sed eo præsertim, quia ordo doctrinæ exigit, ut ordinem, quem illis Tribonianus dedit invertamus; præposterum enim est, ut de mandata Jurisdictione agatur, antequam de Jurisdictione sermo institutus sit; quippe prius illud intelligi non potest, nisi posterius hoc antea sit explanatum; cum e contrario ex hoc ad illud facilis transitus sit. Nil ergo mirum, si nos ante omnia de Jurisdictione dicere aggredimur, deinde de mandata Jurisdictione acturi;

De Jurisdictione, & ordinariis Judiciis.

Q U Æ S T I O I.

Jurisdictionis nomen dupliciter in nostro Jure solet accipi, Bellonus *de mandata Jurisdiction. cap. 2. q. 3. num. 53.*

I. Quidem generatim pro omni auctoritate, & potestate Magistratus, & præsertim Prætoris, quæ in tribus consistit, Jurisdictione in specie accepta, mero, & misto imperio; nam publici Judicii exercitationem Papinianus Jurisdictionem appellat, *l. 1. in princ. ff. de officio ejus*, & de capite civis Jus diei, scribit Pomponius in *l. 2. §. & quia, ff. de orig. Juris*. Idem constat ex *princ. tit. de Pace constantia*, ibi: *In Jurisdictionem tam in causis criminalibus, quam in causis pecuniariis*. Et tamen publi-

ca Judicia ad merum, & mistum imperium pertinent ex potestate gladii, *l. imperium, ff. de Jurisdic.* Ita etiam quæ misti imperii sunt, Jurisdictionis nomine veniunt, ut jubere caveri prætoris stipulatione, *l. i. ff. de damno infecto, l. stipulationem §. ff. de verb. obl.* eo scilicet, quia cum misto imperio insit Jurisdictio, recte id, quod misti imperii est, censetur Jurisdictionis esse: quippe in compositis insunt simplicia. Eodem modo bonorum possessionem concedere, & in bonorum possessionem mittere, quæ misti imperii sunt, ad Jurisdictionem refert Ulpianus in *l. i. ff. de Jurisdictione*. Ita etiam restitutio in integrum, *l. in causa 17 §. ult. ff. de minoribus*.

Imo, quod nec imperii, nec Jurisdictionis est, ut datio tutoris, ad Jurisdictionem pertinere dicitur, *d. l. i. in princ. ff. de off. ejus, §. sed hoc Jure, Institutionib. de Attil. tutor*. Ita causæ extra ordinem ad Jurisdictionem referuntur, ut fideicommissorum, *l. si res obligata, ff. de leg. i.* Item causa liberalis, *l. i. C. si mancipium ita venerit*. E contrario, quod Jurisdictionis est, imperii quandoque nomen sortitur, ut ecce interlocutio, quod Jurisdictionis est, imperio fieri dicitur, *l. quod jussit, ff. de re Judic.* Et Judicis datio, quæ pariter ad Jurisdictionem pertinet, propter vim imperii fieri habetur in *l. cum prætor, §. item bi, ff. de Judic.* Et duumviris, qui non nisi Jurisdictionem habent, fasces, quæ imperii sunt insigne, tribuuntur in *l. duumviris, C. de decur. lib. 10*. Quæ notanda sunt, non modo ad varias tricas, quæ in Jure nostro ex varia hujus vocabuli acceptione oriuntur, evitandas; sed etiam ad recte intelligendam nostram rubricam *de Jurisdictione*, ut est Pandectis Florentinis, vel *de Jurisdictione omnium Judicum*, ut in vulgatis libris concipitur, ubi hæc tria Jurisdictio, merum imperium, ut mistum (de his enim omnibus in ea agitur) uno vocabulo *Jurisdictio* dicuntur.

Hæc tria, quæ diximus, ad cognoscendam potestatem & auctoritatem Magistratuum, & maxime Prætorum, in medium producta sunt. Prætoris autem auctoritas duplex est, una in quæstionibus, seu causis criminalibus, ad quas merum imperium pertinet: altera in causis civilibus, seu pecuniariis, & hæc vel est in dicendo Jure, & est Jurisdictio: vel in faciendo, cum dat, vel addicit, & est imperium mistum. Quocirca tota in civilibus causis Prætoris auctoritas tribus his verbis comprehenditur, *Do, Dico, Ad dico*, & dies, quibus hæc Prætori fari licebat, *Fasti*, quibus non licebat, *Nefasti* sunt, Varro *§. de L. L. Ovidius 1. Fastorum: Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur*.

Hæc licet a nullo hætenus animadversa, magnam lucem nobis in sequentibus afferunt. Unum interim monemus, sermonem nobis esse de Prætoris civili. non etiam de militari; distincta enim hæc munera erant, quamvis Prætores Justiniani in Pisidia, Lycaonia, Thracia, utrumque munus impleverunt, *Novella 24. 25. & 26.*

II. Jurisdictio in specie, seu stricte sumpta, ad verbum *Dico* tantum refertur, quo intellectu nos in præsentem accipimus. Et hæc ab Ulpiano.

piano in *l. 1. §. damus. ff. de suspectatorib.* dicitur, *Officium Juris dicundi.* at ab eodem in *Imperium*, *ff. de Jurisd.* dicitur, *Judicis dandi licentia.* Ex quibus ita completa definitio concinnari potest, *Jurisdictio est Juris dicundi, & Judicis dandi auctoritas.* Jus dicere est in Judiciis ordinariis, ubi Prætor Judicem dat; sunt enim alia Judicia extraordinaria, ubi ipse Prætor judicat. Primo de primis dicemus.

De Judiciis ordinariis.

Vetus ordo in Judiciis ordinariis ita se habet. Ubi reus in Jus vocatus, scilicet coram Prætorē, statuisset potius contendere, quam liti cedere, postulabat actor a Prætorē judicium, scilicet Actorem, & Judicem, scilicet quia in ordinariis Judiciis moris erat, ut Prætores non judicarent, sed Judices darent, *l. 1. §. cum qui. ff. de Jurisd. l. cum Prætor. l. Judicium solvitur. ff. de Judiciis. l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic. l. 1. in princ. l. ult. ff. quis, & a quo appelletur.* Unde frequenter in Edicto Prætor ait, *Actionem dabo, l. 2. ff. quod cum eo, l. ait Prætor, in princ. ff. de Jurisdic. vel Judicium dabo, l. 1. in princ. ff. de dolo, l. 3. in princ. ff. de negot. gestis.* Prætor ergo judicium dando tria statuebat, primo Judicem, exempli gratia, *L. Octavius Index esto.* II. Jus, scilicet in actione in rem, hoc modo: *Si paret fundum Capnatem, quem Q. Catulus possidet, ex Jure Quiritium P. Servilii esse, Q. Catulum condemnato, Cic. 3. in Verr.* at in actione in personam ita: *Si apparet eum dare, aut facere oportere, §. is quoque, Institutionibus quibus modis re contr. oblig. §. præterea, Institutionibus de exceptionibus.* Unde statutum est actorem non posse rem suam ita ab aliquo petere, *Si apparet eum dare oportere*, nisi is fur sit, cujus odio formula actionis personalis substatetur etiam in actione reali, *§. sic itaque, Institutionibus de actionibus.* III. tandem Prætor præscribebat formulam actionis, qua agi opus erat, scilicet *stricto Jure*, vel ex *bona fide*, Cic. 3. *de officiis.* Ex his satis aperte apparet sensus suppositæ definitionis, cum dicitur Jurisdictionem esse officium Juris dicendi, & Judicis dandi licentiam. Late Sigonius *lib. 1. de Judiciis*, Bellonus *loc. cit. cap. 1. qu. 3.*

Verum hic plura notanda sunt. I. in definitione Judicis nomen late sumi, ut comprehendat etiam arbitrum; nam datorum Judicum alii dicuntur arbitri, alii vero Judices simpliciter, *§. 1. Institutionibus de actionibus, l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic.* Arbitr enim, cui Prætor dabat facultatem statuendi, & æstimandi ex bono & æquo, ut in Judiciis bonæ fidei, & arbitrariis, v.g. *Si paret C. Sejum L. Semprenio fundum Tusculanum vendidisse, quidquid ex bona fide præstari oportebit, in id eum condemnato.* Ex quo arbitr liberam habet potestatem statuendi, prout æquius melius, *§. in bonæ fidei, Institutionibus de actionibus.* Hinc

ar-

arbiter pro socio, l. pro socio 38. ff. pro socio: arbiter familiæ eriscundæ; l. fundus, §. arbiter, ff. fam. erisc. arbiter de dote, l. omnino, ff. de impensis in rebus dotalibus. Ceterum hos arbitros dari a Prætoribus, constat ex l. ult. ff. de Judic. l. cum fideicommissum, ff. de confessis, l. 2. C. de sentent. & interloc. l. 2. C. a quibus appellare non licet, l. 1. C. de pedaneis Judicib. l. 1. C. de sententiis ex periculo requit.

Judex e contrario formulæ facit sibi a Prætoribus præscriptæ egredi non potest, ut in Judiciis stricti Juris. Formula est hujusmodi, *Si pareret C. Sejum L. Sempronio centum dare oportere, eum condemnato*. Hinc fit primo, in bonis causis melius esse ad Judicem ire, quam ad arbitrum, Seneca 3. de benef. 7. II. Judicium esse pecuniæ certæ, arbitrium incertæ, Cic. pro Roscio Comædo. III. in arbitriis non subesse periculum plus petitionis, sicuti subest in Judiciis, Budæ. in l. 2. v. vindicias filie, ff. de orig. Juris. Et quamvis hodie formularum conceptiones sublatae sint, l. 1. C. de formulis, manet tamen antiquum inter actiones discrimen; nam plenior est Judicis potestas in actionibus bonæ fidei, quam in stricti Juris Judiciis, §. in bona fidei, Institutionib. de actionib. l. quia tantundem, ff. de negot. gest. l. Lælius, ff. de positi.

II. Judicem a Prætoribus dari in privatis tantum causis; quare Judex privatus dicitur, Gellius 14. N. A. 2. Sueton. in Claudio, cap. 14. nam in causis publicis judicabat ipse Magistratus, qui publicam personam dicitur habere, l. 1. in princ. ff. de officio ejus. Et hoc sane est præcipuum discrimen inter judicia publica, & privata, quæ inde nomen habent, quod privata judicantur a Judice, qui privatus est, & a Magistratu distinguitur, l. in amissione, §. ult. ff. de capite minutis, l. quidam, ff. de re judic. & in tit. Institutionum, de divis. stipulationum; cum e contrario Magistratus, qui publicam personam gerit, nomen publicis Judiciis dederit, de quibus infra.

Habet & alia nomina; nam dicitur quandoque Judex specialis, l. ult. ff. de off. Prætoris, Judex datus, l. Judex, ff. de Judiciis, Judex delegatus, l. a Judice, C. de judiciis. Item Judex pedaneus, quia non utebatur sella curuli, ut Prætor, aliique Magistratus, sed stans, & pedibus nitens pronunciabat, ex Cicerone de claris Oratoribus, ibi: *In comitium veniant, ad stantem Judicem dicant*, & habetur in tit. C. de pedaneis Judicibus: aliud omnino sunt pedanei Senatores, qui pedibus ibant in sententiam, Gellius 3. N. A. 18. Tandem appellatur recuperator, Theophilus in tit. quib. ex causis manumittere non licet.

III. Aliud esse Jus dicere, aliud judicare; nam Prætor Jus dicit, Judex pedaneus, cum litem dirimit, judicat, l. qui dolo, in princ. ff. ad l. Julianam de vi publ. quæ duo Jus dicere, & Judicare, diversa inter se esse patet ex l. quidam consulebant, ff. de re judic. l. voluit, in fine, ff. de interrog. actionib. & in rubr. C. ne quis in sua causa judicet, vel Jus dicat, Paulus Manutius de legibus Romanis, pag. 105. a ter. Hinc Prætor Jurisdictionem

ditionem habet, Judex datus cognitionem, quippe ille de Jure, hic de facto cognoscit: utraque tamen, est jurisdictio, & cognitio communi nomine *Notio* vocatur, *l. notione, ff. de verbor. signif.* Hinc etiam aliud est in Jus vocare, aliud vocare in Judicium, illud est ad Prætozem, hoc ad Recuperatozem, *l. 3. §. si quis, ff. ne quis cum, qui in Jus vocatus est*; & aliud in Jure fieri, & fieri in Judicio, *l. 1. §. 1. ff. de postulanda*, cum aliis notatis a Vultejo *discept. 1.*

IV. Dato per Prætozem Judice, litigatores sibi invicem denunciassent de eundo, & comparendo coram Judice dato, his verbis, *In perendum diem*, quæ res condictio, seu comperendinatio vocatur, §. *appellamus, Institutionib. de actionibus*, ubi Theophilus, Aconius in 3. *Verr.* Adveniente de die comparebat uterque coram Judice dato proponendo suam actionem actor, suam defensionem reus, testato, ita, *Testes effote*; ideo dicitur litis contestatio, a qua Judicium incipit, *l. 1. C. de litis contestatione*. Post eam fiebant scripturarum, & instrumentorum editiones, *l. 1. §. edendo, ff. de edendo*: testes examinabantur, interponebantur plerumque stipulationes judiciales, *Institutionibus de div. stipulationibus*. Tandem pronuntiabat Judex. Quo facto expirabat ejus officium, scilicet, quia sententiæ executio non ad eum, sed ad Prætozem ipsum, qui dederat, pertinebat, *l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic.* Quapropter Judex, ubi judicavit, functus dicitur officio duo, & Judex esse definit, *l. Judex posteaquam, ff. de re judic.* Late Bellonus *cap. 1. qu. 3.* Itaque quæstiones emergentes in executione sententiæ, a Prætoze cognoscebantur, *d. l. a D. Pio, §. si super*: & si appellandum erat, Prætor ipse appellabatur, argumento ex *l. 1. in princ. l. ult. ff. quis & a quo, l. Imperatores, ff. de appellationibus*.

V. Judicem non semper dari a Prætoze, sed ab aliis etiam Magistratibus, secundum Jurisdictionis suæ modum, *l. cum Prætor, §. 1. ff. de Judiciis, l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic. l. ult. ff. quis & a quo appellatur*: ita quandoque datur a Consulibus, *l. 1. §. si quis, ff. de appellationibus*, & a Præfecto Urbi, & Præfecto Prætorio, *l. 1. ff. quis & a quo appellatur*.

Non leve dubium est de datione Judicis, utrum misti imperii sit, an potius Jurisdictionis?

Et quidem eam ad mistum imperium referunt Alciatus 2. *paradoxon* 8. Cujacius 21. *obs.* 30. Eguinarius in *l. Imperium, ff. de Jurisd.* Turaminius 2. *ep.* 14. post alios Bellonus *cap. 8. q. 8. num. 6.* Quæ assertio suaderi videtur ex pluribus. I. quia Judicis datio potius ad verbum *Do*, quam ad verbum *Dico* pertinet, ut in illis edictorum verbis, *Judicium dabo*: proinde non Jurisdictionis, sed misti imperii est. II. quia in dando Judice vis imperii relucet; inest enim jussio, cum Prætor dicat, *L. Octavius Judex esto: condemnato, l. cum qui, l. jubere, ff. de Jurisdictione*. III. Tandem ex *l. cum Prætor, §. item hi, ff. de Judiciis*, ubi Paulus de iis sermo nem habens, qui Judicem dare possunt: *item ii*, inquit, *quibus id more*

con-

concessum est propter vim imperii, sicuti Praefectus Urbi, ceterique Romae Magistratus. Ubi imperium pro misto imperio positum est, ut in l. quod iussit, ff. de re judic.

Verius tamen est, dationem Judicis ad Jurisdictionem pertinere, ut post Glossam, & Bartolum in *l. 1. v. litigatorib. ff. de Jurisd. comm.* opinio docet. Sequitur Duarenus *de officio Proconsulis, cap. 3.* Goveanus *1. de Jurisd. num. 7.* Donellus *17. comm. 8. §. 23.* Fab. *4. conject. 4.* Fachin. *9. contr. 96.* & decidit aperte Ulpian. in *l. imperium, ff. de Jurisd.* illis verbis: *Jurisdicatio est etiam Judicis dandi licentia*; super quo textu varie cavillantur Adversarii, ob particulam *Et*, quæ vim relativam habet. At cui refertur? Mihi aperte videtur referri ad id, quod ipsum Jurisdictionis verbum per se, & sine alia explicatione demonstrat, idest Juris dicundi auctoritatem; ut sensus sit, Jurisdicatio est non solum Jus dicere, quod ex ipsa vi verbi constat; sed etiam Judicis dandi licentia.

Ita in eadem *l. imperium* Ulpianus idem: *Mistum imperium est, cui etiam Jurisdicatio inest*; quippe illud *Etiam* relationem habet ad id, quod per se inest in verbo Mistum imperium.

Ea scilicet ratione, quia Jus dicere, & Judicem dare, ad unam; eandemque rem omnino tendunt, & unico actu Prætor Jus dicit, & Judicem dat, ut ex supradictis constat. Quare hæc sunt Jurisdictionis partes, Jus dicere, & Judicem dare: illud tamen inest re ipsa, istud ex interpretatione. Fallitur ergo Sigonius *1. de antiquo Jure Civium Roman. 20.* qui non attendens illud, *Etiam*, ab Ulpiano positum, statuit Jus dicere esse Judicis dandi potestatem habere, atque ei formulam judicandi præscribere. Fallitur ob eandem rationem Viglius, qui pro *Judicis dandi licentia*, legit *Jurisdicundi licentia*, in *§. præterea, num. 7. Institutionibus quibus non est permixtum facere testamentum*; si enim ita legamus, adverbium, *Etiam*, amplius in eo textu locum habere non potest.

Nec contraria obstant. Nam Datio, & Jussio pertinent quidem ad mistum imperium, sed non semper; tunc enim pertinent, cum in cognitionibus extraordinariis adhibentur, ut *bonorum possessionem dabo, l. un. ff. ut ex legibus: Caveri jubebo, aut satisfdari, l. Prætor ait, in princ. §. 1. ff. de damno infecto.* Immo quandoque *Dandi* verbum, neque ad Jurisdictionem, neque ad mistum imperium pertinet, ut est in datione tutoris, *l. muto, §. tutoris, ff. de tutelis.* Et non omnis Jussio actus imperii est; nam & Judices dati possunt jubere caveri Judiciali stipulatione, *l. stipulationum, in princ. ff. de verb. oblig.* & jubere rem restituui, & eam interdum manu militari auferre, *l. qui restituere, ff. de reivind.* nec tamen ob id recte quis dixerint, eos habere mistum imperium, cum nec Jurisdictionem habeant; id enim faciunt propter vim notionis, non propter vim imperii, Bellonus *cap. 8. qu. 23. num. 19.*

In quantum ad textum in *d. l. cum Prætor, §. item hi*, dicimus verba

ba

ba illa *propter vim imperii*, non accipi pro misto imperio, ut vult Cujacius, nec pro mero, quod putat Turamini *loc.cit.* sed pro Jurisdictione, ut in *l.quod jussit*, ff.de re judic.

Ceterum cum apud nōs Præses S.C. judicem causæ assignet, quem Commissarium dicimus, non facile Prætori Romano comparari potest; nam licet Judicem det, non tamen Jus dicit; ut propterea Judex datus, pedaneus non sit, ut qui tam Juris, quam facti notionem habet, ut recte notat Joann. Versteegen. in *dissertat. de Jurisdictione*, num. 24. quid quid repugnet Turam. 1. ep. 8. Formula dandi Judicem apud nos hæc est: *Magnificus V.J.D. D.NN.Regis Consiliarius supplicata recognoscat, partes audiat, provideat, & in S.C. referat.*

De extraordinariis Judiciis.

Q U Æ S T I O II.

PRætor vel Judicem dabat, vel Judicabat ipse. Duarenus quidem in *disp. 53.* Goveanus in *l.eum qui*, n. 6. ff. de Jurisdic. Cujacius in *l.ve-
ris*, ff. de verb. signif. docent, Prætorem judicare non posse, nisi in *l.2. C.
de pedaneis Judicib.* ibi: *Quod ipsi non possent cognoscere*; id tamen Vul-
tejo *discept.* 1. cum Glossa, accipiendum videtur de impedimento facti,
veluti ob Reipublicæ occupationes, ob causarum multitudinem, ut ipse
textus in sequentibus explicat. Sequitur Donellus 17. *comm. 6. 7. & 21.*
Eguin. 1. *var. 99.* Eduardus pro Eguinario adv. Goveanum *lib. 2.* qui om-
nes volunt, id quidem Prætores non consuevisse, potuisse tamen, ex
verbis Ciceronis ad *Q. Fratrem*: *Quid? Prætor solet ne judicare deberi?*
[Vide Fabrum de *variis solutionibus*, cap. 7. num. 48. & seq.]

Verum distinguere oportet; nam si de ordinariis Judiciis sermo sit,
utique Prætor judicare non potest; aliter se ipsum Prætor Judicem dare
posset, contra textum in *l. ult. ff. de officio Prætoris*, *l. Præses*, ff. de officio
Præsidis, *l. Prætor*, ff. de tutor. & curat. Hinc est, quod Claudius Cæsar
apud Suetonium in *vita cap. 15.* negat quandam causam suæ cognitionis
esse, sed Juris ordinarii. E contrario si judicia sunt extra ordinem, ipse
Prætor, vel Magistratus, sine formula judicat, quo casu prohibentur a se
causam rejicere in Judicem pedaneum, *d. l. 2. C. de pedan. Judicib.* scilicet,
nisi ex justa causa id faciant, veluti ob Reipublicæ occupationes, ob cau-
sarum multitudinem, ut ibidem dicitur.

Et juxta hanc distinctionem explicandus est Ulpianus in *l. quidam
consulabant*, §. 1. ff. de re judic. ibi: *Prætor, vel Consul Jus dixerit,
sententiamve protulerit.* Ubi & Jus dicere, & judicare, Magistratui con-
ceditur, nempe ut in ordinariis Judiciis Jus dicat, non judicet, in ex-
traordinariis e contrario judicet, non Jus dicat. Eodem modo expli-
candus

candus est Cicero 3. *de legibus*, cum ait: *Juris disceptator, qui privata Judicet, judicareive jubeat, Prætor esto*: quibus verbis omnem Prætoris notionem in civilibus causis complexus est. Et ita demum explicandæ sunt leges omnes, quæ de cognitione, vel sententia Prætoris, aut alterius Magistratus loquuntur, *l. si Prætor in princ. & §. 1. ff. de Judiciis, l. voluit, §. ult. ff. de inst. a. l. judicata, in princ. ff. de exceptione rei judicate, l. si cui legatum, ff. de conditionib. & demonstr.*

Ceterum causæ, quæ ordinariæ sint, quæve extra ordinem, in numero sunt. Non negamus tamen, interdum in arbitrio Magistratus esse, vel Judicare, vel Judicem dare. Exemplum est in specie *l. sæpe cum seq. ff. de offic. Præsidis*, cum scilicet Princeps rescribendo, remittit litigatorem ad Præsidem, his verbis, *Eum, qui Provincia præest, adire potes*: non enim censetur Magistratui injecta necessitas judicandi, sed potius in arbitrio ejus remissum, utrum Judicet ipse, an Judicem det, Bellonus *cap. 1. qu. 2. num. 24.*

Sec hic tria notanda. I. Prætores, Præsidesve, ubi judicat, loco Judicis haberi: ob quam rem *Majores judices* appellantur in *l. non distinguemus, §. de liberali, ff. de arbitris*. Et ipse Prætor *Maximus Judex* est in *l. ult. C. ubi causa status*. At simpliciter *Judex* vocatur in *l. in fideicommissi, ff. de usuris*. Proinde eo casu neque Jus dicit, neque dicere potest.

II. Cum Prætor de Judiciis extra ordinem loquitur in Edicto, non dicere *Actionem dabo, Judicium dabo*, ut in Judiciis ordinariis, sed *Animadvertam*, ut in *l. 1. §. 1. ff. de minoribus*, ibi: *Quod cum minore, quam 25. annis natu, gestum esse dicetur, uti quaque res erit, ei cum causa cognitione animadvertam; & in litem apud Labonem, §. ait Prætor, ff. ibi: Ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaque res erit, animadvertam.*

III. Hæc Judicia appellari cognitiones extraordinarias in *tit. ff. de extraordinariis cognitionibus*: ideo additur *extraordinarios*, quia Judex datus in causis ordinariis etiam *Cognitionem* dicitur habere, ut videtur accipiendus textus in *l. notionem, ff. de verb. signif.* Verum Salmasius *de modo usurarum, pag. 111. cum seq.* existimat, *Cognitionem* per se nunquam dici, nisi de extraordinario judicio, *l. 3. ff. de crim. stell. l. 2. ff. de crim. expil. hereditatis*, ex Suet. in *Claudio, cap. 15.* ubi *cognitio* opponitur *Juri ordinario*; & Callistratus suos libros simpliciter *Cognitionum* inscripsit, ut patet ex inscriptione *l. 5. ff. de extr. cogn.*

Enumerandæ modo hic sunt ex inter extraordinarias cognitiones, quæ præcipue, & nobiliores sunt.

I. In fideicommissis, quorum persecutiones sunt extraordinariæ, *l. pecunia 178. §. persecutionis, ff. de verb. signif.* Horum cognitio Romæ Prætorum erat, qui specialiter dicebantur *Prætores Fideicommissarii*, quos duos D. Claudius constituit, sed unum Titus detraxit, *l. 2. §. deinde Cornelius, ff. de orig. Juris*. Hæc vera sunt nonnisi de minoris summæ fideicommissis;

commisſis; majorum enim cognitionem ſibi vindicabant Conſules, ut monet Cujacius 2. *obſ.* 34. ex Quintiliano 3. *Inſtitut. cap.* 6. *Non debes, inquit, apud Prætorē petere fideicommiſſum, ſed apud Conſules: major enim prætoris Jurisdictione ſumma eſt.* Et huc referenda ſunt verba textus in *l. cum quidam, §. 1. ff. de Jurisdictione: Quoti de quantitate ad Jurisdictionem pertinente quaſitur, ſemper quantum petatur, quarendum eſt, non quantum debeat.* Quæ deſumpta ſunt ex Ulpiano *lib.* 6. *fideicommiſſorum.* In Provinciis cognitio erat Præſidis, *ſi res obligata, ff. de leg.* 1. ubi cum dicitur, fideicommiſſum præſtari per Jurisdictionem Præſidis Provinciæ, id ideo factum eſt, quia quæ miſti imperii ſunt, Jurisdictionis etiam ſunt, non quidem ſimplicis, ſed miſtæ, ut ſupra monuimus.

Fideicommiſſorum perſecutionem eſſe arbitriariam conſtat ex *l. in fideic. ff. de uſur.* ubi præterea Prætor Fideicommiſſarius ſimpliciter Judex dicitur. Ibi ergo Papinianus monet, in eo Judicio duas intervenire ſententias, quarum prior ſtrictius Arbitrium dicitur ex *§. præterea quaſdam, Inſtitutionib. de actionib.* At a Papiniano ambæ indiſtincte vocantur ſententia. Primo Judex jubet fideicommiſſum reſtitui. Si heres abnuſit, ſequitur condemnatio una cum pœnis, veluti ejus, quod intereſt, vel quanti in litem juratum fuerit, Accuſius in *d. §. præterea quaſdam, v. ex arbitria.*

II. In cauſis ſtatus, quibus Prætor liberalis præerat, *l. 1. C. ſi mancipium ita venerit, l. 1. C. cit. tit. l. 2. C. de pedaneis Judicibus, l. non diſtinguamus, §. de liberali, ff. de arbitris*, ad diſtinctionem ſcilicet Arbitri, & Judicis pedanei. A cauſis ſtatus non multum abſunt cauſæ patris poteſtatis, quæ propterea & ipſæ extra ordinem cognoscebantur, *l. 1. §. 1. ff. de reivind. Hotomann. 7. obſ. 4. Donell. 17. comm. 22.*

III. Judicium ſuſpecti tutoris extra ordinem Prætorum, & Præſidum eſt, *l. 1. §. damus, ff. de ſuſpectis tutor. §. 1. Inſtitut. cod. l. 1. §. ſuſpecti, ff. ad Tarpil.* Prædia quoque minorum alienari nequeunt, niſi decreto Prætoris Conſtantiniani, *l. ult. C. de prædiis minorum.* Qui erat unus ex Prætoribus Urbis Conſtantinopolitanae, de quibus vide Cujacium 7. *obſ.* 23.

IV. Cognitio extra ordinem eſt de mercedibus Profeſſorum. Profeſſores ſunt, qui in liberalibus ſtudiis Juvenes inſtituunt; quæ ſtudia & animam alunt, & anima medicina ſunt: ſapienter ſane ab Aegyptiis factum, cum in frontiſpicio Bibliothecæ inſcribebant, *ἰατροὶν ποῦντες*. Ex his motus Ulpianus, medicis, & nutricibus etiam extra ordinem pro mercedibus, & nutriciis Jus dici debere ſtatuit, *l. 1. in princ. & §. medicorum, & §. ad nutricia, ff. de extraord. cognitionib.* Hinc factum eſt, ut ſi cui alimenta in teſtamento, aut codicillis relictæ ſint, nequeat alimentarius ita tranſigere, ut contentus præſente ſit, niſi Prætoris, aut Præſidis auctoritate fiat, ex oratione D. Marci, de qua re late in *l. 8. ff. de tranſact. & in l. de alimentis, C. cit. tit.* Factum quoque eſt, ut filioſfamilias, qui viaticum ſutum munus dedit, cum ſtudiorum cauſa Romæ ageret, extraordinario judicio ſubveniat, *l. cum filioſfamilias, ff. de rebus creditis.*

Quod attinet ad Juris Professores, meminimus olim, quicumque his studiis operam erant navaturi, sacramento se abstrinxisse Professore, ut milites sacramento se obstringebant Duci; quo in sacramento honorarium sponte Professore offerebant: quod deinde si non præstabant, perjurii quidem ipsi erant, vetitum tamen erat Professore petere; est enim res Sanctissima civilis sapientia, quæ pretio nummario non est æstimanda, nec dehonestanda, ut verba sunt Ulpiani in *d.l.1. §.proinde.* Verum dein ab Antonino Pio statutum est, Juris studiosos salaria petere posse, *l.Divus, ff.cit.tit.*

Petebantur etiam mercedes coram Tribuno, Juvenalis: *Rara quidem merces, quæ cognitione Tribuni non cgeat.*

V. Causæ de ventre inspiciendo, custodiendique partu, ad Prætorem pertinent, *l.1. cum seqq. ff.de ventre inspic.* Sunt & aliæ causæ, quarum cognitio extraordinaria est, de quibus videndum est in *d.tit.de extraordinariis cognitionibus*, ubi in *l.5.* ad quatuor genera reducuntur; aut enim Magistratus de muneribus, & honoribus extra ordinem cognoscebant, aut de re pecuniaria, aut de fama & existimatione, aut denique de crimine capitali. Verum ex his duo tantum ad præsentem materiam pertinent, ubi de causis privatis agimus, de re pecuniaria, & de existimatione; reliqua enim duo publicas causas respiciunt.

Ceterum hodie, quia mos ille vetus dandorum Judicium abolitus est, *l.2. C.de ped.Judicib.* & omnis formularum conceptio sublata, *l.1. C.de formulis, & impetrationib.action.sublatis*; omnia proinde Judicia, omnesque cognitiones factæ sunt extraordinariæ, *§. ult. Institutionibus de interdiktis, §.1. Institutionib. de successionib.sublatis.*

De Mistio imperio.

Quæstio III.

Interdum Prætor non modo non judicabat ipse, verum nec Jus dicebat simpliciter, sed miscendo Jurisdictionem cum Imperio exercebatur. Nam Mistum Imperium est, cui etiam Jurisdictio inest, ut Ulpianus in *d.l. imperium* definit, idest, præter imperium, cohæret ei Jurisdictio. Imperium principaliter consistit in dando & addicendo, Jurisdictio in decernendo quid justum sit, quidve injustum. Et cum hæc copulantur, mistum imperium est, ad quod referuntur duo ea verba, *Do, & Ad dico.* Minus principaliter ad mistum imperium refertur Jussio, aut Vetiatio; nam aliquando Prætor alterutrum facit, ut *Vim fieri veto, l.un. ff. de glande legenda*; vel *Exhibeas, restituas, l.1. ff. de libero homine exhib. l.1. ff. quod vi aut clam.* Ita ad idem imperium refertur coercitio,

tio, & executio Edicti, de quibus mox patebit.

I. *Do.* Hinc successoribus bonorum possessionem dare, misti imperii est, ut expresse habetur in *d.l. imperium*. Prætor enim cum bonorum possessionem decernit, Jus dicit: cum vero executioni demandat, imperio utitur. Harmenopolus tamen 1. *Prochiri* 4. *schol.* 1. dare bonorum possessionem Jurisdictionis esse scribit, quem sequuti sunt Goveanus in *d.l. imperium*, num. 34. Longovallius ibidem *par. 3. cap. 2. num. 7. Fab. 4. conject. 4.* aliique, qui textum varie emendare conantur. Sed facile est hoc diffidium tollere; Prætor enim petenti bonorum possessionem decernit, quod Jurisdictionis est: præterea eidem possessionem bonorum tribuit, quod imperii est; illud enim in Jure, hoc in facto & executione consistit. Utriusque rei complexus misti imperii est. Prius illud tantum Harmenopolus respexit, tamen non satis recte. Quoniam ergo datio bonorum possessionis misti imperii est, ideo dabat eam Prætor in Urbe, Præses in Provincia. Vide Cujacium 4. *obs.* 5. At ex Constitutione Constantini in *l. ult. C. qui admitti*, hodie potestas est cujusunque Judicis, etiam Duumvirum, qui sunt in municipibus loco Consulum, ut latius in *d. l. ult.* a nobis explicatum est.

II. *Addico.* Ita debitoris corpus olim ex lege Decemvirali adjudicatum, additumque creditori fuit, ut vinciretur, & si plures creditores essent, inter eos secaretur, verba sunt: *Tertiis nundinis partes secanto: si plus, minusve secaverint, se fraude esto.* Quam diri carminis legem mos publicus repudiavit, vinculorum pœna solum retenta, Quintil. 3. *Instit.* 8. Tertullianus in *Apologetico*, Anton. Augustinus ad *ll. XII. Tab. cap. 38.* late Salmas. *de modo usurarum*, pag. 820. & *seqq.* Erat & Addictio in rebus, cum earum a Magistratu transferebatur dominium. Ita olim erat in cessione in Jure, ubi Prætor bona cedentis addicebat cessionario, Boerius in *Topicis Ciceronis*. Ita hodie est, cum, debitore pignus non reluente, creditor a Principe Jus domini impetrat, *l. ult. §. fin. autem tempore, C. de Jure domini impetrando.*

Hæc Addictio fit Jussu, seu imperio, proinde ad mistum imperium pertinet. Aliud est in adjudicatione, quæ sententia Judicis, seu Arbitri fit; nam id, quod in tribus Judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, alicui adjudicatum est, statim ejus fit, quod adjudicatum est, *§. si familia, cum sequentib. Institutionib. de officio Judicis*, non quidem ex vi sententiæ Judicis, seu Arbitri, sed ex potestate adjudicationis: quæ adjudicatio ex lege XII. Tabularum unus est, ex modis sex acquirendi Jure Quiritium domini, Ulpianus in *Institutionib. 19. de acquisitione rerum*. Et quidem adjudicatio in judicio familiæ erciscundæ, & communi dividundo, fit per arbitrum, cum sint bonæ fidei, *§. actionum Institutionib. de actionib. l. fundus, §. arbiter, ff. fam. ercisc.* At in Judicio finium regundorum, quod stricti Juris est, fit per Judicem, Gloss. in *d. §. actionum, v. communi dividundo*, ubi eam disparitatis rationem red.

reddit, quia in finibus regundis, pars agri mei potest alterius agri domino adjudicari, praestita mihi aestimatione: at in aliis duobus, non mea res, sed communis adjudicatur, *d. si familiae, cum seq.*

Non omnis ergo addictio misti imperii est, sed ea tantum quae fit a Praetore, vel Principe, qui imperium habet, non etiam quae fit a Judice, vel Arbitro, qui eo carent. Ita similiter si jubet cavere Judex, non est misti imperii; at est, si jubet Praetor, *l. jubere caveri, ff. de Jurisdictione.*

Tutoris datio misti imperii esse videtur, cum referatur ad verbum; *Do*; contrarium tamen habet Ulpianus in *l. muto, §. tutoris, ff. de tutelis*, ubi ait: *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis*. Cujus rei rationem reddit, quia tutoris datio non competit more majorum, seu Jure Magistratus, idest non statim ac quis Jurisdictionem, aut mistum imperium habet, habet quoque tutoris dandi potestatem; sed iis tantum competit, quibus specialiter, seu nominatim hoc dedit vel lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps, ut constat ex *tit. Institution. de Attiliano tutore*. Exempli gratia ex constitutione D. Marci data est illi Praetori, qui specialiter *Tutelaris* dictus est, *l. 2. C. quando mulier tutela officio*, Capitolinus in *Marco*. Ejusdem constitutione data est Juridico Alexandriae, *l. 2. ff. de offic. Jur. Alex.*

Hinc fit, tutoris dationem competere etiam iis, qui Magistratus non sunt, si hoc eis specialiter indultum sit; nam competit Legato Proconsulis, *l. 1. §. legatus, ff. de tutoribus*, qui privatus est, non Magistratus, seu, ut dicitur, Ordinarius, quia non est creatus in comitiis, & populi suffragiis, moreque majorum, ut Magistratus populi Romani creari solent, Cujacius in *lib. 1. qq. Papiniani*, ad *l. 1. ff. de offic. ejus*, Petrus Faber in *l. nemo potest, ff. de reg. Juris*. Ita quoque deficiente Magistratu competit Decurionibus, *l. ubi absunt, ff. de tutor. l. decreto, ff. qui petere tutorem*: qui & ipsi Magistratus non sunt, & a Magistratibus distinguuntur, ut in citatis Juribus patet.

Fit etiam, ut tutoris datio mandari non possit, scilicet quia competit iis tantum, quibus nominatim concessa est, *l. nec mandante, ff. de tutorib.*

Objicies I. ex *Accursio* in *d. l. muto, §. Tutoris*, Tutores inviti extra ordinem captis pignoribus, aut multae ditione tutelam injunctam suscipere compelluntur, *l. 1. ff. de admin. tutor.* quae tutoris datio misti imperii est. Verum nihil obstat, quia potestas dandi tutoris a potestate tutoris cogendi distincta est: illa neque Jurisdictionis, nec misti imperii est, haec secus, Wissembachius 7. *disp. 1b. 29.*

Objicies II. ex *§. sed hoc Jure, Institutionib. de Attil. tutore*, ubi tutor a Praetore locundum suam Jurisdictionem creatur: ergo tutoris datio Jurisdictionis est. Sed neque id obstat; non enim dicitur tutorem dari vi Jurisdictionis, sed hoc solum, Praefectum urbi, & Praetorem posse crea-

re tutores; Prætores tantum in urbe, ubi Jurisdictionem habet, Præfectum non in una modo Urbe, sed ubicumque Jurisdictionem habet. Quod ideo dictum est, quia Præfecti Urbi Jurisdictio non in Urbe tantum, sed ad centesimum miliarium extra urbem extenditur, *l. i. §. in actio, ff. de offic. Præfecti urbi*. Præterea quod imperii misti est, Jurisdictionis etiam dici, ut etiam accrescendus est Ulpianus in *l. i. ff. de offic. ejus*, & diximus supra *qu. i.*

III. *Jub. o.* Ita est de Prætoris stipulationibus, quibus Prætor jubet caveri, exempli gratia, de opere demoliendo, si apparuerit justam operis novi denunciationem fuisse, rem pupilli salvam fore, Judicio susti, & alia, de quibus in *l. i. ff. de stipulationibus Prætoris*. Non enim videntur ad mistum imperium pertinere, quia neque verbum *Do*, neque *Aldico* respiciunt; quare omnino Jurisdictionis erunt. Aliud tamen statuit Ulpianus in *l. Jubere, ff. de Jurisdictione*, illis verbis: *Jubere caveri Prætoris stipulatione, imperii magis est, quam Jurisdictionis*; receptum enim est jussionem Prætoris actum etiam imperii esse, *quod jussit, ff. de re judic. ibi: Quod jussit, venitque Prætor, contrario imperio tollere, & remittere potest*. Ergo cum Prætor caveri jubet, magis facit propter vim imperii, quam propter vim Jurisdictionis; magis, inquam, comparative, non elective: quippe elucet vis Jurisdictionis, sed magis imperii, *Curaeus*, & *Cujacius* post *Gloss. in d. l. Jubere*.

Et si autem Judex quoque caveri jubet stipulatione Judiciali, *l. stipulationum §. in princ. ff. de verb. oblig.* veluti si agam pignoratitia actione, Judex caveri jubet, ne rei Jus in aliquo læseris, *l. creditor, ff. de pignoratitia actione*. Jubet etiam, heredem legatario cavere de persequendo servo, qui in fuga sit, & si nactus fuerit, restitutum, *l. . . tamen id neque ad Jurisdictionem, neque ad imperium pertinet, cum Judex utroque careat, l. ait Prætor, in princ. ff. de re judic.* Itaque non omnis Jussus est imperium, sed is tantum, qui sit ab eo, qui imperium habet. Ita *Duerenus*, & *Goveanus* in *d. l. Jubere*.

Neque supradictis obstat *Pomponius* in *d. l. stipulationum*, cum dicit, prætorias stipulationes, & ædilitias, a Jurisdictione venire; nec *Ulpianus* in *l. i. ff. de damno infecto*, ubi Jubere caveri de damno infecto Jurisdictioni Prætoris tribuitur. Nam respondetur, quidquid est misti imperii, dici posse Jurisdictionis, quia cum misto imperio insit Jurisdictio, *d. l. imperium*, recte id, quod misti imperii est, centeri potest Jurisdictionis esse; quippe in compositis insunt simplicia, *Bellonus cap. 8. quæst. 23. sum. 21.* & nos supra *qu. i. in princ.*

Eodem modo statutum est, Jubere possidere, vel rei servandæ causa, scilicet ob damnum infectum, vel causa servandæ dotis, vel legatorum servandorum causa, statutum inquam est, imperii magis esse, quam Jurisdictionis, *d. l. Jubere, l. ea quæ, ff. ad municipalem*.

IV. *Exequor edictum*. Ex hoc capite in integrum restitutio magis im-

imperii est, quam Jurisdictionis, *d.l. ea quæ*, ubi Magistratibus municipibus, idest, Duum viris, non permittitur in integrum restituere, quia id magis imperii est, quam Jurisdictionis, Duumviri autem sine imperio sunt, *l. nec Magistratibus, ff. de injuriis*. Quæ in integrum restitutio executionem edicti respicit, quæ minoribus non ita a Prætore permissa est: *Dabo in integrum restitutionem, l. 1. §. fin. ff. quod falso tutore*. Majoribus vero ita: *In integrum restituam, l. 1. §. 1. ff. ex quibus causis majores*.

Idque verum est inspecto etiam Jure novo Justiniani, qui non mutavit Jus antiquum in alio, præterquam in eo, quod constituit, mandata generali Jurisdictione, in integrum restitutionem transferri, quod olim non erat, *l. ult. vers. sive hoc, C. ubi & apud quem*. Itaque recipi nequeunt Alciatus in *d. l. stipulationum §. num. 17*. Longovallus in *d. l. imperium, num. 126. cum seqq.* Goveanus in *l. 1. nam. 20. ff. de Jurisd.* qui restitutionem in integrum esse simplicis Jurisdictionis opinantur ex *l. 17. §. ult. ff. de minoribus*, ibi: *Et tam Præfæctus Urbi, quam alii Magistratus pro Jurisdictione sua restituere in integrum possunt*. Nam ibi Jurisdictionis nomen generatim acceptum est. Aliter respondet Accursius ibi. Quod si objicias, restitutionem in integrum auxilium extraordinarium dici ex *l. in causa 17. in princ. ff. de minor. l. sed cum ab herede, ff. ad Trebell.* Ergo ad Judicia extra ordinem pertinet, non ad mistum imperium. Respondendum est, auxilium dici extraordinarium non respectu judicii, sed quia novum beneficium est a Prætore impertitum, cum Juris meri actio deest, *d. l. 17*. Eodem sensu quædam bonorum possessiones extraordinariæ dicuntur, & tamen omnes misti imperii sunt, *d. l. imperium*.

V. *Exequor sententiam*; executio enim sententiæ a Judice, vel ab Arbitro latæ, ad Prætorem pertinet, *l. a D. Pio, in princ. ff. de re Judic.* ubi Glossa, Bartolus, & alii communiter, quia fit, vel multam indicendo, *l. sacrilegi, §. ult. ff. ad l. Jul. pecul.* vel pignus capiendo, & distrahendo, *l. 1. & 2. C. de exec. rei judic.* vel retinendo corpus, Paulus *§. sent. 26*. Quæ omnia misti imperii esse mox patebit. Idipsum docuit Duarenus *de Jurisdic. cap. 8*. Cujacius *21. obs. 30*. Verum quamvis pignoris capionem multam, vincula, esse imperii misti fateamur: hæc tamen omnia ab executione sententiæ distincta sunt, quæ nonnisi Jurisdictionis est. Constat id ex *l. 1. §. 1. ff. si quis Jurisdictioni non obtemperaverit*, ubi executio sententiæ contra contumacem manu etiam militari facta, dicitur supremum Jurisdictionis.

De Modica coercitione.

Q U Æ S T I O IV.

Coercitio duplex est, una gravior, quæ est meri imperii, *l. si quid erit, ff. de offic. Procons.* altera modica, quæ ad imperium non merum pertinet, *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus*, idest ad mistum imperium, ut est communis opinio, Duaren. 1. *disp. 53.* Cujac. 21. *obs. 30.* Fab. 4. *conject. 4.* contra Glossam in *d. l. imperium, v. mistum*, & Sigonium 2. *de Judiciis 4.* Hæc etiam simpliciter *Coercitio* dicitur, *l. 2. §. exactis, ff. de orig. Juris, l. 2. ff. de in Jus vocando*. Et est potestas plectendi eos, qui Jus dicenti non obtemperant, *l. 1. §. propter casum, ff. de postul. l. contumacia, in princ. ff. de re judic.* quæ ideo data est Magistratibus, quia sine ea vana & elusoria esset eorum Jurisdictio, *l. ult. §. ult. ff. de officio ejus*.

Hujus plures partes sunt, quæ *Prætoria remedia* dicuntur in *l. 1. §. ex hoc, ff. de ventre insp.* & sunt Multæ dictio, Pœnale Judicium, Pignoris capio, Verbera, Vincula, a Possessione expulsio.

I. Ergo est Multa, seu indictio certæ pecuniæ ad coercendos contumaces, quæ indictio Magistratibus majoribus licita est, ut Prætori, *d. l. 1. §. ex hoc*, & Præfidi, *l. aliud, §. ult. ff. de verb. signif. l. illicitas, §. ult. ff. de offic. Præfidis*. Olim apud Romanos multa suprema indicebatur in ovibus, aut bubus: sed cum hæc non omnia unius essent pretii, ideo ad æqualem multæ punitionem, pro ove indictus est decussis, pro bove centussis, quod L. Aterix tribuit Gellius 11. *N. A. 1.* Tarpejæ Festus, quæ tamen eadem lex est, varie appellata a duobus ejusdem anni Consulibus, a quibus lata est, P. Manutius *de legibus Romanis pag. 90.* Et hoc est, quod voluit Ulpianus in *d. l. aliud, in princ.* cum multæ animadversionem hodie esse pecuniariam ait, nempe quia olim in bubus, & ovibus indicebatur, ut explicat Briss. 1. *selectarum antiquitatum 3.*

II. Datio pœnalis Judicii, quod datur contra eum, qui Jus dicenti non obtemperavit in eo, quod extremum in Jurisdictione est. Exemplum esto. Quidam Judicio reivindicationis pro re mobili conventus, non est passus rem a se vindicari, id est in Jus vocatus, non venit; quo casu Prætor ad defendendam suam Jurisdictionem, manu militari rem abducit, vel aufert a reo, ut etiam fit si condemnatus sententiæ non paruit, *l. qui restituere, ff. de reivind.* Si id reus passus est fieri, non datur contra eum pœnale Judicium, quia licet fuerit inobediens in eo, quod respicit Jurisdictionis initium, non restitit tamen Jusdicenti in eo, quod Jurisdictionis extremum est, ut qui passus est rem duci, seu ferri: Ceterum si & sequentia recusavit, idest rem duci vel ferri repugnavit, tunc non obtemperasse videtur, ut sunt verba Ulpiani in *l. un. §. 1. ff. si quis*

Inſufficienti non obtemperaverit. Quæ ſatis demonſtrant, hoc tantum caſu locum habere pœnale Judicium, ſcilicet, cum quis & ſequentia recuſavit; nam adverbium *tunc* ex ſui natura reſtringit, & coarctat, *lin ſubſtitutione, in fin. ff. de vulg. l. in iis, §. ult. ff. de conditionib. & demonſtrationib. l. Gallus, in princ. ff. de lib. & poſt.* Et ita rectiſſime textum in *d. §. 1.* poſt Bulgarum explicat ibidem Zaſius, Cujac. in *1. & 2. recitatione, At. ciat. 1. parad. §. Duaren. 1. diſp. 50.* Idipſum eſt, ſi non admittatur is, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, ſive ex cauſa damni infecti, ſive ex alia, *l. dies cautioni, §. ſi intra, ff. de damno infecto, l. 1. in princ. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt.*

Objicies ex hac interpretatione ſequi, eam tantum contumaciam coerceri, quæ reſpicit Jurisdictionis finem, non etiam eam, quæ reſpicit initium, vel medium, quod abſurdum eſt, *l. 2. §. 1. ff. ſi quis in Jus vocatus non ierit*. Qua ſola ratione moti Bartolus, Angelus, Alexander, & alii contra Bulgarum diſputarunt.

Facilis tamen reſponſio eſt, contumaciam omnem quandocunque admiſſam coerceri, ſed non ſemper eadem pœna; nam qui initio, vel medio Jurisdictionis non paret, coercetur quidem, ſed aut multa, aut vinculis, aut pignoribus, *l. 1. §. cogenda, ff. de ventre in ſp. d. l. 2. §. 1. ff. ſi quis in Jus vocatus, l. injuriarum, §. ſi quis, ff. de injur.* At pœnali Judicio, quod proponitur in edicto, *Si quis Jus dicenti non obtemperaverit*, non coercetur, niſi is, qui non fecit id, quod extremum in Jurisdictione eſt, *d. l. un. §. 1.*

Hoc Judicium eſt ex Prætoris, *d. l. un. §. non tantum*, & conceditur aſtori non ad id, quod intereſt, ſeu impenſas, ſed quanti ea res eſt, id eſt, ad rei perſecutæ valorem, *d. l. un. §. ult.* Unde differt pœnale Judicium a multa, quia hæc applicatur ſiſco, *l. ult. C. de modo multarum*; pœnale Judicium litigatori, Cujacius, & Duarenus *loris citat.* contra Gloſſam, Bartolum, alioſque, qui docuerunt ex eo edicto duplicem oriri actionem, unam ſiſco, alteram litigatori. Ita ſi non admittatur is, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, non coercetur contumax pignoris capione, aut multæ dictione, ſed actione in factum ex edicto Prætoris, quanti ea res eſt, *d. l. dies cautioni, §. ſi intra, d. l. 1. in princ.*

Quæ diximus in reo, locum quoque habent in aſtore, ſi ſcilicet a reo coram eodem Judice reconventus, condemnatur ad aliquid reo præſtandum, ut in *l. cum Papinianus, C. de ſententiis, & interloc.* nam ſi Jus dicenti non obtemperet in eo, quod eſt extremum Jurisdictionis, coercetur & ipſe pœnali Judicio, *d. l. un. §. non ſolum.*

III. Pignoris capio ex Prætoris edicto deſcendit; quippe duplex hujus cauſa eſt; vel enim capitur ob contumaciam, vel ob executionem rei judicatæ, *l. 2. C. qui potiores in pignore*. Ob contumaciam eſt, quoties aſtor mittitur in poſſeſſionem, vel rei unius, vel rerum omnium ejus, qui Jus dicenti non obtemperat, quo caſu Pignus prætorium contrahi dicitur,

tur, l.3. §.i. ff.de reb.eorum, l.2.in princ. ff.pro herede, l.si postquam, C.ut in possess. legatorum. Ob executionem rei judicatæ: quippe executio sententiæ plerumque fit per pignorum capionem, & distractionem, l.1. & 2. C.de executione rei Judicatæ, l.a D.Pio, §.in venditione, ff. de re judic. l.si pignora, ff.de evictionib. Pignoris capio est imperii, d.l.sacrilegi, §.ult. Quod verum est, si fiat a majore Magistratu, qui imperium habet, non etiam si a minore, puta municipali, qui imperio caret, ut distinxit Alexander in l.dies cautioni, §.si intra, ff.de damno infecto, Jason in l.Jubere, ff.de Jurisd.

IV. A possessione expulsio, & in possessionem missio. Hæc distant in eo, quod in possessionem missio, quæ fit ex primo decreto, non tribuit possessionem, sed tantummodo custodiam, possessione apud eum manente, ut contra Q.Mutium docet Paulus in l.3. §.ult. ff.de acq. poss. At a possessione expulsio fit post secundum decretum, vel ex alia justa causa, cum vera auctori tribuitur possessio, quæ auferitur a reo, qui alioquin prætoriam potestatem, vel etiam militari, cogitur a possessione decedere, l.si quis missus, in princ. ff.ne vis fiat ei, l.1. §.coget, ff.si ventris nomine.

V. Vincula; potest enim Prætor contumaces coercere, jubendo in vincula duci, l.2. ff.de in Jus voc. l.injuriarum, §.si quis, ff.de injuriis. Et licet hæc coercitio meri imperii sit, si fiat ex causa criminali, sive in pœnam, sive ad custodiam, quoad de crimine cognoscatur; tamen cum in contumacem irrogatur ex causa civili, missi imperii est: nam qui corpus retinet, imperio utitur, d.l.sacrilegi, §.ult. ff.ad L.Jul.pecul. Longovallius in l.imperium, num.116. & 169. Eguin. in l.ult. ff.de offic.ejus, Cujac. in l.1. ff. cit. tit. Govean. lib.1. de Jurisd. num.33. Qui carcere clausus est, is non videtur neque vinctus, neque in vinculis esse, nisi corpori ejus vincula sint adhibita, l.verum est, ff.de verb.signif.

VI. Verbera; hæc si gravia sunt, ad merum imperium pertinent: si levia, distinguendum est, ut sint missi imperii, si contumacibus infligantur ex causa civili, §.si vero ignoti, autb. de testib. si ex causa criminali, sunt imperii meri, Bartolus in d.l.imperium, num.11. & ibi Alexander num.27. Salomonius in l.1. in princ. num.15. de ff. officio ejus.

Utrum modica coercitio Magistratibus municipalibus competat.

Q U Æ S T I O V.

Varia Magistratuum genera sunt. Alii enim sunt Majores, qui imperium, sive potestatem habent, l.2. ff. de in Jus vocando, l.nec Magistratibus, ff.de injuriis; ubi nomine potestatis venit imperium merum ex l.imperium, ff.de Jurisdictione: propterea nomine imperii intel-

ligitur mistum; tum quia alioqui frustra in *d. l. nec Magistratibus* disjunctive diceretur, *sine imperio*, aut *sine potestate*; tum etiam quia in *d. l. 2.* imperii exempla hæc adducerentur, coercere, & jubere in carcerem duci, quæ ad mistum imperium sunt referenda, ut in *l. sacrilegi*, §. *ult. ff. ad l. Jul. pecul.* nam proprium meri imperii exemplum est Jus gladii, *d. l. imperium*; tum tertio, quia Prætor urbanus major Magistratus est, & cum imperio, *d. l. 2.* nec tamen in criminosos animadvertere potest; quare si contingat, ut tutor ob factum atrocius in tutela admissum, gravius, quam suspecti infamia, sit puniendus, a Prætoribus, apud quem fuit accusatus, remittitur ad Præfectum urbi, ut pro merito in eum animadvertat, *l. 1. §. solent, ff. de offic. Præfecti urbi*, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. de suspectis tutoribus*, *l. nisi, C. de administr. tutor.* Excepta cognitione de domino a familia occiso, quæ Senatusconsulto Silaniano fuit nominatim tributa Prætori urbano, *l. 1. in princ. vers. et si a familia, ff. de officio ejus*. Ita contra Alexandrum, & Veteres alios, imperium in majore Magistratu accipiunt Corasius 3. *miscell. 6. num. 1.* Goveanus 1. *de Jurisd. num. 4.* Hotomannus in *lexico, v. Magistratus*. Inter majores Magistratus alii habent imperium more, seu Jure Magistratus, ut Urbani: alii lege, ut Provinciales.

Inter majores Magistratus, quidam sunt ordinarii, ut Romæ Prætor, Consul, Præfectus, in Provinciis Proconsul, Præses: quidam extraordinarii, ut Dictator, Interrex, Censor, Manutius *de legibus Romanis*, pag. 144. Vide Bell. *cap. 2. qu. 1.*

Minores Magistratus sunt, qui sine imperio, aut sine potestate sunt, *d. l. nec Magistratibus*, ut Romæ Tribunus plebis, Ædilis curulis, Ædiles Plebeji. In eo genere sunt Duumviri, seu Magistratus Municipales, qui non habent merum imperium, ut constat apud omnes in *d. l. nec Magistratibus*, Corasius 3. *misc. 6.* Nec obstat, quod dicuntur habere fascium potestatem, *l. Duumvirum, C. de decurionib. lib. 10.* nam fasces pro simplici dignitate positæ sunt, ut post Gloss. ibi recte notat Eguin. in *d. l. nec Magistratibus*; constat enim Magistratus municipales nec habuisse lictores, nec fasces, cum hæc sint insignia Magistratuum, *l. Proconsules, ff. de officio Proconsulis*, Briss. 3. *select. 14.* In dubio tamen est, an modicam coercitionem habeant, quæ pars est imperii misti.

His ita positis, quidam docent, Magistratus municipales, sive minores, habere modicam coercitionem, Gloss. Bartol. & alii in *l. un. in princ. ff. si quis judicanti non obtemperaverit*, Cujacius *ibid.* & in *l. 1. ff. de officio ejus*, & *lib. 1. qq. Papin.* Unde orta est illa opinio, Jurisdictionem simplicem non dari, sed eam semper & ubique cum imperio esse conjunctam, Cujacius 4. *obs. 15. & 21. obs. 30.* Eguin. in *l. ult. ff. de officio ejus*.

Ceterum alii iisdem Magistratibus modicam coercitionem negant, post alios Alciatus in *l. stipulationum in princ. num. 23. ff. de verb. oblig.*

Za-

Zalius *syngul. intellectuum*, cap. 10. Anton. August. 3. *emend.* 6. Bellonus cap. 8. *quæst.* 16. Nos hanc quæstionem in plures propositiones distinguemus.

P R O P O S I T I O I.

MULTÆ dictionem Magistratus Municipales non habent more, sed mandatis Principum. Id aperte docet Ulpianus in *l. aliud*, §. ult. *ff. de verb. signif.* ibi: *Magistratus solos, & Præsides Provinciaram, posse multam dicere mandatis permiscum est.* Nam tria sunt genera Magistratum; quidam enim sunt Urbani, quidam Provinciales, & quidam Municipales; illa vero verba, *Præsides Provinciaram*, ad Provinciales referuntur, quippe nomen Præsidis generale est, comprehendens omnes, qui Provinciam regunt, ut Proconsulem, Legatum Cæsaris, l. 1. *ff. de offic. Præsidis.* At illa alia, *Magistratus solos*, nequeunt referri ad Magistratus Urbanos, quidquid Bellonus dicat, quia hi multam dicunt more, ut Eguinarius, Goveanus, & Cujacius ostendunt ex Gellio *lib. 11. cap. 1.* ubi ait: *Quando igitur nunc quoque a Magistratibus Populi Romani more majorum multa dicitur;* tum etiam, quia mandata Principum non ad urbanos Magistratus, sed ad municipales, vel provinciales dirigebantur, l. 3. *ff. de offic. Procons. Auth. de mandatis Principum.*

Ideo autem dicit Ulpianus, *Solos Magistratus*, quia qui in Magistratu non erant, nec etiam mandato Principis, multæ dictionem habebant, l. *defensores*, C. *de defensoribus civitatum*, ubi Imp. de civitatum defensoribus, qui erant in municipibus loco Tribunorum plebis, ajunt, *Nullas infligant multas.* Qui defensores Magistratus non sunt, ut aperte constat ex titulum diversitate in *tit. C. de defensorio. Civit. & tit. C. de Magistratibus municipalibus*, ut recte contra Veteres docent Duarenus in *l. Magistratibus*, *ff. de Jurisd.* Cujac. in *lib. 1. Pauli ad editum*, l. *ea qua*, *ff. ad municipalem.* Ex quo textu in *d. l. defensores* comprobatur nostra propositio; nam si Magistratus municipalis, qui major est defensore, non posset dicere multam; absurde quæsitum esset, an multæ dictio defensori competat, ut argumentatur Cujac. in *l. 1. ff. de offic. ejus*, & in *lib. 1. qq. Papin.*

Excipiendum tamen videtur, si Defensores nuncios suos delinquentes in officio coercere vellent; nam generatim Judicibus omnibus etiam delegatis concessum ab Imperatoribus est, ut nuncios non obsequentes mandatis, vel remove, vel etiam multis afficere, l. 2. *C. de sportulis.* Qui textus tantum de nunciis, de quibus nominatim loquitur, accipiendus est, Corasius in *d. l. Magistratibus num. 7.* Ceterum constat defensores Judices esse, olim quidem de levioribus causis urbanæ, rusticæque plebis, l. 1. & 3. *C. de defensoribus Civitatum*; hodie de omnibus causis pecuniariis usque ad aureos 300. §. *de judicare*, *auth. de defensoribus Civitatum.*

Ve:

Verum quia ex Justiniano in §. *audient*, *auth. cit.* Defensores leviora crimina cognoscere possunt, & castigationi competenti tradere, propterea eis imperium videtur concessum, & multæ dictio.

Ex dictis intelligimus eundem Ulpian. in l. 2. §. *ult. ff. de Judiciis*; cum ait: *His datur multa dicenda Jus, quibus publice Judicium est, & non aliis, nisi hoc specialiter eis permixtum sit.* Nam cum dicit, multæ irrogandæ Jus competere omnibus, quibus publice Judicium est, loquitur de Magistratibus urbanis, qui dicuntur publice Judicium habere, hoc est auctoritate populi Romani; nam id publicum dicitur, quod Populi Romani est, *libera civitatis*, §. *de verb. signif.* Quo sensu publice coerceri crimen dicitur in l. *Lucius Titius*, §. *ult. ff. de evictionib.* Cum vero addit, multæ dictionem habere etiam illos, quibus ea specialiter permixta est, intelligit de Præsidibus, & Magistratibus municipalibus, ex d. l. *aliud*, §. *ult.*

Duumviri suam Jurisdictionem imperio tueri non possunt, quoniam eorum Jurisdictio a lege municipali proficiscitur, vel certe more municipii. Ita lege vel more habent, ut unius personæ vicem gerant, l. *Magistratus*, §. *ad municip.* Et ex lege municipii obtinent potestatem, ut coram ipsis emancipentur filii, etiam ab exteris, l. 1. *C. de emancipationibus liberorum*. At municipium imperio caret, quod solius populi Romani est; quare soli Magistratus Romani dicuntur habere imperium, l. *nec Magistratus*, §. *de injuriis*, l. *et si Prætor*, §. *de offic. ejus*, l. *sed et si*, §. *hæc clausula*, §. *ex quibus causis major*. Ergo Duumvirum Jurisdictio sine imperio est.

Obstat tamen, quia qui habet Jurisdictionem habet & ea, sine quibus nulla & inutilis Jurisdictio est, l. 2. §. *de Jurisd.* Sed sine modica coercitione Jurisdictio nulla & inutilis est, l. *ult. §. ult. ff. de officio ejus*. Debet ergo Magistratus municipalis habere modicam coercitionem, & in consequens mistum imperium, quoniam modica coercitio misti imperii est, d. l. *ult. §. ult.*

Quæ difficultas varie DD. exercuit. Eguin. in d. l. *un. ff. si quis Jus dicenti non obtemperav.* putat, a Duumviris Præsidis auctoritatem esse implorandam; quæ responsio difficultatem non solvit: quippe hæc modo Duumvirum Jurisdictio adhuc est sine modica coercitione. Corasius in l. *Magistratus*, num. 7. §. *de Jurisdictione* duplicem distinguit coercitionem, unam quæ sit imperium mixtum, Jurisdictioni cohærens, sed ab ea distinctum: alteram, quæ sit pars Jurisdictionis, & hanc in pignoris capione consistere, quam Duumviri habent ex lege, ut testatur Ulp. in l. *quemadmodum*, §. *Magistratus*, §. *ad l. Aquil.* id est ex lege municipii, quæ pignoris capionem fecit partem Jurisdictionis, non etiam partem imperii, quia municipium potest impertiri Jurisdictionem, l. *Magistratus*, §. *ad municipale*, l. 1. *C. de emancipatione liberorum*: at non potest tribuere imperium, quod solius Populi Romani est. Hac igitur coercitione Duum-

viri

iri suam Jurisdictionem tuentur. Sequitur Bell. cap. 8. q. 16. num. 68.

Progressu temporis fuerunt deinde Duumviris nonnulla concessa ; quæ misti imperii sunt, vel edicto Prætoris, vel mandatis Principum.

P R O P O S I T I O II.

POEnale Judicium Magistratibus municipalibus non competit, ut scribit Ulpianus in *l. un. in princ. ff. si quis Jus dicenti non obtemperaverit*, his verbis: *Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum Jus potestatis suæ concessum, Jurisdictionem suam descendere pœnali Judicio*. Quibus verbis dationem pœnalis Judicii Magistratibus Urbanis, & Provincialibus, ex Prætoris edicto concessam testatur, non item Magistratibus municipalibus. Quæ apertissima sunt; quorum vim Adversarii ut effugiant, pro eo, quod legitur, *Non tamen Duumviris*, ut habent meliores libri, & Pandectæ Florentinæ, reponunt, *Non tantum Duumviris*, cujus lectionis meminit Glossa ibidem. Quæ tamen lectio inepta est; significaret enim minus esse dubitationis in Duumviris, quam in aliis Magistratibus; cum tamen e contrario certum sit, minus subesse dubitationis in Magistratibus Populi Romani, & in Provincialibus, quam in Duumviris, quia illi plus Juris, quam isti, habent, ut notant Bart. Castr. Alex. & Jas. in *d. l. un.*

P R O P O S I T I O III.

MAgistratus municipales pignus capere possunt, Longovallius in *d. l. imperiam, num. 176*. Cujacius in *l. 1. ff. de offic. ejus*. Et docet Ulpianus in *l. quæmodomodum, §. Magistratus, ff. ad l. Aquiliam*, ubi Duumviri dicuntur aliquando ex lege pignus capere, aliquando per errorem non ex lege; qui textus varie a Doctoribus exponitur: sed certe recta explicatio desumenda est ex eodem U. p. in *l. dies cautioni, §. si intra, ff. de damno infecto*, ubi Duumviris contra non caventem de damno infecto (nam jubere caveri hic ob periculosam dilationem Duumviris Prætor permisit, quamvis misti imperii sit, *l. 1. ff. cit. tit.*) licitum est mittere in possessionem ex primo decreto, quod pignus Prætorium est: at si idem missum non admittat, captis pignoribus a Duumviris coerceri non potest, ut nec a Prætore, nec a Præside; sed contra eum datur in factum actio. Illo ergo casu Duumviri pignus capient ex lege, isto non ex lege.

Itaque cum pignus ex lege capi a Magistratibus potest, utique a Duumviris recte etiam capietur, si ob contumaciam capitur, si in executionem rei judicatæ, *d. §. Magistratus, l. 3 §. 1. ff. de reb. eorum*, Longovall. *loc. cit.* Bellonus cap. 8. q. 16. n. 68. qui id intelligit ex lege municipalibus, ex qua Duumviri Jurisdictionem habent, Eguin. de lege contractus lib. 1. variar. qq. pag. 36.

P R O P O S I T I O IV.

M Agistratus municipales non habent prehensionem, neque vinculis coercere possunt; nam qui tale Jus habent, nequeunt sine fraude in Jus vocari, l.2. ff. de in Jus vocando, ubi Ulpianus ait: *In Jus vocari non oporteat Magistratus, qui possunt jubere in carcerem duci.* Et hi erant Magistratus majores, l. nec Magistratus, ff. de injuriis, l. sed et si, §. hæc clausula, ff. ex quibus causis majores, l. qui accusare, §. alii, ff. de accusationibus, l. si reus, ff. judicatum solvi, Gellius lib. 13. cap. 13. Quod ideo factum est, quia si reus protinus & sine mora actorem in Jus vocantem non esset sequutus, potest actor in eum manus injicere, & eum rapere, invitumque trahere in Jus, obtorto collo, l. si vero, §. ult. ff. qui satisfacti cog. l. si quis instituatur, §. ult. ff. de hered. instit. & ex tit. ff. ne quis eum, qui in Jus vocatus est, vi eximat. Plautus in Penulo.

Priusquam obtorto collo ad Prætores trahor.

At Magistratus minores, ut sunt Duumviri, in Jus possunt vocari, d. l. nec Magistratus, etiam si Quæstor Populi Romani sit, Gellius loc. cit. Unde fit, ut prehensionem non habeant.

Excipimus tamen in servo, quem Duumviri ex justa causa, veluti ob fugam, possunt in vincula conjicere: quod etiam liminarchis, & stationariis licet, l. si quis uxori, §. fugitivum, ff. de furtis, l. liminarchæ, ff. de servis fugitivis. Imo defensores Civitatis in quoscunque criminum reos hanc potestatem conjiciendi in vincula habent, dum non suo nomine, sed Præsidis faciant, mox ad Præsidem transmissuri; ne dum Præsidis Jussus alibi commorantis expectatur, reus in tutum se recipiat, l. defensores, C. de defens. Civit. ant. b. cit. tit.

Hinc Magistratus, qui vocationem & prehensionem habebant, ut Consules, Prætores, Præfecti, Præsides, iidem habebant & Accensum, & Lictorem, illum ad vocationem, hunc ad prehensionem. Qui vero non vocationem, sed prehensionem, ut Tribuni plebis, hi non habebant Accensum, sed Lictorem. Qui denique nec vocationem habebant, nec prehensionem, ut Quæstores, & Aediles, utroque carebant. Vide Gellium lib. 13. cap. 12. & seq. Sigonium de antiquo Jure Provinc. 15. Alciatum in l. imperium, num. 22. Cujac. 21. obs. 30.

P R O P O S I T I O V.

Duumviri verberibus inobedientes coercere non possunt; possunt tamen servum, qui eis resistat. Utrumque constat ex l. quemadmodum, §. Magistratus, in fine, ff. ad l. Aquiliam, ubi Magistratus municipales in resistentem servum possunt quid violentius facere; quæ verba explicantur in l. apud Labeonem, §. adjicitur, ff. de injuriis, ubi Magistratus

gistratus municipalis servum, honorem ornamentaque petulanter attentantem, loris cedere, & rumpere potest. Pro ornamentis intelligit prætextam, qua utebantur, Livio teste.

P R O P O S I T I O V I.

EXpulsio a possessione licita non est Magistratibus municipalibus, nec etiam in causa damni infecti, quia ex ea causa Prætor sibi Jurisdictionem reservavit, *l. dies cautioni, §. si forte, ff. de damno infecto.*

C O R O B O R A R I A.

EX hætenus dictis plura colliguntur. I. Magistratus municipales habere non omnia, sed aliqua, quæ missi imperii sunt, quæque ipsi specialiter concessa sunt. Ita ex lege Constantini eis permessa est datio bonorum possessionis, *l. ult. C. qui admitti.* Ex edicto Prætoris jubere cavere in causa damni infecti, *l. 1. ff. de damno infecto.* Ex eodem edicto conceditur missio in possessionem causa pignoris, *l. dies cautioni, §. si infra, ff. cit. tit.* imo omnis capio pignoris lege permessa est, *l. quemadmodum, §. Magistratus, ff. ad l. Aquiliam.* Ita quoque multæ dictio ex mandatis Principum, *l. alius, §. ult. ff. de verb. signif.* In reliquis locum habere regulam textus in *l. ea quæ 26. ff. ad munic.* nempe, quæ magis imperii sunt, quam Jurisdictionis, ea Magistratus municipalis facere non potest.

II. Colligitur intellectus textus in *l. nec Magistratibus, ff. de injuriis*, ubi Magistratus minores sunt, qui nec potestatem, nec imperium habent; intelligi enim id debet respectu originis, quoties scilicet Magistratus, cum primum constitutus fuit, nil nisi unam Jurisdictionem habuit; quamvis progressu temporis ex speciali concessione nonnulla, quæ imperii missi sunt, acceperit, quoties Magistratus generali imperio caret, seu caret Jure Magistratus, licet aliquando ex speciali concessione imperio possit uti. Nam Magistratus municipales in quibusdam missum imperium ex lege obtinent, quia tamen id in omnibus non habent, ideo minores adhuc Magistratus sunt, & Imperio carere dicuntur. Ita Prætor urbanusmero imperio caret, quamvis ex Senatusconsulto Siliano ei tributa sit animadversio in familiam, quæ dominum occidit, *l. 1. in princ. ff. de officio ejus.*

III. Missum imperium, quod Magistratibus urbanis, & ad eorum imitationem, Provincialibus competit more, seu Jure Magistratus, id Duumviris non nisi lege competit, seu quia id specialiter, & nominatim eis concessum est; de qua tamen re latius infra.

IV. Intelligentia textus in *l. Magistratibus, ff. de Jurisd.* cum Ulpianus ait: *Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet,*

cor, modica autem castigatio eis non est deneganda. Nam alii hinc concludunt, Duumviris modicam coercionem, quæ Jurisdictioni cohæret, contra contumaces in causis civilibus permitti. Alii ab Ulpiano sermonem haberi de causis criminalibus, prorsus ut Duumviri queant de criminibus levioribus cognoscere, *Cast. in l. un. in princ. 5. ff. si quis Jus dicenti non obtemper.* Alii tandem modicam castigationem Duumviris non licere, nisi in servos, de quibus nominatim Ulpianus loquitur. Ita Bel-lonus *cap. 8. qu. 16. num. 62.* Quæ sententia verior est; nam facilius per-mittitur potestas coercendi servos, quam liberos homines. Ita Duumviri servos vinculis coercere possunt, & verberibus afficere, ut diximus; nec mirum, nam servorum coercitio quandoque etiam privatis permittitur; nam & servum, qui publicam viam effodiat, cuilibet obvio castigandi Jus est: at homo liber ex hac causa non a privato castigari, sed ædilibus tantum demonstrari debet, *l. ædiles, §. curent, ff. de via publica.*

Itaque in causis criminalibus nec etiam levibus, cum de homine li-bero agitur, ullam Duumviri coercionem habent. Nec obstat, eam habere Defensores Civitatis, qui minores Duumviris sunt, *§. audient, aurb. de defens. Civit.* Nam respondetur, non esse novum in Jure nostro, coercionem in causis criminalibus quandoque minoribus dignitatibus committi. Quod clare ostendit Ulpian. in *l. aliud, §. ult. ff. de verb. signif.* cum dixisset, Magistratus solos, & Præsides Provinciarum, posse manda-tis multam dicere, tam addit: *Pœnam autem unusquisque irrogare potest, cui hujus criminis, sive delicti, executio competit.*

Utrum detur Jurisdictio simplex, & sine imperio.

Q U Æ S T I O VI.

Sunt, qui docent, nullam dari Jurisdictionem simplicem, sed om-nem esse cum imperio misto conjunctam, propterea quod nequit dari Jurisdictio sine modica coercionem, quæ coercitio est imperium non merum, sive mistum, *l. ult. ff. de officio ejus.* Unde factum volunt, ut quæ Jurisdictionis sunt, dicantur imperii etiam esse; ut ecce interlocu-tio est Jurisdictionis, & tamen imperium appellatur, *l. quod Jussit, ff. de re judicata:* & contra quæ imperii sunt, dicantur etiam Jurisdictionis esse, ut in *quæst. 1.* diximus. Ita sensere Veteres quidam, de quibus me-minit Glossa in *d. l. imperium.* Sequuti sunt Salamonius, & Eguinarius in *l. 1. in princ. ff. de offic. ejus.* Et Cujacius pluribus in locis, præcipue *4. obs. 15. & 21. obs. 30.*

Hæc tamen opinio, utpote Jurisprudentiæ principiis contraria, me-rito rejicitur a Glossa ibidem, Fabro *4. conject. 4.* Fachin. *9. controuv. 96.*

Bel-

Bellon. *cap. 8. qu. 23. a num. 5.* qui omnes simplicem Jurisdictionem ab imperio disjunctam, vel distinctam, dari docent.

Est enim primo disjuncta in Magistratibus minoribus, qui teste Ulpiano sine imperio & potestate sunt, *l. nec Magistratus, ff. de injuriis*; quare in ipsis est Jurisdictio disjuncta ab omni imperio. Exemplum est in Duumviris, qui Jurisdictionem habent, *l. incolæ, ff. ad municip. l. an. in princ. ff. si quis Jusdic. non obtemper.* imperio tamen misto carent, ut jam docuimus.

Est secundo distincta in Magistratibus majoribus, primo ratione propriæ essentiae, cum alia sit Jurisdictionis natura, & definitio, alia imperii. Secundo, ratione exercitii, & actus, quippe Prætor, e.g. cum Jus dicit, quod est Jurisdictionis, non utitur imperio: & contra, cum restituit in integrum, quod est imperii, non utitur Jurisdictione.

Nec obstant contraria; jam enim diximus in questione antecedenti, duplex esse coercionis genus, unum quod ex imperio descendit, alterum quod Jurisdictionis est proprium. Præterea ex abusu vocabulorum Imperii, & Jurisdictionis, nihil colligi posse, constat ex his, quæ diximus *quæst. 1.*

De Mero imperio.

QUESTIO VII.

HActenus de Jure Prætoris in causis pecuniariis, in quibus Jurisdictionis, & Mistum Imperium locum habent. Obtinet præterea Prætor Jus efficiendi nocentes vario pœnarum genere, quod potestas, & merum imperium dicitur; non ideo, quod causæ criminales meræ judicantis voluntati relinquuntur, ut falso putat Alciatus in *l. potestatis, ff. de verb. signif.* quippe etsi Judex multæ dictionem pro arbitrio habeat, pœnæ tamen prosecutio non ab ejus voluntate, sed a legis auctoritate dependet, *l. 1. §. 4. ff. ad Tarpil. l. 15. ff. ad municip. Harm. 6. Prochiri 3.* Sed ideo, quia non cohæret Jurisdictioni, nec ei deservit, ut est de imperio misto: imo ab ea est omnino disjunctum, & per se stat, Eguin. *de Jurisd. pag. 26.* Proximum itaque est, ut de eo agamus.

Et ab Ulpiano definitur: *Est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos homines, l. imperium, ff. de Jurisd.* Quam definitionem multis oppositis difficultatibus DD. evertere conati sunt, quod nullum genus, nullaque in ea differentia cerni possit: item quod cum dicit, *Gladii*, unam, & non omnes animadvertendi species enumeret, ut propterea definitio non æquet definitum, ut videre est apud Waltherum 1. *miscell. 2.* Quæ omnia nullius esse momenti per se in sequentibus patebit.

Dicitur ergo *Potestas*, idest Jus, aut Vis; & in homine triplex est;

vel enim est in patre erga filios, & dicitur Patria potestas, vel Jus patrum: vel in Domino erga servum, & dicitur Jus despoticum: vel in Magistratu erga Cives, & dicitur Imperium, *l. potestatis, ff. de verbor. signific.* Quocirca hic est loco generis, quod mirum est non esse a Doctoribus animadversum. Quod autem potestatis nomen hic explicandum sit pro Vi, seu Jure, constat ex simili, nempe ex definitione patrii Juris, quod definitur *Vis, seu Potestas*: vel, ut legit Theophilus, *Jus, seu Potestas*. Et clarius constat ex *l. cum Prætor, §. item hi, ff. de Judiciis*, ibi: *Propter vim imperii*.

Dicitur *Gladii*, loco differentie. Id tamen varie explicatur. Quidam enim id per figuram dictum volunt pro Justitia punitiva, vel pro qualibet graviore coercitione, licet sanguinis non sit, ut sacrificiorum interdictio in Jure Canonico appellatur gladius Ecclesiasticus, *cap. dilectio, de sententia excomm. in 6.* Ideo ita explicant, ne cogantur fateri, Ulpianum pro multis meri imperii speciebus, unam enumerasse, quasi ceterarum oblitum; octo enim idem Ulpianus enumerat poenarum genera in *l. si quis, §. ult.* juncta *l. aut damnum, in princ. ff. de poenis*; aut enim vitam adimunt, aut servitutem injungunt, aut civitatem auferunt, aut exilium, aut coercitionem corporis continent, aut damnum cum infamia, aut dignitatis depositionem, aut alicujus actus prohibitionem, ut cum Præses advocacionibus interdicat, *l. moris est, ff. cit. lit.* Si autem gladium proprie accipimus, non refertur nisi ad eam speciem, quæ vitam adimit, nec tamen eam omnem exhaurit; nam vita adimitur etiam securi, laqueo, fustibus, aliisque modis, *d. l. aut damnum, §. 1.* Videtur ergo omnino dicendum, gladii nomen in ea definitione positum pro Justitia punitiva.

Hæc tamen explicatio a consuetudine Juris nostri abhorret, in quo semper gladius pro una meri imperii specie ponitur, *l. solet, in princ. ff. de offic. Procons. l. nemo potest, ff. de reg. Juris, l. illicitas, §. qui universas, ff. de offic. Præsidis*. Quare Præses, qui habet Jus gladii, *d. §. universas*, non habet omnem gravem coercitionem: nam neque securi, neque telo, neque laqueo, neque alio modo vitam adimere potest, sed solum gladio, *d. l. aut damnum, §. 1.* ita nec potest in Insulam deportare, sed tantum deportandum adnotat, *l. inter poenas, §. 1. ff. de interdictis*.

Pro difficultate removenda, meminimus, apud Dialecticos inter varias definitionis species, eam quoque extare, quæ Typus appellatur, cum id, quod definimus, exemplo declaramus, ut Victorinus, & Boetius in *Topicis* tradunt, & non desunt exempla in Jure nostro, quorum nonnulla habet Waltherus *loc. cit.* quibus addimus definitionem Actus, qui dicitur Jus agendi jumentum, vel vehiculum; ubi jumentum fit mentio gratia exempli; nam qui Actum habet, agere etiam potest boves, qui non continentur nomine jumentum, sed armenti, *l. boves, ff. de verb. signif. item oves, capras, sues*, licet eis gregis tantum appellatio conveniat,

l. 1.

l. 1. §. fin. ff. de reuind. Itaque definitio Actus Typus est, non Orismus. Eodem modo definitionem meri Imperii Typum esse affirmat. idem Waltherus, ab uno exemplo, eoque nobiliore ductam, nam gladio cingebantur potestates ad hoc imperium signandum, ut de Præfesto Prætorio constat ex Dione, Eguin. *de Jurisd.* pag. 26.

Dicitur *Ad animadvertendum*. Solet verbum istud de summo supplicio usurpari quandoque tamen pro levioribus pœnis accipi posse, ostendit textus in *l. 1. ff. de offic. Præconsulis*, & in *l. 1. §. solent, ff. de offic. Præfetti urbi*, ubi distinguitur inter maiorem seu graviolem animadversionem, & minorem vel leviolem. Ceterum animadversionis nomine non ipsum supplicium venit: aliter carnifex dum homines necat, merum imperium diceretur habere; sed ipsa sententiæ pronuntiatio intelligitur, ex cujus carminibus homo ad supplicium rapitur.

Dicitur *In facinorosos homines*; leges enim ad homines maxime regendos institutæ sunt, aliudque præter homines, ante oculos non habent: hos præmiis donant, hos pœnis afficiunt; quamvis quandoque ob damnatorum odium, eorundemque memoriam abolendam, statuas dejiçiant, ædes solo æquant, ut notat Cicero *pro domo sua*.

Verum etiam in bestias aliquando, male, ut ita dicam, de hominibus meritas, animadversum, memoriæ proditum est: ea scilicet ratione, ut homines intelligant quanto odio digna sint ea delicta, quæ etiam in bestiis damnari solent. Itaque D.O.M. legibus a se latis præcipit, neci tradi pecudem, quæ monstrosa venere hominem experta est, *Levit. cap. 20.* & bovem cornupetam, si hominem occiderit, lapidibus obrui jubet, *Exod. cap. 21.* Quæ pœna non sunt, sed usus domini in bestias, ut ait Hugo Grotius *2. de Jure belli & pacis 21. num. 11.* Hæc exempla sequuti sunt Judices, qui suem, quod puerum vorasset, laqueo suspendebant, Guidon. Papa *qu. 238.* Et qui Villici canes, ob Fratrem Franciscanæ Familiæ discerptum, gladio feriendos damnarunt, inter quos & fuisse testatur Mornacius in *l. 1. ff. si quadrupes pauper*.

Præterea cadaveribus quandoque pœna dicta est, ut si quis doloris impatientia, vel tædio vitæ, sibi mortem conscivit, capite plectitur, *l.* Pœnæ enim non solum infliguntur ad hominem delinquentem emendandum, vel puniendum, cui rei post mortem locus non est, *l. 6. ff. de publ. delictis, l. si pœna, ff. de pœnis, l. 3. cum duab. seqq. C. si reus vel accusator*: sed etiam ad deterrendos alios, *l. ff. de cadaveribus puniendum*, Gellius *15. N. A. 10.*

Quibus merum imperium competat, & quomodo.

Q U Æ S T I O V I I I .

I. **E**Xactis ab Urbe Roma Regibus, Consules constituti sunt duo, penes quos summum Jus uti esset, lege Curiata cautum est, *l. 2. §. exactis, ff. de orig. Juris*, quosque in signum meri imperii præbant lictores cum fascibus, in quibus singulis erat securis ad necem, & virgæ ad verbera. Deinde paulo post summum ipsorum Jus, & regium imperium, lege Valeria a P. Valerio Poplicola lata restrictum est, factumque ut a Consulibus provocatio esset ad populum, & ne Consules injussu populi in caput Civis Romani animadvertere possent, *d. l. 2. §. exactis*, & *§. & quia*. Unde Conss. extra Urbem fasces cum securibus habebant, intra Urbem secures non habebant, Dionys. *l. 5*. Quod & L. Sempronius, quam C. Gracchus rogavit, repetitum, Manutius de *legibus* pag. 133. Itaque si quid admissum erat, quod capital esset, de ea referebatur ad populum, qui quæstionem mandabat Quæstoribus Parricidii, *d. §. & quia*. Hi re quæsitæ, denuo referebant ad populum: nam populus in Comitibus de Capite Civis judicabat, Muretus ad *rub. ff. de offic. ejus*.

Verum si gravius aliquod discrimen Reipublicæ imminere videretur, tum Consulibus summum Jus nominatim Senatusconsulto mandabatur, his verbis: *Dent operam Conss. ne quid Respublica detrimenti capiat*. Ex quo intelligebatur permessa Conss. etiam in caput Civis Romani animadversio, Cicero in *Catilin.* Sigonius *1. de antiquo Jure Civ. Rom. cap. ult.*

Postea pro tergo Civium lata est lex Porcia, Livius *lib. 10*. Valerius ergo fascibus secures detraxit, Porcius etiam virgas.

II. L. Cornelius Sylla Dictator (diminuta populi potestate) quæstiones publicas quatuor Prætoribus commisit, qui cognoscerent de criminibus; veluti de falso, de parricidio, de sicariis, de injuriis, *d. l. 2. §. deinde Cornelius*. Quare Prætori in Urbe duo lictores cum fascibus præbant, in Provincia sex, ut ex Censorino, & Polybio docet Sigonius *loc. cit.* Cum ergo numerus Prætorum ad decem & octo tempore excrevisset, eorum nomina omnia conjiciebantur in urnam, & sorte obveniebat, ut unus urbanus Prætor esset, unus Peregrinus, ita Tutelaris unus, duo fideicommissarii, unus liberalis, Syllani quatuor, unus de pecuniis repetundis, cujus meminit Cic. *1. Verr. in præmio*: atque ita similiter alii, qui Provinciis præessent, Siciliæ, Sardinia, Hispaniæ, Narbonensi, *l. 2. §. . . . ff. de orig. Jur.* De hac sortitione loquitur Pap. in *l. 1. in princ. vers. hujus*, *ff. de offic. ejus*.

Factum est etiam, ut publici Judicii cognitio quibusdam privatis da-

daretur, qui simul cum ipso Prætor cognoscerent, qui Judices Quæstionum dicuntur, *d. l. 1. §. 1. ff. ad l. Corn. de sicur.* Horum pariter nomina conjiciebantur in urnam, ut eorum sortitio, & in rectorum locum subfortitio fieret, Budæus in *l. ult. ff. de Senator.*

III. Merum imperium Romæ extra ordinem de omnibus criminibus cæpit habere Præfectus Urbi, imo extra Urbem ad centesimum miliarium, ex tempore D. Severi epistola ad Fabium Cilonem missa, ex qua habet Jus relegandi, deportandique in Insulam, quam Imperator assignaverit, *l. 1. §. relegandi, ff. de officio Præfecti urbi:* Jus quoque damnandi in metallum, *l. aut damnatum, §. Præfectus, ff. de pænis:* & fustibus verberandi, *d. l. 1. §. cum patronus.*

Sunt tamen quædam crimina, quorum notio non pertinet ad Præfectum Urbi, sed ad alios urbanos Magistratus, ut cognitio de domino a familia occiso, quæ Senatusconsulto Siliano fuit nominatim tributa Prætori urbano, *l. 1. in princ. ff. de officio ejus.* Et cognitio de incendiariis, effraCTORIBUS, furibus, raptoribus, & receptatoribus, quæ a D. Augusto specialiter concessa fuit Præfecto Vigilum; nisi tam atrox, tanque famosa sit persona, ut ad Præfectum Urbi remitti debeat, *l. 3. §. cognoscit, ff. de officio Præfecti Vigilum.*

IV. Sicuti Reges sibi adjungebant Tribunum Celerum, D. Etatores Magistrum Equitum, ita Imp. Præfectum Prætorio, *l. 2. §. populo, ff. de orig. Juris, l. 1. ff. de officio Præfecti Prætorio.* Qui ad merum imperium denotandum, gladio succingebantur sibi ab Imperatore tradito, ut ex Dione supra notavimus. Hi duplici privilegio sunt subnixi, ut Jus habeant extremæ provocationis, & ne a sententiis eorum, minores ætate ab aliis Magistratibus, nisi ab ipsis Præfectis Prætorio, restitui possint, *d. l. 1.*

V. In Provinciis de criminibus extra ordinem cognoscunt Præsides, ex speciali permisso Principum, *l. lege Julia, §. 1. ff. ad l. Juliam pecul.* Et præter eos nemo in Provincia criminum notionem habet; quia non, ut in urbe, ita & in Provincia distincta sunt officia, sed unus idemque Præses, & Præfecti, & Prætoris, reliquorumque Magistratuum partibus, & officio fungitur, *l. si in aliquam, §. fin. ff. de officio Proconsulis, l. de omnibus, & l. seq. ff. de officio Præsidis.*

Hi ergo habent Jus gladii, & Jus damnandi in metallum, *l. illicitas, §. qui universas, ff. cit. tit.* Jus relegandi, *l. relegatorum, §. 1. ff. de interdictis.* Carent tamen Jure deportandi: nam quoties aliquem in Insulam deportandum censent, id adnotare debent, & scribere Imperatori, ut deportet, *l. inter pænas.*

Nec enim verum est, quod quidam opinantur, id intelligi cum Præses non habet Insulam, alias nihil esse impedimento, quominus & ipse deportare possit, Glossa in *d. §. qui universas*, Bartolus in *d. l. relegatorum*, Hotomannus 3. *observ. 12.* Nam si Jus haberet deportandi, & so-

lus

Ius ei defectus Insulæ suæ Jurisdictioni subjectæ ad deportandum obesset, non scriberet Imperatori, ut deportet, sed ut Insulam assignet, ut servatur in Præfecto Urbi, *l.1. §. relegandi, ff. de officio Præfecti urbi*: & servatur in eodem Præsede, cum relegat in Insulam; scribit enim Imperatori, non ut releget, sed ut Insulam assignet, *d. l. relegatorum, §.1.* Præterea si Præses Jus deportandi haberet, sola ejus sententia vim deportationis haberet, & operaretur ut reus statim civitatem amitteret, ut servatur in Præfecto Urbi, *l.2. §.1. ff. de pænis*. Et tamen in contrarium est, quia sola Præsidis sententia non adimit civitatem, priusquam reus sit a Principe deportatus, *l.1. §. deportatus, ff. de leg.3. d. l.2. §.1. ff. de pænis*. Ita post alios Bellonus *cap.8. qu.2. a num.50.*

Objicies, Præses vitam, libertatem adimere potest. Ergo multo magis civitatem.

Respondemus, in iis, quæ nominatim tribuuntur, ut sunt causæ meri imperii, non valere argumentum a majori ad minus; eatenus enim quis habet pænæ irrogandæ potestatem, quatenus lege ei concessum est. Itaque Præses, qui Jus habet gladii, gladio vitam adimat opus est, non securi, non laqueo, *l. aut damnum, §.1. ff. de pænis*. Et licet habeat Jus damnandi in metallum, non ob id recte sibi tribuit Jus deportandi, quod illo Jure minus est: imo nec Jus confiscandi bona, *l. un. C. ne sine Jussu Principis*; quæ lex de Præsidibus est accipienda, uti constat ex *C. T. b.* & monent Petr. Faber in *l. nemo potest, ff. de reg. Juris*, Cujacius in *l.1. ff. de officio ejus*, & in *lib.1. qq. Papin.*

In municipiis Defensores civitatum ex constitutione Justiniani levia solum crimina cognoscunt, competentique castigationi tradere possunt, *§. audient, auth. de defensorib. civit.* Corasius tamen 3. *misc.17. num.10.* non omnem potestatem de criminibus cognoscendis merum imperium esse putat, aitque Defensores civitatum, Duumviros, dum servos coercent, & Præfectos Vigilum, merum imperium non habere, ad quod omnino requiri existimat potestatem vitæ, necisque, ut gladii nomen indicat in *d. l. imperium*. At Joann. Verstegenus *de imperio, num.11.* in contrarium docet, merum imperium ex multis capitibus constare, quæ non omnia conceduntur omnibus; sed pro diversa Magistratuum conditione, modo plenius, modo strictius concessum fuit.

Ex hætenus dictis apparet, merum imperium nulli datum esse more majorum, seu nulli competere Jure Magistratus: sed dari specialiter, & nominatim, vel lege, *l. qui, §. mandatam, ff. de officio ejus, l.2. §. exactis, ff. de orig. Juris*: vel Senatusconsulto, *d. l.1. in princ. ff. de officio ejus*: vel demum constitutione, *l. aut damnum, §. Præfecto, ff. de pænis, l.1. §. a Præfectis, ff. de leg.3. l. inter pænas, §.1. ff. de interdictis.*

Hinc Prætor urbanus, etsi Magistratus sit, & quidem major, *l.2. ff. de in Jus voc.* tamen merum imperium non habet, nec de criminibus cognoscit, sed ad Præfectum Urbi remittit, *l.1. §. solent, ff. de offic. Præf.*

arbi, l. 1. §. ult. l. 2. ff. de susp. tutor. l. nisi, C. de administratione tutorum; nisi in casu domini a familia occisi ex Senatusconsulto Silaniano, ut dictum supra est.

Hinc etiam merum imperium competere privatis etiam potest, si nominatim eis tale Jus datum sit, ut est de Defensoribus Civitatum, qui non Magistratus, sed privati sunt. Et constat ex Ulpiano in *l. aliud*, §. ult. ff. de verb. signif. ubi multæ dictionem, quæ est misti imperii, & competit Jure Magistratus, soli habent Magistratus: Pœnæ vero irrogationem, quæ est meri imperii, & specialiter tribuitur, non habent soli Magistratus, sed omnes, quibus specialiter tributa est, ut eleganter explicat Cujac. in d. l. 1. ff. de officio ejus, & Petr. Faber in d. l. nemo potest, ff. de reg. Juris.

Utrum Magistratus meri imperii habeat tantum exercitium, Jure penes Principem manente.

Q U Æ S T I O IX.

ANceps difficultas est, quæ olim Lotharium, & Azonem exercuit; Lotharius enim contendebat, Magistratum, qui a Principe merum obtinuit imperium, habere unum modo ejus exercitium, Jure apud Principem residente. Contra Azo Magistratum exercitio & jure frui volebat. Henricus V. Imperator Bononiæ in hac controversia electus arbiter, pro Lothario pronunciavit, cui etiam adjudicatus est equus ex sponfione apud sequestrem depositus. Verum hæc Imperatoris decisio pluribus contra Juris rationem visa est; quare nata est cantilena illa: *Lotharius iniquum dixit, & equum abstulit: Azo equum dedit, & equum perdidit*, Gothofredus in l. 5. ff. de Jurisd.

Hæc quæstio imperfecta est in Autographo: & fortasse alia desunt, quæ scribere destinabat Vir doctissimus de hac materia, quæ tamen nunquam scripsit, quia nunquam se præbuit occasio eandem materiam dictandi, ut in epistola ad Lectorem monuimus.



DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

De Edendo,

Ad librum II. C. Titulo I.



Lurimum affinitatis est huic titulo eum antecedentibus. Egerat Justinianus de his, quæ ad statum Reipublicæ pertinent, idest de Sacris, Sacerdotibus, & tandem de Magistratibus, quæ propterea Jus publicum constituunt, l. 1. §. *hujus studii*, ff. de *Justitia*, & *Jure*. Proximum est, ut agat de Jure Privato, & præ omnibus Fori morem in Judiciis, & litibus explanet; quæ tractatio apte connectitur cum variis Magistratum generibus, eorumque officiis; quæ quidem officia in contentiosa Jurisdictione, sive in Judiciorum cognitione, versantur. Et recte ab Editione, non quod inde Judicium sumat initium (sumit enim a litis contestatione) sed quod editio, ut etiam in Jus vocatio, ita præparant Judicium, ut ab eo avelli non possint; editio enim speciem futuræ litis demonstrat, l. *edita*, C. *ead.*

Imo litis nomen bifariam in Jure nostro accipitur. Nam quamvis proprie lis initium capiat a contestatione, ex qua res in Judicium deducta dicitur, l. 1. C. de *litis contestatione*: & ita quod contestationem præcedit, lis non est, sed controversia potius, l. 5. l. *sed et si lege*, §. *si ante*, ff. de *petitione hereditatis*, ibi: *Post litem contestatam omnes incipiunt mala fidei possessores esse, quinimmo post controversiam motam*. Plenius tamen sub litis nomine aliquando venit etiam controversia, ut in Edicto de litigiosis, res, cujus alienatio interdictur, litigiosa esse existimatur, non tantum si lis sit contestata, sed etiam si mota controversia sit, *auth. de litigiosis*, in *princ.* Cujac. 9. *observ.* 21.

Olim hæc omnia precedebat petitio & impetratio actionis a Præto-

re , quas subtulit deinde Constantinus in *l.2. C. de formulis & impetrationibus sublati* . Præcedunt ergo hodie litem dno tantum, editio, & in Jus vocatio . Dubium tamen est , utra ex his duabus alteram præcedat ? Oritur difficultas ex diversa serie , qua tituli in Codice , & in Pandectis concipiuntur ; nam in Codice titulus noster *De edendo* præcedit , & hunc subsequitur *De in Jus vocando* ; quem ordinem Paulus , & Ulpianus in libris ad Edictum sequuti sunt, ut hic Cujacius notat . Quare constat hunc ordinem tenuisse Edictum perpetuum , & fori quoque mos talis fuisse videtur , ut prius actio ederetur , post in Jus vocaretur . Confirmatur ex Terentio in *Adelphis* :

*Quid ? si ego tibi illam nolo vendere ,
Coges me ? Minime . Namque id metui . Neque vendendam censeo ,
Quæ libera est : nam ego illam liberali aspero causa manu :
Nunc vide , utrumvis , argentum accipere , an causam meditari
tuam .*

Delibera hoc , dum ego redeo , leno .

Contrarium tamen suadere videtur ordo , quem Pandectæ tenent ; ubi prius de in Jus vocando, deinde de edendo agitur ; unde habetur , editionem reo non fieri , nisi post vocationem in Jus . Id quoque probat locus Plauti in *Persa* :

*Age , ambula in Jus leno . Quid me in Jus vocas ?
Illic dicam apud Prætorem , sed ego in Jus voco .*

Pro qua difficultate removenda , Duarenus in *ff. hoc tit.* docet , vocationem in Jus præcedere editionem, sed non necessario: potuisse tamen ex actoris arbitrio prius editionem fieri . Sequitur Bellonus *de mandata Jurisdictione* , cap.1. qu.3. a num.17. ad 20. & num.35. At Cujacius hic, illico & eodem tempore actionis fieri editionem, & in Jus vocari.

In foro apud nos utraque sententia recepta est , sed in diversis casibus . Nam cum duplex editio sit , ut dicemus , una actionis , altera instrumentorum , si de priori sermo sit , regulariter editio actionis , & vocatio in Jus eodem tempore, eodemque libello fit ; aliquando tamen reus prius vocatur in Jus , deinde apud Magistrum actorum ei actio editur . At si de posteriore loquamur , editio semper subsequitur vocationem in Jus ; quippe reus , si velit , petit sibi ab actore edi scripturas , vel instrumenta , de quibus in libello mentio facta est , ut in progressu patebit .

Ceterum Edictum Prætoris de edendo duplex fuit . Unum est proxime dictum , in quo Prætor jubet , ab actore edi reo actionem , & instrumenta litis , ut sciat reus utrum cedere , an contendere ultra debeat , *l.1. in princ. ff. eod.* Alterum est , quo jubet argentarios rationes suas cuique edere , ut exhibitis istis causam suam instruat is , ad quem ratio pertinet , *l. argentarius , ff. cit. tit.*

De priori Edicto.

Hujus duæ partes sunt . In prima agitur de editione actionis . Et quia omnis edicti vis in voce *edere* posita est , ideo Ulpianus in *d.l.1. §.1.* vim vocis hujus, quatenus ad actionem attinet , diligenter explanat . Et primo eum actionem edere dicit, qui copiam describendi facit; & ita est apud nos , cum reus per schedulam , sive sola voce a viatore in Jus vocatur , addito ut compareat apud mensam designati actorum Magistri ; nam ibi reus libellum , & descriptam in libello actionem reperit , quam describere , si velit , potest . Idque in causis levioribus , & parvi momenti fieri solitum est . Huc quoque spectat , quod Ulpianus de distatione subdit ; potest enim actor ipse apud mensam reo actionem dictare . Et hoc casu editionem præcedit vocatio in Jus .

II. Edere etiam dicitur, qui actionem in libello comprehensam reo dat . Quod ex more nostri fori , non fit ab actore ipso , sed a viatore : nec datur reo exemplar libelli , quod remanet apud Magistrum actorum , sed exemplum . Et ita vocatio in Jus , & editio eodem tempore fit , ut notavimus .

Ita Ulpianus ex ingenio suo: tum ex ingenio Labeonis addit: *Eum quoque edere , qui producat adversarium suum ad album , & demonstret quid dictaturus sit : vel id dicendo, quo uti velit* . Quæ verba diu , multumque ab Interpretibus vexata sunt . Forcatulus pro *producat* , in *Cupid. Jurisperito cap.17.* legit , *perducat* , ex eodem Ulpiano in *l.si quis , ff.eod.* sed utrovis modo legas , idem sensus manet . Alciatus 2. *disputat. ult.* legit *Adversaria sua* , quod etiam facit 8. *parerg.7.* Sunt autem adversaria Codices tumultuarie & sine ordine memoriæ causa facti, ut postea illa , quæ in eis perscripsimus , in ordinem redigamus . Quæ sane nihil ad rem nostram faciunt . Cujacius 8. *obs.15.* ex Basilicis legit : *Et demonstret ex quo edicto acturus sit* . Quæ lectio quamvis planior sit , in idem tamen cum vulgata recidit .

Placet tamen nihil movendum , ut Wultejus *discept.5.* monet , cum quo dicimus , duo ex Labeone haberi ; primum , eum quoque pro edente esse , qui adversarium suum , idest reum , producit , seu perducit ad Album Prætoris , quod sit in muro descriptum , & ei digito demonstrat , quodnam edictum dictaturus sit , quod metonymicans accipi debet , idest ex quo edicto actionem sit dictaturus . E.g. Agam tecum ex eo edicto , quod est de dolo malo . Erant enim edicta in Albo proposita , & vulgo interpretantur , in gypsato pariete : quod est contrarium Theophilo , qui Edictum Prætoris propositum ait : *λευχοῖς γράμμασι* , *Albis literis* ; constat autem in tabula dealbata non albis , sed nigris literis scribi oportere : quare si literæ erant albæ , falso creditur album Prætoris in dealbato pariete scriptum fuisse; quamvis Cujacius hic

li.

litteras pro clavis accipiat, ut Aristoteli in *Topicis λευκή ρωνή*, vox *alba*, est clara, & quæ facile excipitur.

Deinde Labeo habet pro Edente etiam esse, qui reo dicit, quo edicto uti velit, scilicet non omnino necesse esse reum ad album perducere, demonstrando digito, quo edicto uti velit; sed satis esse, si quocunque loco parti adversæ dicat, & declaret, quodnam sit edictum, cujus vi acturus sit. Et hoc fortasse Labeo subdit, quia jam Jussu Adriani Imperatoris edicta erant libro descripta, qui liber *Edictum perpetuum* appellatus est, & etiam *Adrianum*, Cujacius ad *Digesta Juliani*, initio. Et poterat acturus librum reo proferre, ut ibi inspiceret edictum, quo in agendo uti voluisset.

Unde perperam Rævardus in *libro singulari Protribunalium cap.4.* ex hoc nostro textu colligit, duplex album fuisse, unum edictorum, alterum formularum, seu actionum, cum revera unum fuerit, in quod edicta, & ex eis actiones, sive interdicta erant relata, Wulfejus *loc.cit.*

Verum hodie hæc amplius locum non habent; non enim potest editio actionis fieri sermone nudo, & omnino libellus exigitur, ex *Novella Justiniani de exhibendis reis*. Ceterum latius patet edendi, quam exhibendi verbum: nam eduntur rationes & actiones: at exhibentur rationes, non etiam actiones. Late Cujacius hic in *l.1. §.9. obs.21.*

In altera parte nostri edicti agitur de editione instrumentorum. Ex qua æquitatis ratione edenda est actio, ex eadem Prætor jubet edi instrumenta, vel scripturas alias, de quibus in libello facta mentio est, scilicet, ut ita reus deliberare possit, utrum cedere an ultra contendere debeat, *d.l.1. §.editiones*. Et ita apud nos observatur ex stylo M.C. de quo testatur Foller. ad Marantam *par.6. acta decimo, num.9.* Quapropter si quis agat, ut cessionarius, vel donatarius, utili suo nomine, debet reo petenti instrumentum cessionis, vel donationis edere, Baldus in *l. qui stipendia, in fine, C. de procuratoribus*, licet contrarium senserit in *d. §. editiones*, Decius *conf.301.* Guidon Papa *singul.245.*

Si actor instrumenta, instante reo, non edat, agere nequit. Prætor tamen iis subveniendum censet, qui ob rusticitatem, vel ob ætatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, ob justum scilicet errorem, *d.l.1. §. ult. & §. si quis agens, Institut. de actionib.*

Non est autem opus edere authenticum, cum sit satis exemplum sine die, & consule; nam editio, quæ fit Judici, post litem contestatam, ad probandum, authenticum exigit, *l.2. ff. de fide instrumentorum, l.3. C. de diversis rescriptis*: at ea, quæ fit reo, ut instructior in iudicium veniat, ea solemnitate opus non habet: quippe satis instruitur, quamvis in exemplo dies & consul appositus non sit: præterea verendum est, ne quid falsi fabricetur, prolata die, & consule, *d.l.1. §. editiones*.

Hinc etiam fit, non esse edenda nomina testium, qui instrumento se subsignant, nec edendum tabellionis nomen, qui scripsit, Harm.1.

Pro-

Prochiri 4. Cujacius hic ; tum. quia appositio signatorum , & tabellionis nihil ad instruendum pertinet : & hæc editio solum ad instructionem a Prætoribus jubetur : tum etiam , quia periculum falsi imminet : tum tandem ex *l. non omnibus, ff. de receptis arbitris* , ubi qui non edit nomina testium , in pœnam compromissi non incidit . Quæ sententia verior est , quamvis renitatur Accursius in *d. §. editiones, v. die, & consule, ad finem*.

Verum tamen est , stipulationis instrumentum totum edendum esse : alioqui non videtur edere , *d. l. 1. §. edere* ; aut dolo malo videtur edere , *l. ubi, §. 1. ff. cod.*

Hæc tamen editio cessat , quando instrumenta , & scripturæ apud ipsum reum sunt , Baldus in *l. si legatum, ff. cod.* ubi si legatarius ab herede legatum petat , non jubet Prætor legatarium verba testamenti edere , quia heres solet habere exemplum testamenti . Excipitur tamen in specie a Papiniano proposita in *l. postquam, §. si dies, ff. ut legatorum nomine caveatur* ; nam si dies aut conditio legato adjecta sit , & legatarius satisfactionem ab herede petat , se legatum post diem , vel conditionem soluturum , non aliter auditur , quam si scripturam , qua legatum relictum affirmet , exhibuerit .

Cessat etiam , cum scriptura , de qua in libello mentio fit , affixa per Urbem , vel pro rostris esset ; nam cum eam scire teneatur , ab aliis certior fieri non debet , *l. si quis ex argentariis, §. fin. ff. cod.* Baldus in *l. ius civile, ff. de legib.*

Petes , an instrumenta litis , quæ ad probandum deserviunt , edenda sint ? Et vulgo DD. uno consensu tradunt , ea non edi ; quæ opinio improbat a Cujacio hic ex *d. l. 1. §. edenda* , ubi hæc Ulpianus habet : *Edenda autem sunt omnia, quæ quis apud Judicem editurus est* . Duplex quippe editio fiebat , una in Jure , id est apud Prætorem , & hæc erat ante litem contestatam : altera in Judicio , id est coram Judice per Prætoris dato , & hæc post litem contestatam erat , ut recte Bellonus *loc. cit.* Ex quibus constat prædictum §. ad instrumenta etiam litis pertinere : quandoquidem instrumenta , quæ coram Judice , lite contestata , eduntur , litis instrumenta sunt . At Ulpianus hæc eadem dicit edenda ante contestationem coram Prætoribus . Ergo litis quoque instrumenta edenda sunt .

Roborat hanc opinionem eadem æquitatis ratio , qua & actio & alia instrumenta edenda sunt , scilicet , ut reus veniat instructior ; & ita sane consultius deliberabit , an cedere , an potius ultra contendere debeat . Quæ quidem sententia , si hisce temporibus reciperetur , utilissima esset futura , multique a litibus deterrentur , ut idem Cujacius monet .

Notandum præterea est , ex Primo Edicto actorem edere aliquando etiam post litem contestatam , ex *l. non est novum, C. cod.* Species est . Creditor petit pecuniam ex chirographo , actione si certum petatur de chirographis . Reus dicit se eam pecuniam solvisse , sed non accepisse

apo.

apocam casu majore amisisse, & postulat edi sibi rationes a floris. Uti-
que actor proferre rationes suas compellitur, ut fides veri constare possit.
Vide Cæsarem Costam 1. *ambig.* 22. Hæc certe editio ex Primo edicto
est, & tamen post litem contestatam fit. Quare distinguendum est cum
Cujacio ibidem; nempe, ante litis contestationem actor edit reo instru-
menta litis, quibus scilicet fundatur & constituitur intentio actoris. Post
litem vero contestatam edit reo actor rationes, vel instrumenta, quibus
reus possit probare defensionem suam.

Idipsum est, si agat fiscus, a quo reus petere etiam potest rationes
sibi publicas edi, *l. justum, C. cod. l. 4. C. de fide instr. l. 2. C. de discussio-
nib. lib. 10. l. 2. C. de conven. fisci debitor. lib. 10.* quibus locis ostenditur,
cum, qui intulit annonas, vel tributa fisco debita, & accepit apocham,
ea a missa, posse fidem delationis comprobare ex archiis publicis, atque
adeo posse fiscum compellere, ut eas rationes edat.

De emendatione, & mutatione actionis.

D I S C U S S I O I.

Postquam edita actio est, emendari, & mutari potest, *l. 3. C. cod. ubi*
hæc habentur: *Edita actio speciem futurae litis demonstrat: quam*
emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel
Ius reddentis decernit æquitas. Emendare est, cum retento actionis no-
mine, error tollitur, *l. actorem, ff. de re judicata*: ut si qui plus debi-
to petiit, ne in pœnam plus petentium incidat, justum petat: aut pro
Sticho, qui petitus est actione ex stipulatu, petitur Erotas. Mutare est,
cum priore actione omissa, alia instituitur, vel cum nomen actionis mu-
tatur: ut si actor omisso judicio petitorio, possessorium intentet: vel
omissa via ordinaria agat executiva. Unde fit, ut cum actio mutatur,
vel emendatur, opus sit editione nova, cum nova actio loco prioris sub-
stituatur, Cujacius in *d. l. 3. col. 5.*

Hæc emendatio legitime fit tam in diversum, quam in contrarium.
Et quidem in diversum, si qui egit ex emto ut sibi equus daretur, deinde
comperiat eundem sibi esse legatum, recte aget ex testamento, *l. hujus-
modi, §. qui servum, in fine, ff. de leg. 1. §. si quis agens, Instit. de actionib.*
In contrarium vero, si servus meus damnum tibi dedit, & agam adversus
te in solidum, quasi te sciente damnum datum sit ex *l. 2. ff. de noxalibus*,
donec id judicium agitur, non prohibeor mutare actionem, & quasi te
inscio damnum acceperim, agere ut servum noxæ dedas: vel si prius egi
actione noxali, agere deinde in solidum, *lin. delictis 4. §. ult. ff. cit. tit.*
Quæ actiones contrariæ sunt; nam actio in solidum contraria est actioni
nox ali: in illa, Dominus contra quem agitur, est conscius, in ista est in-
scius.

scijs. Ita quoque ei, qui cœpit vindicare, licitum fit recurrere ad interdictum Uti possidetis, quamvis hæc Judicia contraria sint; nam reivindicatio arguit possessionem esse apud reum: interdictum Uti possidetis arguit e contrario possessionem esse apud actorem, *l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acq. possessione*, ut latius ibi a nobis explicatum est.

Quæritur tamen l. de parte controversiæ, & judicii, in qua emendatio, & mutatio fieri possit. Et quidem Joann. hic usque ad litis contestationem permitti docet. Sequuntur Bart. Bald. cum Fachinzo r1. *contr. 92. & 95. ex textu in lult. C. de plus petitionibus*; ubi qui plus petit, totius debiti causa mulctatur, nisi ante litem contestatam, errorem suum corrigat. Et ex *l. non potest, ff. de judiciis*, ubi dicitur non posse videri deductum in Judicium, quod accidit post Judicium acceptum, & ideo nova instantia opus esse.

Et ratio est, quia cum actio edita emendatur, vel mutatur, opus est editione nova, per quam emendatio, vel mutatio insinuetur adversario, exemplo scilicet prioris editionis, cum posterior priori substituatur. Ergo sicut prior editio litis contestationem præcedit, ita & hæc posterior. Unde fit, ut non debeat mutari, vel emendari actio, nisi ante litis contestationem, ut hic Cujacius monet.

Joanni tamen contrarius fuit Martinus, qui utrumque ad sententiam usque permisit, cui adherent Alciatus, & Donellus tum hic, tum 23. *comm. 9.* Vaconius 6. *declar. 39.* Gonzales in *cap. examinata, num. 10. de causa possessionis.*

Visum est Cujacio utramque sententiam adhibita distinctione ad concordiam revocare, scilicet ut regula sit, ante litis contestationem, non post, mutationem & emendationem licitam; nonnumquam tamen Prætores ex causa permittere utrumque post litem contestatam. Nihilominus verius puto ita distingui, ut licitum sit emendare & mutare usque ad sententiam: Prætori tamen Jus esse ex magna justæ erroris causa permittere etiam post sententiam.

Et quidem hic distinguendum esse inter Jus ordinarium, & arbitrium Prætoris, palam est in nostra *l. 3. ibi: Prout Edicti Perpetui monet auctoritas, vel Jus reddentis decernit æquitas*; nam duo distinguit, legem, five edictum a Salvio Juliano compilatum, & Prætores, seu Judicem, cui ex justa causa legem temperare licet. Nec opus est cum Cujacio legere *Decernit*, quia etiam legendo, *Decernit*, verba satis clara sunt; cum sæpe tempus pro tempore usurpetur. Hæc generatim, nunc partes ambas nostræ distinctionis probemus oportet.

Prior pars est, licitum esse actionem editam emendare, & mutare usque ad sententiam.

Et probatur l. *ex d. si quis aliud, Institutionib. de actionibus*, ubi Justinianus sermonem primo instituit de emendatione, veluti si quis aliud pro alio intendat: tum de mutatione, ut si quis ex testamento si,

bi dari oportere intendat , quod ex stipulatu debetur ; & utroque casu indistincte concludit: *In eodem iudicio cognita, errorem suum corrigere ei permittitur* . Ait in *eodem iudicio*, idest usque ad sententiam , quæ iudicium concludit, *l.4. §. ult. ff. de noxalibus actionibus*, ibi: *Absolutione facta, & finito iudicio*. Et longe aberrat a vero Joann. qui in *eodem iudicio* interpretatur coram eodem iudice , quam interpretationem recte reprehendit Cujacius; qui tamen & ipse labitur, dum in *d. §. si quis aliud*, ait emendationem , & mutationem permissam ex æquitate judicantis : quod omnino gratis affirmatur , neque de hac re ulla in eo textu mentio fit.

II. Ex eadem *l.4. §. ult.* ubi *donec prius iudicium agitur* , licentia est agenti pro solido , si eum pœniteat , ad noxalem causam transire: & e contrario qui cœpit agere de noxali , in *eodem iudicio* agere pro solido non est prohibendus . Secus vero finito iudicio . Qui textus est clarissimus .

III. Ex *l. cum fundum, §. ult. ff. de vi & vi arm.* ubi qui fundum vindicavit , pendente iudicio nihilominus interdicto Unde vi agere potest . Et *pendente iudicio* , idem est , quod *In eodem iudicio* , vel donec prius iudicium agitur ; quidquid Granata , & Fermosinus in *cap. pastoralis, de causa possessionis*, velint , dum interpretantur usque ad conclusionem.

Probatum ultimò ratione , quia Prætoris Edictum de emendatione , & mutatione actionis , ante contestationem necessarium non erat actori , qui poterat ante litem a litigando impune decedere : quamvis deinde id a Justiniano immutatum sit in *auth. qui semel , C. quomodo , & quando iudex* : at eidem necessarium erat post contestationem , ut si litem jam institutam deserat , instante reo , potest cogi ut in lite usque ad sententiam persistat , nisi in Eremodicium incidere velit , *l. ait Prætor*, alias *letfi, §. item in eremodiciis , ff. de minoribus , l. properandum , §. etsi quidem , C. de iudiciis* ; quippe eremodicium est desertio litis contestatæ. ut definit Cujacius in *d. §. etsi quidem* , & Goveanus *l. l. 40. contra Budeum in l. 2. §. vindicias , ff. de orig. Juris* . Cujus pœnæ sunt . I. ut possit iudex disceptare non præsentem actorem ; quod etiam singulariter receptum est in causa appellationis , *l. ult. ff. ad Trebell. l. ult. §. illud , ff. de temporibus appellationum* . II. Ut si facta disceptatione causæ , vincat absens & contumax , reddat omnes sumtus litis victo , contra regulam Juris , quæ vult victum actori condemnari impensarum nomine . Vide in *d. §. etsi quidem* , & in *§. omnem , auth. de litigiofis* . Hinc oriabantur angustie actoris, qui in proponenda actione lapsus est; alterutrum enim non poterat effugere , vel ut prosequendo litem succumberet ob errorem admissum : vel ut eam deserendo , incideret in eremodicium . Huic malo necesse fuit , ut obviam iret Prætoris Edictum, permitta actori emendatione , vel mutatione actionis . Itaque olim solum lite contestata opus actori erat Edicto Prætoris , hodie etiam ante : quapropter eo , ante & post litem contestatam , uti poterit .

Po-

Posterior pars est, Prætori ex magna Justî erroris causa licere, mutationem & emendationem permittere etiam post sententiam, etiam finito Judicio. Id palam fit ex Juliano in *l. hujusmodi*, §. *qui servum in fine*, ff. *de leg. 1.* Species est, legatus est mihi Stichus, & ego inscius legatî, eundem hominem ab herede emi, & pretium dedi. Deinde herede moras nectente, nes tradente Stichum, cum herede, eodemque venditore, egi Judicio ex emto. Si judicio peracto comperiam, Stichum mihi fuisse legatum, agere ex testamento possum, alio scilicet judicio, & alia actione. Et heres non aliter absolvitur, quam si pretium restituerit, & hominem meum fecerit. Ceterum quod prius judicium ex emto absolutum & finitum fuerit, cum ex testamento agere cœpi, constat ex illis verbis: *Quod si judicio ex emto actum fuerit*: quæ tempus præteritum demonstrant, & Judicium finitum. Et recte Acc. ibi verba *Et agam ex testamento*, interpretatur, *Alio judicio, & alia actione*. Id autem factum est, quia magna subest Justî erroris causa. Idipsum habetur ex *l. 3. §. ult. ff. quod cum eo*, & *l. habebat*, ff. *de institoria act.*

Nec contraria obstant. Nam textus in *d. l. ult. C. de plas petitionib.*, cum ait, ante litem contestatam, non etiam post, licere libellum mutare, loquitur non de errore, sed de dolo & machinatione. Et species est. Debes mihi centum, ego per dolum & calliditatem extorqueo a te cautionem de ampliore pecunia, puta centum viginti. Deinde ex hac cautione ago tecum. Justinianus duos casus distinguit: aut ante inchoatam litem me pœnitet calliditatis, & confiteor debiti veram quantitatem, nullo dispendio, aut pœna afficior. Aut patior litem contestari, & permanens in malitia arguor de falsâ quantitate; & non solum ea, sed toto debito fraudor. Est ergo casus singularis, cum dolus adest, quo mutatio, vel emendatio libelli non nisi ante contestationem permittitur. Nobis autem sermo est non de dolo, sed de errore. Et ita post alios tradit Osualdus ad Donellum *lib. 22. cap. 9. lit. I.*

II. Textus in *d. l. non potest*, ff. *de Judiciis*, sermonem habet, cum alia res est, quæ accidit post litem contestatam; & fatemur hanc nova instantia opus habere. Et sumendum est exemplum ex *l. Attejus*, alias *Anteus*, in fine, ff. *de aqua pluvia*; ubi si egero aquæ pluvie arcendæ de opere præterito, & post litem contestatam aliud opus fiat: de hoc opere novo necesse erit aliam actionem institui, quoniam alia res est, separata a præsentî judicio, orta de novo post contestationem.

III. Ad rationem a Cujacio productam, fatemur emendata, vel mutata actione, esse opus nova editione, & hanc substitui in locum prioris editionis; at negamus, inde sequi emendationem vel mutationem fieri ante contestationem debere. Ob specialem scilicet rationem, quia hoc auxilio Prætoris non indiget, nisi contestata jam lite, ut expositum jam est.

Supereſt inquirendum de sententia Accursii in nostra *l. 3.* dum docet, hodie ubi reus legitime citatus est, nunquam nec etiam ante contestationem

nem licitam esse mutationem ex *auth. qui semel*, *C. quomodo*, & *quando Judex*, quæ desumpta est ex *§. omnem*, *auth. de litigiosis*, ubi habetur, eum, qui semel actionem inchoavit, & eam edidit, necesse habere usque ad finem litem exercere. Quod tamen nihil nos movet; nam nullus ibi de mutatione aut emendatione sermo est, sed solum de contumacia, ut scilicet litem institutam actor ne deferret: quam utique actor non deferere dicitur, cum actionem mutat, vel emendat: aliter de contumacia damnari posset: quod est falsissimum, ut omnes consensunt.

Hæc de tempore emendationis, & mutationis actionis. Agit etiam hic Accursius de cumulatione, de qua diximus in *l. naturaliter*, *§. nihil commune*, *ff. de acq. poss.*

Quæritur II. quoties actionem mutare, vel emendare liceat? Et non una est Doctorum opinio, de quibus habemus apud Cæsarem Costam *1. ambig. 42*. Placet, ut dicamus, semel tantum licere, ut docuit Baldus in *l. fin. col. 3. C. de Codicillis*. Quod palam fit argumento ex posteriori Prætoris Edicto de edendo in *l. 6. §. Prætor ait*, *ff. eod.* ubi si argentarius iterum sibi edi postulet rationes suas, Prætor ait, se causa cognita, iterum edi jussurum. Quæ clausula deest in priori edicto de edendo, de quo agimus; quapropter ex eo non nisi semel emendare & mutare licebit. Nam si ut iterum posset edi, necesse fuit, ut id nominatim a Prætoris impertiretur, aliter argentario non nisi semel ederetur; consequens est, ut ubi Prætor id nominatim non est impertitus, de unica vice capiatur.

Firmatur id ratione; quia legis dispositio si non aberrat a regulis Juris, non intelligitur de prima vice: secus vero si sola æquitate nitatur, nisi aliter expressum sit, post alios Barbosa in *l. 1. par. 4. num. 140. & seq. ff. sol. matrim.* qui inde docet, patrem, qui ex Juris regula, ad filiam dotandam adstringitur, cogi eandem iterum dotare, si dote amissa, iterum nubat, *auth. quod locum*, *C. de collationibus*: non ita in fratre, qui ex æquitate tantum tenetur, & eapropter ad iterum dotandum non cogetur, & legis dispositio intelligitur de prima vice. Quoniam ergo Jus emendandi, mutandive actionem, ex Prætoris æquitate actori concessa est, *l. 1. in princ. ff. eod.* inde fit, ut non nisi semel tantum liceat.

Neque I. obstat, quod Bolognettus hic objicit, appellare bis licere, ut in *tit. C. ne liceat tertio provocare*; ergo etiam bis emendare, & mutare: dicimus enim id contra Bolognettum facere; nam ideo licet semel & iterum provocare, quia id nominatim est a Justiniano concessum, & ex ejus beneficio est, ut qui a Duumviro appellavit ad Præsidem Provinciæ, possit a Præsidente appellare ad Præfectum Urbi; alioquin ei non licuisset, nisi semel tantum appellare, non iterum, ut constat ex *C. Theof. l. 1. de poss. ab eo, qui iterum provocavit, transferenda*. Quod edixit etiam Alaricus Italiæ Rex apud Cassiodorum *lib. 9.*

Ne-

Neque II. obstat, quod Casar Costa ait, in nostra l.3. dici, *Prox Jus dicentis decernit aequitas*, ex quibus colligit, id totum ex Judicis arbitrio pendere; respondetur enim, hæc verba, non ad numerum referri, de quo nihil in eo textu, sed ad tempus, ut ex dictis constat.

Quibus casibus reus edat actori.

D i s c u s s i o II.

Regula est, reum actori ad suas rationes, aut sua instrumenta, actori edenda non compelli, cum nulla actio neque directa, neque utilis eo nomine actori competat, l.1. C. eod. & vulgo dicitur, arma non esse petenda e domo rei, cap.1. de probationibus, l. nimis grave, C. de testib. Hinc actore non probante, reus obtinet, quamquam nihil ipse præstiterit, aut probaverit, aut titulum non ediderit, l.4. C. eod. l. cogi, C. de pet. et. heredit.

Dices: Jus debet esse æquabile inter actorem, & reum, l. ult. C. de fructibus & litium expensis: cur ergo cogitur actor edere reo, non contra?

Respondet Imperator Alexander in l. ult. C. eod. hic rationem non pati æqualitatem; tum quia æquum non est, ut subveniat actori, qui sponte in Judicium veniens, venire debet instructus, & paratus, l. qui in alterius, ff. de reg. Juris: at contra subveniendum est reo, qui invitatus in judicium venit, & præter spem venit non instructus, l.2. C. de dilationibus. Tum etiam, quia æquitas postulat, ut sit favorabilior reus, quam actor; ob quam causam actor non utitur pluribus actionibus, reus utitur pluribus defensionibus etiam diversis, l.43. ff. de reg. juris: & accusator absens damnatur, non item reus, l. absentem, ff. de penis: & olim duæ dabantur accusatori horæ, reo tres, Dio lib.39. Cum ergo edictum de edendo totum in æquitate fundetur, l.1. ff. eod. inde æquitate suadente factum est, ut actor edat reo, non contra.

Ex hac tamen regula nonnulli excipiuntur casus. I. Fiscus actor ex privilegio D. Adriani potest reum compellere ad edenda instrumenta, quæ secum faciunt, quoties scilicet de Jure capiendi (id est usufructu) vel de Jure domini, vel de alia causa simili rei pecuniariæ quaritur, l.2. §. Divus, cum seq. ff. de Jure fisci. Ita si quis privatus a transeuntibus exigit pro transitu pontis vectigal, vel pro transitu fluminis portorium, conventus a fisco, cogitur edere titulum; nam Jura exigendi hæc vectigalia de regalibus sunt, & nemini privato competunt, nisi ei, cui fiscus concesserit, cap. an. quæ sint regalia, in usibus f. adorum; ubi DD. Ita etiam delatori bonorum vacantium cogitur possessor edere instrumenta, quæ cum fisco faciunt, l.3. ff. eod.

Hoc

Hoc fisci privilegium ita interpretatum est a Divis Fratribus, ut lo- cum habeat solum si *de re nummaria quaestio sit*, cesset vero si *de capita- li causa agatur*, ut dicitur in *d.l.2. §.item Divi*. Quæ verba varie expli- cantur; nam Fermosinus in *cap.1. de probationibus, q.5. num.5.* causam capitalem large pro omni causa criminali accipit. Pacianus vero *de proba- tionibus, cap.63. a num.65.* intelligit de ea criminali causa, ubi corpora- lis poena irrogatur, non etiam cum poena est pecuniaria, sive multa fisco applicanda. Quæ interpretationes non facile recipiendæ sunt; nam in Jure nostro constat causam capitalem dici eam tantummodo, ubi dam- nato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit, *l.2. ff. de pœnis*.

Non dubium tamen est, in causa capitali, accusatorem, vel Judi- cem, si inciderit in rationes ejus privati, qui criminis reus postulatus est, posse ex iis probationem deducere, & condemnationem facere. Quod Cujacius hic in *l.1.* confirmat ex Asconio in *Prætura Urbana*, cum scri- bit, moris olim fuisse, ut accusator peteret obsignari domum ejus, quem accusaturus erat, ne quæ inditia criminis inde a reo amoverentur.

Sunt qui putant, hoc fisci privilegium de cogendo reo ad eden- dum, transire a fisco ad publicanos, seu ad conductores vestigalium, ut refert Lafarte *de decima venditionis, cap.18. num.13.* Verius tamen est, privilegium esse concessum non causæ, sed personæ, nec a fisco ad alium transferendum, Fermosinus *d. quaest.5. num.6.* Vide de his omnibus Tu- raminum ad *d.l.2. §.divas*.

II. Instrumenta actoris propria, reus actori edere compellitur actio- ne ad exhibendum, *l.3. ff. ad exhibendum*; imo actor, si velit, reivin- dicare potest; nam quod meum est, Jure meo peto, *l.1. ff. de reivind.* Ita quoque instrumenta, quæ quasi actoris propria sunt, reus ad eden- dum compellitur: quare tutor coventus a pupillo, procurator a Do- mino, tenentur edere scripturas, quæ pupilli, vel Domini nomine confecerunt, per actionem tutelæ, vel mandati, *l. quædam, ff. eod.*

III. Legatarius, qui agit ex testamento, recte petet ab herede sibi edi, exhiberi tabulas testamenti. Petet autem vel Interdicto de tabu- lis exhibendis, vel extra ordinem per Prætorem ex *tit. quemadmodum testamenta aperiuntur*. Quæ duo longe distant; nam I. si neget heres se tabulas habere, legatarius agat ex interdicto: si heres non neget, le- gatarius agat extra ordinem, *l.2. §. pen. ff. quemadmodum testamenta*. II. ex interdicto fit condemnatio in id, quod interest: at extra ordinem, heres cogitur omnino edere, *d.l.2. §. ult.* Et ita hos titulos *de tabulis ex- hib.* & *quemadmodum testamenta* discriminatur Cujacius hic in *l.1. Pi- char. §. in summa, Institut. de interdict.*

E contrario legatario agente, non recte ab eo desiderat heres, ut proferat tabulas testamenti, ex quibus agit, ut latius supra dictum est.

IV. Communia utrique parti instrumenta reus actori edere cogitur, *l.4.*

l.4. §. fin. ff. fam. ercisc. cap. P. perpetuus, cap. contingit, de fide instrum. cap. 1. de probationibus. Nam quod commune est, vere meum est, *in re communi, ff. de servit. Urb. l. illud, ff. de ritu nuptiarum.* Et quod meum est, Jure meo vindico, vel exhiberi peto, ut proxime diximus. Communia vero dicuntur instrumenta, vel ratione utilitatis, qualia sunt testamenta, vel instrumenta emtionis, locationis, & similia, *l. Prætor ait, v. hujus edicti, ff. cod. d. cap. 1. de probationibus;* vel etiam ratione materiæ, seu chartæ: quare si reus habeat instrumentum, & illud sit originale, edere cogetur, quia est commune non solum gratia utilitatis, sed etiam chartæ, Balboa in *d. cap. 1. num. ult.* Hinc ergo mercatores tenentur ad edendas suas rationes, cum ipsorum libri utrique parti communes censeantur, DD. hic in *l. 1.* & in foro receptum testatur Fermosinus in *cap. 1. de probationibus, q. 6. n. 9.* quamvis contrarium cum Baldo & Decio sentiat Fachin. 31. *contr. 89.*

V. Generatim reus officio Judicis ex justa causa compelli potest actori edere privatas & domesticas rationes, ut hic in *l. 1.* illis verbis: *Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad Judicis officium pertinere solet.* Quod sumtum esse videtur ex *l. pen. §. ult. ff. ad l. Falc.* Ita pariter ubicumque Judicem æquitas moverit, adversarius interrogari potest, & ad id, quod interrogatus fuerit, respondere compellitur, *l. ubicumque, ff. de inter. actionib.* Exempla varie a DD. in specie nostra apponuntur. Cujacius quidem, si reus instrumenta dicatur subtraxisse, & malitiose suppressisse, ut verum aliter inveniri non possit, Judex ex officio rationum editionem a reo extorquebit, *l. 2. §. 1. ff. de Jure Fisci.* Ab aliis vero ita, puta exemplar instrumenti est apud reum, & protocollum tabellionis est deperditum, officio Judicis reus ad edendum compellitur, ut ex forensi praxi docent Balboa *loc. cit.* Pacianus *1. de probationibus 65. num. 107.* Burgos de Paz *qq. civilium 5.* Fermosinus *loc. cit. qu. 4. num. 7.*

Nonnullorum sententia est, reum cogi etiam eas rationes edere, quibus actor fundet suam replicationem; quasi in ea actor vice rei fungatur. Quod optimo Jure rejicitur a Cujacio in *l. 4. C. cod.* nam replicatio est in vicem actionis: quippe replicatio nihil aliud est, quam exceptio, & qui excipit pro actore habetur, *l. 1. juncta l. 2. §. 1. ff. de exceptionibus.*

De posteriori Edicto.

Verba Edicti: *Argentaria mensa exercitores rationes, quæ ad se pertinent, edant, adjecto die, & consule, l. Prætor ait, ff. eod.* Exercitores hi dicuntur etiam simpliciter *Argentarii*, & sunt qui Romæ in foro mensas expositas habebant: quæ ex re mensariorum etiam, & trapezitarum nomen acceperunt. Et aliquando pecunia accipi solita est, ex domo, seu arca ipsorum, *l. lecta, ff. de reb. creditis, l. quidam, ff. de constit. pecunia*: aliquando alii dabant pecunias argentario fœnori locandas, quas argentarius se soluturum constituerebat, atque in rationum libros id referebat, *l. si quis ex argentariis, §. rationum, ff. eod. Novell. 136. de argentariorum contractibus*. Ita quoque heres, qui hereditatem erat venditurus, per argentarium eam venditionem faciebat, *l. item vendendum, ff. de petit. hered.* Vide latius Alciat. 8. parerg. 19. Sigonium 2. de antiquo Jure Civ. Rom. 11. Cujac. 10. obs. 14. & ad rubr. C. hoc tit.

Ex secundo itaque edicto Argentarius suas edere rationes cogitur, quod æquissima ratione constitutum est, quia quod mei causa factum est, meum quodammodo videtur, *d. l. Prætor ait*. Et tria inter primum & secundum edictum discrimina interfunt.

I. Quia Edictum primum agit de editione faciendâ ab uno ex colligatoribus alteri, ut nimirum actor edat reo, & aliquando reus actori. Secundum vero agit de editione faciendâ a tertio, idest ab argentario, quamvis ipse in numero litigantium non sit, ut constat ex *d. l. Prætor ait*.

II. Quia ex primo Edicto jubet Prætor instrumenta litis non authentica, sed exempla, edi sine die & consule: at ex secundo editio fit cum die, & consule. Ratio est, quia prior editio fit solummodo ad instruendam partem adversam; posterior ad probandum; & nisi editio sit authentica, non probat, *l. 2. ff. de fide instrumentorum, l. 3. C. de div. rescr.*

III. Quia ex primo Edicto actor si edere nolit, non compellitur; satis enim est Prætori a lite cessari, in pœnam. At ex secundo edicto, argentarius omnino compellitur rationes edere; ita enim verbum illud Prætoris, *Edant*, interpretatur Ulpianus in *l. Prætor, §. 1. ff. eod.*

Conveniunt vero in hoc, quod ab argentario editio rationum fit etiam post litem contestatam, *l. argentarius, §. ult. ff. eod.* quod ipsam etiam ex primo edicto jam supra probatum est.

Subdit deinde Prætor: *Argentario, eive, qui iterum edi postulaverit, causa cognita edi jubebo, l. si quis ex argentariis, §. ult. ff. eod.* Ubi tertium discrimen inter utrumque Edictum proponitur: quippe ex primo Edicto semel tantum editio fit, ex secundo iterum, ut jam diximus.

Adsimiles nonnihil argentariis sunt nostrorum temporum Camsores, & Tabelliones, qui propterea coguntur edere partibus instrumen-

ta,

ta, & rationes, quæ, quasve confecerunt, Bartolus in *l. fin. num. 4. ff. de tab. exhib.* Pacianus 1. *de probationibus* 64. Quæ obligatio tabellionis transit etiam ad heredes, ad quos authentica & protocolla defuncti pervenerunt, Bartolus & Castrenf. in *l. quadam, §. nihil, ff. cod.* Decius, & Balboa in *cap. 1. de probationibus*. Et constat ex *d. l. si quis ex argentariis, §. 1.*

Hinc etiam factum, ut acta publica, quæ sunt in Archiis publicis memoriæ perpetuæ causa, tam civilia, quam criminalia, possunt Jussu Judicis ab omnibus inspicere, ad investigandam veritatis fidem, *l. 2. C. cod.*

Quæres I. an tertius, qui argentarius, eique similis non sit, cogatur edere instrumenta, & rationes, quas habet? Ut finge, lis est inter Titium & Cajum, an Titio petenti cogar edere instrumenta, quæ habeo adversus Cajum? Edidit de hac re Justinianus Constitutionem, quæ desideratur in *tit. C. de fide instrumentorum*, & cujus meminit Justinianus ipse in *Edicto IX*. In ea statuitur, ut cogatur quisque edere instrumenta, quæ habet adversus alium duplici ratione, primo, quia etiam invitatus cogitur testimonium dicere: secundo quia valde iniquum est, ut non edat, quod alii est utile, & sibi nociturum non est, *l. 2. §. item verus, ff. de aqua pluvia*. Itaque id verum est, si modo ipse non lædatur: quod si juret, se non posse edere ea instrumenta, sine damno rei suæ, excusabitur. Hanc Constitutionem recitat Cujac. 10. *observ. 8.*

Quæres II. Qua actione hæc editio ab argentario extorqueatur? Et dicimus hic cum Cujacio in *rubr. Si non edat, teneri actione in factum*, in id, quod interest, *l. quidam, §. nummularios, l. ult. ff. cod.* Nec obstat textus in *d. l. si quis ex argentariis, §. pertinere*, ubi argentarius sine mandato rationes conficere non debet; respondetur enim non semper sequi, mandatum est, ergo actio mandati competit: nam si cum servo mandante domino contraxi, dominus non tenetur actione mandati contraria, sed quod Jussu, *l. 1. cum duob. seqq. ff. quod Jussu*. Ita quoque tertius, qui argentarius non est, si non edat, nec juret, tenebitur actione in factum in id, quod interest, Cujacius in *d. l. 4. & seqq.*



DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

De Transactionibus.

Ad lib. II. C. Tit. IV.



Ecce post tractatum de Pactis, tam in Digestis, quam in Codice, de transactionibus agitur, cum omni transactioni pactio insit, quasi genus; commode enim a genere ad speciem pervenitur. Unde factum est, ut aliquando pactionis nomen per transactionem ponatur, ut ex Cicerone notat Cujac. 10. obs. 30. In C. Gregoriano, & Hermogeniano commistim uno titulo & de genere, & de specie agitur, idest de Pactis, & Transactionibus.

Itaque transactio pactum est, non contractus, & a contractu separatur in *l. contractus*, C. de fide instrumentorum: propterea cum simplex est, solo pacto inita, non extinguit actionem, licet eam exceptione pacti elidat: at actionem extinguit, si fiat per Aquilianam stipulationem, & acceptilationem, *l. si superflite*, C. de dolo; nam pacta de Jure civili efficacia sunt, si eis stipulatio addatur. Unde illud Pauli consilium 2. sent. 22. *Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.* Et Ulpianus notat fere novissima parte pactorum ita solere inferi, *Rogavit Titius, spondedit Mævius, l. Jurisg. §. quod fere, ff. de pact.*

Est autem transactio ad commune Reipublicæ bonum introducta; litigatores enim transigendo a lite discedunt; & publice interest lites dirimi, *l. ult. ff. pro socio, l. quidam 21. ff. de reb. creditis.* Hinc leges omnifudio & favore transactionem prosequuntur, quam prætextu instrumenti postea reperti rescindi nolunt, *l. quamvis*, C. eod. nec contra eam Imperiale rescriptum recte impetratur, *l. causas 16. C. eod.* & latius infra.

Ex quibus definitio transactionis colligi potest, quæ ita habet,

Desunt multa in Autographo.

An cognitio de alimentis transigendis delegari possit?

Ad l.de alimentis, C.de transactionibus.

Q U Æ S T I O I.

CUm hi, quibus alimenta fuerant relicta, facile transigerent, contenti modico præsentē, ideo D. Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter transactio alimentorum rata esset, quam auctore Prætore facta, *l.cum hi, in princ. ff.de trans. l.de alimentis, C.cod.* Hæc oratio appellatur Senatusconsultum in *l.eleganter, ff.de condit. indebiti*; nempe quia post orationes Senatusconsulta sequebantur, *l.oratione, ff.de ritu nupt.* Ita oratio D. Severi de prædiis minorum sine decreto non alienandis, de qua in *l.1. in princ. ff.de reb. eorum*, vocatur quoque Senatusconsultum in *l.quamvis, cum seq. & in l.non fit, ff.cit. tit.*

E contrario Senatusconsultum Orphicianum, quod temporibus D. Marci factum est, *tit. Inst. de Senatusc. Orph. in princ.* D. Marci oratio nuncupatur in *l.pen. ff.ad Tertul.*

Quæritur modo, utrum hæc cognitio competat Prætori Jure Magistratus, & an delegari possit?

Pro responsione, oportet meminisse, circa ea, quæ mandari, & delegari possunt, regulam a Papiniano tradi in *l.1. in princ. ff.de offic. ejus*, his verbis: *Quæcumque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata Jurisdictione non transferantur: quæ vero Jure Magistratus competunt, mandari possunt.*

Ubi Jure Magistratus ea competere dicuntur, quæ fuerunt illi tributa, quo primum tempore Magistratus constitutus fuit, quæque dicuntur etiam competere non lege, sed more, seu more majorum, aut etiam Jure suo. Exemplum esto: Prætor gratia Jurisdicundi fuit Romæ introductus, *l.2. §. cumque Consules, ff.de orig. Juris*: & huic officio, ex quo constitutum fuit, data est Jurisdictio; eapropter Jurisdictio competit Prætori Jure Magistratus, seu more majorum, *l.pen. ff. de Justitia, & Jure*, seu, quod perinde est, Jure suo, *l.more, ff. de Jurisdic. tit.* Et hoc est, quod dicitur Magistratum habere Jurisdictionem propriam, *l.cognitio, in princ. ff. de officio ejus.*

Cetera enim, quæ deinde Magistratui acceperunt vel lege, vel Senatusconsulto,

ſenatusconſulto, vel Conſtitutione, ea dicuntur ſpecialiter tribui, vel etiam tribui nominatim, *l. tuto, §. tutoris, ff. de tutelis*. Ut exempli gratia eſt merum imperium, quod dari lege dicitur in *d. l. 1. §. qui mandata, verſ. verius, ff. de officio ejus*.

Quod attinet ad Magiſtratus Provinciales, quibus dabatur Jurisdictione ad ſimilitudinem Urbanorum, ut Proprætori, Proconſuli ad exemplum Conſulis, & Prætoris, *l. ſi in aliquam, §. ult. ff. de officio Proconſul. de omnib. cum ſeq. ff. de officio Præſidis*, ſciendum eſt, iſpis Jurisdictionem dici competere a lege, ut e.g. Proconſuli conceſſum eſt dandi Judicis lege, *l. cum Prætor, §. lege, ff. de Judic.* & nihilominus non dici competere ſpecialiter, aut nominatim, ſed Jure Magiſtratus, *d. l. ſi in aliquam, §. ult. d. l. de omnibus cum ſeq.* Nempe quia cum quærimus, an id, quod Magiſtratus facere poteſt, ſit ei ſpecialiter tributum, an vero competat Jure Magiſtratus, ad Urbanos reſpiciendum eſt, utpote a quibus Jura Provincialium æſtimantur; unde, quæ Urbanis competunt more, ſive Jure Magiſtratus, dicuntur eo quoque Jure competere Provincialibus, non obſtante, quod lege, vel conſtitutione deputentur, Petrus Faber in *l. nemo poteſt, ff. de reg. Juris*; ita, quæ Urbanis competunt principaliter, Provincialibus dicuntur deferri lege, ut intelligendus eſt textus in *l. & quia, ff. de Jurisd.* ut recte explicat Cujac. in *2. lib. Pauli, ad Edictum*, & in *d. l. more*. Late Bellonus *de mandata Jurisdictionis. cap. 2. q. 1. num. 33. & ſeqq.*

Præterea quæ fuerunt Ediſto Prætoris introducta, ut in integrum reſtitutio, etiam Jure Magiſtratus competere dicuntur, ut quæ dici non poſſunt lege, vel Senatusconſulto, vel Conſtitutione Principum nominatim tributa, ut docent Alciatus in *l. imperiam, num. 222. ff. de Jurisd. & 2. Parad. 1. num. 5.* Vacónius 6. *decl. 79. num. 4.* Eguinarius 1. *var. qq. fol. 39.*

Ex his igitur omnibus, quæ Jure Magiſtratus competunt, mandari poſſunt: quæ vero ſpecialiter tribuuntur, nec mandari poſſunt, nec mandata Jurisdictione transferuntur, ut in *d. l. 1.* Nempe quia illa Magiſtratus habet Jure ſuo, hæc vero habet beneficio alieno, id eſt Populi, vel Senatus, vel Principis, quaſi ſcilicet vicem ipſius gerens, & proinde alteri mandare non poteſt, *l. ult. ff. de officio ejus*, Bellonus *cap. 8. quaſt. 1. num. 30. & ſeq.*

His ita poſitis; ad quæſita reſpondere facile eſt. I. enim dicimus, cognitionem Prætoris de alimentis tranſigendis non ipſi competere Jure Magiſtratus, ut male cenſuit Donellus 17. *comm. 8.* ſed competere lege, cum illi ſpecialiter & nominatim fuerit Oratione D. Marci tributa, *d. l. cum hi, in princ. ff. de tranſ. ſive Senatusconſulto*, quod eam orationem ſequutum eſt, *l. eleganter, §. item ſi, ff. de condiſt. indebiti*. Ita Gloſſa in *l. 1. in princ.* ubi DD. communiter, *ff. de offic. ejus*, Petrus Faber in *d. l. nemo poteſt*, Briſſonius 5. *de formul. fol. 461.* Cujacius in *lib. 1. Pauli ad Ediſtum in l. ubicumque, ff. de reg. Juris*.

Hanc

II. Hanc cognitionem a Prætorē mandari non posse, nec mandata Jurisdictione transferri, *d.l. cum hi*, §. *sed nec mandare*, ff. *de transact.* Hotom. 7. *obser.* 4. Idem Donellus *loc. cit.*

Simile est, quod statutum reperitur de cognitione causæ, quæ requiritur in alienatione prædii minoris. Nam Oratione D. Severi in Senatu recitata, prohibitum est tutoribus, & curatoribus, ne prædia rustica, vel suburbana distrahant sine decreto Prætoris, *l. 1. in princ. ff. de reb. eorum*. Hanc igitur cognitionem non habet Prætor Jure Magistratus, sed beneficio prædictæ constitutionis, quæ nominatim illi talem cognitionem injunxit, his verbis: *Prætor Urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant*. Deinde Constantinus ad urbani etiam prædii alienationem Prætoris pariter cognitionem & decretum exegit, *l. lex, C. de adm. tutor.* Unde fit, ut hujus decreti interponendi Jus nec mandari possit, nec mandata Jurisdictione transferatur, *l. 2. ff. de officio ejus*. Quare iterum fallitur Donellus *loc. cit.* cum hanc cognitionem putat habere Prætorē Jure Magistratus.

Hinc intelligimus, cur Ulpianus tam de transactione alimentorum, quam de prædiis pupillorum alienandis scripserit in X. libris Protribunalium. Nam Protribunalia sunt causæ, quæ nec mandantur, nec delegantur, sed a Prætoribus ipsis, Præsidibusve pro Tribunali expediuntur, ut præter supradictas sunt causæ status, *l. 2. C. de pedan. Judic.* & similes, ut monet Cujacius 7. *obs.* 23.

Plura tamen hic notanda sunt. I. hanc cognitionem, quæ in Urbe Prætori datur, in Provinciis competere Præsidi, *l. de alimentis, C. eod.* quia non ut in Urbe, ita & in Provinciis distincta sunt officia, sed unus idemque Præses & Præfecti, & Prætoris, & omnium Magistratuum, qui in Urbe potestatem aliquam exercent, partibus, & officio fungitur, *l. si in aliquam, §. fin. ff. de officio Proconsulis, & leg. l. de omnibus, cum l. seq. ff. de officio Præsidis*. Hinc Præses habet majorem potestatem, quam Prætor, ut præterea constat ex eo, quod Præses habet potestatem gladii, *l. illicitas, §. qui universus, ff. cit. tit.* quæ Prætori Urbano denegatur; nam si coram Prætorē quid occurrebat, quod majori animadversione dignum esset, ad Præfectum Urbi reus puniendus remittebatur, §. *sed si quis præsens, Institutionib. de suspectis tutorib.* Non negamus tamen, Prætorē majore gaudere dignitate, quam Præsidentem, scilicet quia Prætor est spectabilis, §. *simili quoque, auth. de appellationib.* cum alioqui Præses non sit, nisi clarissimus, *l. si super, C. eod. l. un. C. de priv. carcerib.* non enim connexa invicem sunt potestas & dignitas, & minori dignitate major potestas adhærere potest, Camillus Plautius *de officio ejus, lib. 2. cap. 4. num. 4.* Bellonus *de mandata Jurisd. cap. 9. q. 9. a num. 3. 7. ad 40.*

II. Hæc intelligi de alimentis futuris; nam de præteritis alimentis transigi sine Prætorē, sive Præsidente potest, *d. l. de alimentis*. Ratio est, quia D. Marci oratio alimentario consuluit in hoc, ne modico præsentē

com-

contentus, spem alimentorum desereret, *d.l.cum bi, in princ.* Quæ ratio in præteritis alimentis cessat.

III. Habere locum in alimentis relictis testamento, vel codicillis, secus in iis, quæ ex contractu deberentur, *d.l.cum bi, §.plane.*

An prætextu immodicæ læsionis transactio rescindatur.

Q U Æ S T I O II.

Vulgo DD. negant, transactionem, in qua læsio immodica intervenit, legitimam esse, ut præter antiquos docent Fachin. 2. *contr.* 26. *Cævallos commun. contra comm. qu.* 71. Celsus Bargalius 3. *de dolo cap.* 4. *num.* 79. *cum seqq.* Pinellus in *l.2. C. de rescind. vend.* Alciatus ad *l.* 143. *ff. de verb. signif.* alique mox citandi. Hæc vero immodica læsio varie explicatur; quidam enim eam tunc intervenisse existimant, ubi quis ultra dimidium justæ æstimationis læsus, argumento ex *l.2. C. de rescind. vendit.* Alexander in *l.1. C. de pactis.* Alii exigunt, ut læsio ultra dimidiam non sit in modico, sed latius excurret in quantitate notabili, seu magni momenti, cujus opinionis auctor fertur Corneus *cons.* 166. & 189. *lib.* 1. Welembecius in *parat. ff. de transactionib. ad finem,* & ita Rotam Romanam sensisse refert Puteus *dec.* 230. Alii omnino volunt in triplo, vel quadruplo læsionem esse oportere ex *l. Lucius 78. §. fin. ff. ad Trebell.* Aloysius Albricius inter controversias Andreoli, *cap.* 288. *a n.* 47. *ad* 100. Nonnulli omnino Judicis arbitrio remittunt, ut Accursius in *l.5. C. de dolo, v. Immodice.*

Ceterum de hac læsione constare volunt non ex re, sed ex dubio litis eventu, pro qua transigitur, ut si transigens acceperit decem, cum experti homines pro jure, seu actione ea, 30. darent. Post Bartol. & Fachineum *loc. cit.* Martinis 2. *resolut.* 233. *a num.* 7. *ad* 11.

Tandem consensunt, hanc læsionem considerandam esse ex præsentī, idest, transactionis tempore præcise inspecto: non ex futuro, veluti si post transactionem initam ob repertum instrumentum de læsione appareat; nam transactio semel bona fide inita, prætextu instrumenti postea reperti non rescinditur, *l. quamvis, l. sub prætextu, C. de transactionibus,* Afflictus *dec.* 220. alique apud Hodiern. *controv. forens.* 37. *n.* 35. Ratio est, quia publice interest, lites dirimi, *l. ult. ff. pro socio, l. quidam 21. ff. de reb. creditis.* Excipitur tamen causa Reipublicæ, vel pupilli, *l. Imperatores 35. ff. de re judicata, l.3. C. de Jure Reip. lib.* 11. *tit. C. si adversus transactionem.*

Probatur hæc opinio ex pluribus. I. ex *l. si superstitē 5. C. de dolo,* ubi pater cum filia emancipata, cujus tutelam gesserat, bona fide trans-

egit:

egit, liberatione sibi tributa solemniter per Aquilianam stipulationem; & per acceptilationem; quia tamen filia transigendo immodice læsa fuit, habet in patrem actionem subsidiariam in factum, nempe ob reverentiam, quam filia patri debet; alias habitura contra extraneum actionem de dolo, si dolo extranei id accidisset. Ita ibi Imperatores Diocletianus & Maximianus Amphidrosæ rescribunt. Quo in rescripto, quamvis transactio bona fide facta sit, tamen ob immodicam læsionem dicitur dolo inita; & eapropter doli actio læso conceditur, nisi paterna reverentia obset. II. quia duplex est doli species; nam est dolus ex mente, seu consilio: alter est dolus re ipsa. In mente est calliditas, fallacia: in re est damnum, *l. si quis cum aliter* 36. ff. de verb. signif. ubi hi duo doli æquiparantur. Sed ex læsione enormi dolus re ipsa nascitur, ex communi sententia. Ergo idem statuendum est, ac si dolus ex consilio intercederet, quo casu sine dubio transactio est rescindenda, *l. & eleganter* 7. ff. de dolo. Quia ergo in immodica læsione inest dolus, inde fit, ut ob eam transactio debeat rescindi; nam solum transactio, quæ bona fide inita sit, non rescinditur, *d. l. quamvis, d. l. sub prætextu*.

Verius tamen est, transactionem bona fide initam, prætextu immodicæ læsionis rescindi non posse. Ita Donellus in *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* Zasius in *l. 36. ff. de verb. oblig. & conf.* 18. num. 16. Connanus 7. *comm.* 9. num. 13. Hotomannus *conf.* 40. Gaill. 2. *obs.* 70. Fab. *dec.* 8. *err.* 10. Schifordegherus *lib.* 2. *tract.* 15. *qu.* 1. Borcholt. *de transact. cap.* 4. *n.* 22. Versteegen. *de trans. obs.* 7.

Quod demonstratur I. quia non minorem auctoritatem transactio habet, quam res judicata, *l. non minorem* 20. *C. de trans.* nempe utraque est remedium finiendarum litium ex consensu vel in pactum, vel in sententiam. Imo Harmen. 1. *Prochiri* 10. majorem habere vim transactionem, quam rem judicatam, docet; magis enim spontaneus est transigentium consensus, quam acquiescentium rei judicatæ. Hinc sicuti res judicata non rescinditur sub specie instrumenti postea reperti, *l. sub specie* 4. *C. de re judicata*: ita nec transactio, *d. l. quamvis, d. l. sub prætextu*. Et sicuti contra rem judicatam Imperiale rescriptum frustra impetratur, *l. ult. C. sententiam rescindi non posset* contra transactionem, *l. causas* 16. *C. de transactionib.* Ergo eodem modo, quia res judicata prætextu cujusunque læsionis non rescinditur, neque etiam sententia lata ob errorem facti, *l. 2. C. quando provocare non est necesse, & toto tit. C. sententiam rescindi*; ita neque rescindetur transactio.

II. Quia per Jusjurandum transactum videtur, quoties scilicet me deferente Jurasti, ut nec actio de dolo contra perjurum detur, *l. quod* 22. ff. de dolo malo; nam Judiciale Jusjurandum speciem transactionis continet, *l. 2. l. admonendi* 31. ff. de Jur. jur. Sed causa per Jusjurandum finita non potest retractari ob quamcunque læsionem: quippe post Jusjurandum non aliud quæritur, quam an Juratum sit, remissa quæstione

an

an debeat, *l. non erit* 5. §. *dato*, *l. nam posteaquam* 9. §. 1. *ff. cit. tit.* Ergo nec causa per transactionem finita.

III. Ex Ulpiano in *l. cum hi* 8. in princ. *ff. de transactionibus*, ubi cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico presenti, D. Marcus oratione in Senatu recitata, effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Prætoris fieret. Ergo extra hunc casum transactio facta modico presente sibi constat; nam exceptio firmat regulam in contrarium, ut recte colligit Faber in *rationalibus ad d. l. cum hi*, quippe dubitari non potest, quin immodice læsus sit, qui modico presente contentus est. Et sane necessaria non fuisset D. Marci oratio pro tuendis alimentariis, qui modico presente contenti transigebant, si ob enormem læsionem transactio rescinderetur.

IV. Quia transigitur de re dubia, & lite incerta, neque finita, *l. i. ff. de transact.* at in re dubia, & incerta læsio allegari non potest, *l. si ea lege* 17. *C. de usur.* *l. quod debetur* 51. *ff. de peculio.* Fieri enim nequit, ut res incerta certam habeat æstimationem, *l. ubi autem* 75. *ff. de verb. oblig.* sive ut qui incertum Jus remisit, aliquo accepto, quod poterat non habere, si judicii eventum expectasset, læsus videatur, *l. de fideicommissis* 11. *C. de transactionibus.* Eo magis, quod omnis læsio, si qua intervenire posset, satis compensata censetur ex eo, quod a lite disceditur, ut in Francorum proverbio, *Il gaigne assez, qui se met hors de proces*, id est, *Guadagna in eccesso chi si mette fuor di processo.*

Neque quidquam contraria obstant. I. ad textum in *l. si superstitis* 5. *C. de dolo*, varie responsum est. Et quidem Faber *loc. cit. err. 7.* agi putat de ea specie, in qua pater in reddendis filiæ rationibus, cujus emancipationis tutelam gesserat, extorsit ab ea dolo liberationem, ut propterea dolo non fuerit re ipsa, sed ex consilio. Cui explicationi se opponit Fachinæus, qui negat dolum ex consilio ullo modo intervenisse, cum aperte loquatur de transactione bona fide interposita, ibi: *Postea transigisti cum ea bona fide.* Nihil autem est tam contrarium bonæ fidei, quam dolo: quare omnino videtur ibi sermonem haberi de dolo re ipsa, seu de immodica læsione.

Mihi videtur DD. deceptos ex eo, quia unam ab Imperatoribus speciem in ea lege tractari sibi persuaserunt, cum duæ omnino sint. Et cum viderent fieri tum bonæ fidei, tum doli mali mentionem, in varias tricas se induerunt, a quibus nunquam se expedient.

Prior itaque species est, si transactio bona fide inter patrem & filiam inita sit. Quo casu nullum pro filia auxilium leges habent; cum enim transactio fiat vel pacto, vel per Aquilianam stipulationem, *l. transactum* 2. *ff. de transactionibus*; si transactio simplex fuit, & solo pacto convento nixa, quia transactio sibi constat, filia habet quidem actionem, sed quæ a patre pacti exceptione removebitur, *l. Jurisg. 6. §. sed cum nulla*, *ff. de pactis.* Sin transactioni Aquiliana stipulatio, & acceptila-

tio sequuta sit, filia removebitur, quia actio extincta est, *l. Aquiliana 4. ff. de transactionibus.*

Posterior est, si filia immodice læsa sit ob dolum patris. Et Imperatores ajunt, si transactioni novatio, & acceptilatio conjuncta sit, competere filiae actionem de dolo contra extraneum: subsidiariam in factum contra patrem, propter verecundiam paternam. Addunt tamen, *Si læsa es immodice*, quia solus dolus satis non est ad agendum de dolo, sed præterea exigitur immodica læsio. Nempe quia Prætori, qui actionem de dolo introduxit, æquum visum non est, eam impertiri, nisi justa causa esse videatur: & justā causa non est, si modica summa sit, quæ duos aureos non excedat, *l. si oleum, §. fin. cum l. seq. ff. de dolo.* Quod vidit ibi Accursius, *v. immodice.*

Ubi vides I. hic in posteriori specie agi de dolo ex mente, seu consilio, ut recte Faber monet; nam ob dolum ex re ipsa, non ex consilio, de dolo agi non potest; quia cum hæc actio infamiam irroget, aliter proponi non potest, quam si dolus ex consilio proponatur. Eapropter non competit, quamdiu alia actio, aut civilis, aut honoraria competere potest, *l. 1. §. pen. cum seq. ff. cit. tit.* Nec inter patrem, & liberos, etiam si alia actio nulla sit, *§. non debet 11. ff. cit. tit.*

Vides II. rationem, cur in posteriori specie nihil proponatur de transactione solo pacto inita; ideo scilicet, quia aperti Juris est, hujusmodi transactionem ob dolum nullius esse momenti ipso Jure. Et hoc est, quod sibi vult Ulpianus in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, ff. de transactionib.* cum ait heredem, qui transigit per fallaciam coheredis occultantis bona hereditatis, si transactio sine Aquiliana stipulatione sit interposita, non tam pacisci, quam deipi, scilicet pactum ipso Jure nullum esse; pacta enim vim habent ex bono, & æquo, cui nihil magis est contrarium, quam dolus. Ut ergo contractus bonæ fidei dolo initus, est ipso Jure nullus, *l. 6. eleganter, ff. de dolo*, ita & pactum. Quocirca dubium esse solummodo poterat, si transactioni Aquiliana stipulatio & acceptilatio subjecta fuisset; tunc enim quia stricti Juris contractus est, licet dolus intervenerit, ipso Jure valet: actione tamen doli subsidiaria infringitur, si deceptus agit: vel si agit decipiens, is removebitur doli exceptione, *l. dolo, C. de inutilibus stipulationibus.*

II. Quod attinet ad textum in *d. l. si quis cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* ex quo nituntur probare dari dolum re ipsa, ob enormissimam læsionem; confitemur dari dolum re ipsa, qui doli exceptionem tribuit: negamus vero læsionem enormem esse dolum re ipsa, propterea quod dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimatur, ut aperte habetur in *l. dolus 10. C. de rescind. vendit. l. 1. §. sed an dolo, ff. de doli exceptione.* Qui ergo dolus re ipsa sit, explicatur ex *l. 2. §. circa, ff. cit. tit.* ut si quis sine causa ab aliquo stipuletur, veluti cum quis promittit se restitutum quæ Procuratori suo credit soluta, cum tamen solutum nihil sit;

fit; tunc enim si stipulator agat, qui & ipse credebatur ea soluta, puta a procuratore suo, doli mali exceptione repellitur; nam quamvis stipulator nihil ab initio dolo admiserit, tamen hoc ipso dolo facit, quod nunc petit. Est autem necessaria doli exceptio, quia stipulatio non eo minus tenet, cum sit stricti Juris. Idem est si tanquam crediturus stipulasti, hæc credidisti, ut in *d. §. circa* habetur.

Quæ sane explicatio satis probatur ex *d. l. si quis cum aliter*, ubi se ipsum Ulpianus explicat. Nam cum dixisset: *Idem est, etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res dolum in se habet*; statim subdit explicandi gratia: *Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit*. Ubi aperte dolus re ipsa non æstimatur ex læsione enormi, de qua nihil Ulpianus meminit, neque æstimatur ex dolo præterito, sed ex re præsentī, scilicet ex petitione, ut etiam dicitur in *d. §. circa*, & recte monet Schifordegherus *loc. cit. q. 6.* qui demum ait, hæc satis esse ad tantum errorem ex scholis, & foro relegandum.

Refutatis his generalibus argumentis, proximum est, ut ad particularia descendamus.

Nam I. qui volunt, transactionem rescindi ob læsionem ultra dimidium, argumentum ducunt ex *l. 2. & l. si voluntate §. C. de rescind. venditione*, ubi Diocletianus & Maximianus novum Jus veteri Jurisprudentiæ incognitum, introduxerunt, cum, qui in emtione venditione læsus est ultra dimidium iusti pretii, posse ad rescindendum contractum agere. Quod & in reliquis contractibus bonæ fidei locum habet, ex Accursio ibidem communiter recepto. Olim enim in quacumque quantitate licitum erat contrahentibus se invicem circumscribere, tam emendo, & vendendo, quam locando, & conducendo, *litem si pretio 25. §. ult. ff. locati*: quod hodie non licet, nisi infra dimidiam partem veri pretii, vel mercedis, *d. l. si voluntate*.

Dicimus tamen, hæc nullo modo posse ad transactionem trahi: quippe inter transactionem & contractus bonæ fidei magnum est discrimen, cum in istis bonum & æquum omnino moderetur, & æquum bonum visum non est, contrahentes ultra dimidiam partem veri decipi. Quod utique transactioni adaptari non potest, quæ vel pacto fit, & non est contractus: vel stipulatione, & est quidem contractus, sed stricti Juris, in quo non æquum & bonum, sed rigor, & strictum Jus locum habet; hinc in venditione error materiæ seu qualitatis contractum vitiat, *l. in venditionibus, §. inde queritur, ff. de contr. emtione*. Secus est in stipulatione, *l. si id quod aurum, ff. de verb. oblig.*

Præterea ut rescindatur venditio, læsio æstimatur respectu pretii; quod fuerat tempore venditionis, hoc est, tempore contractus præcisè inspecto, *d. l. si voluntate, ad finem*. Quæ utique æstimatio in transactione locum habere non potest, quæ interponitur ob causam futuram, ut a lite discedatur, ut etiam Adversarii consentunt, qui læsionem æstima-

ri volunt ex dubio litis eventu, quod plane impossibile est, ut dictum est supra.

II.. Qui læsionem in triplo, vel quadruplo esse debere docent, abutuntur textu in *l. Lucius 78. §. fin. ff. ad Trebell.* ubi heres fideicommissio rogatus, minimam quantitatem, quam solam in bonis esse dicebat, restituit: apparuit deinde repertis instrumentis quadruplo amplius in hereditate fuisse; respondet Scævola, si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine agi non posse. Ex his constat, agi hic de eo casu, in quo post initam transactionem instrumenta reperiuntur, & de læsione apparet. Quo casu consensunt omnes, etiam Adversarii, transactionem bona fide initam non rescindi, *l. quamvis, l. sub prætextu, C. de transactionibus*. Non ergo facit ad rem nostram, ubi læsio æstimatur ex præsentis. Præterea ibi dicitur transactionem ob quadrupli læsionem non rescindi: Adversarii vero contendunt ob tripli, vel quadrupli læsionem infringi.

Constat pariter eodem textu abuti Fabrum, & Schifordegherum, qui inde nostram conclusionem probare conantur. Nostra enim conclusio est de læsione, quæ tempore transactionis inspicitur: Scævola vero loquitur de læsione, quæ post initam transactionem ex repertis postea instrumentis apparet, & hanc dicit non rescindi.

Utrum de controversiis, quæ ex testamento
proficiscuntur, aliter transigi possit,
quam inspectis, cognitisque
testamenti verbis.

Q U Æ S T I O III.

ET communis fere opinio docet, transactionem nullius esse momenti. Et moventur I. ex apertis verbis Caji in *lib. 17. ad Edictum provinciale*, relatis in *l. de his 6. ff. de transactionibus*, ubi hæc habentur: *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque testamenti verbis.* Quæ verba adeo clara, & expressa videntur, ut non possint alio sine cavillo detorqueri.

II. Ex Scævola in *l. Imperatores 3. §. 1. ff. cit. tit.* ubi Jurisconsultus ait, ex codicillis post transactionem repertis, transactionem rescindi, nempe quia codicillorum verba tempore transactionis neque inspecta, neque cognita fuerunt. Verba Scævolæ sunt: *Cum transactio propter fideicommissum facta esset, postea Codicilli reperti sunt: quæro, an quanto minus ex transactione consequuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat?* Respondit debere.

Ra.

III. Ratione, ne scilicet qui testamenta diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum ita illicitum legatarii ad transigendum, ut modico præsente contenti, legatum alicujus momenti omitant, argumento ex *l. cum hi 8. in princ. ff. cit. tit.* Ita Bachov. *de transact. cap. 2. num. 5.* Gaillus 2. *obs. 139. num. 9. & seq.* Versteeg. *de trans. obs. 5.* Faber in *C. de transactionib. def. 15.* Capyc. *Latro dec. 202.* Sanfelicius *dec. 148.* Peguera *dec. 899.* aliique.

Id verum esse docent. I. quanquam testamenti inspectioni speciatim renunciatum sit: quia legi prohibenti quidpiam fieri, aut aliquid ad actus substantiam requirenti, valide non renunciatur, *l. non dubium 5. C. de legibus, l. pacta 6. C. de pactis, l. nec ex prætorio 28. ff. de reg. Juris.*

II. Etiam in testamento nuncupativo, Cacheranus *dec. 112. num. 13.* Guttierrez *de Juramen. confirm. par. 3. cap. 2. num. 7.*

Non tamen necesse est, ut in transactione adjecta sit clausula, *Viste cognitisque testamenti verbis*, dummodo doceatur, transigentes gnaros fuisse eorum, quæ testamento cauta sunt; nam inspectionis unicus finis est, ut tenor dispositionis non ignoretur, Faber *loc. cit. def. 1.* Vide Fontan. *dec. 195. cum trib. seqq.*

Ex quo etiam fit, nihil necesse censei, ut tempore transactionis verba testamenti legantur; cum satis sit inspectio, & cognitio per oculos mentis, hoc est scientia rerum, quæ in testamento comprehensa sunt. Urceolus *de transact. qu. 47. num. 12.* Valeron. *de transact. tit. 3. quest. 5. num. 56.* Gregor. Lopez in *d. l. de bis*, Sforza Oddo *de restit. in integr. q. 4. art. 17. & seq.*

Hæc tamen opinioni enixe contradicunt Æmilii Ferretus in *l. 3. ff. de transactionib.* Balduinus in *Justiniano lib. 3. pag. 347.* Cujacius & Faber in *d. l. de bis*, Schifordegherus *lib. 2. tract. 25. qu. 7. & 8.* qui omnes docent, non esse necessarium, ut prius inspiciantur verba testamenti, quam transigatur de controversiis ex testamento dependentibus. Quæ opinio verior est.

Idque manifestum fit I. ex Cello in *l. non est ferendus 12. ff. de transactionib.* cum scribit, non esse ferendum, qui generaliter in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causatur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, at non etiam quod posteriore legatum sit. Ex quo textu satis aperte habetur, transactionem utiliter fieri de ultima voluntate, etiam non lectis omnibus testamenti verbis.

II. Quia absurdum est, cum, qui totum remittere potuit donationis causa, parte debiti contentum esse non posse, re adhuc incerta. Nec ulla potest efficax ratio dari, cur super contentis in instrumento liceat transactionem inire, non cognitis, neque lectis instrumenti verbis, id ipsum vero non liceat de his, quæ testamento relicta sunt.

Quod attinet ad objecta Adversariorum, ea facile rejiciuntur. Et primo ad textum Caji in *d. l. de bis 6. ff. de transactionibus*, dicimus Jurisconsulti.

risconfulti verba esse accipienda de facto, non de jure, & sensus est, non facile posse heredes, vel legatarios transigere de relictis in testamento, nisi testamenti verba cognoverint; ut nec etiam de instrumentis, nisi instrumento inspecto. Quod nisi cognoverint, & inspexerint, transigunt tamen, non propterea transactio est nulla, sed sibi imputent, quod cautius non egerint. Hoc ita esse, patet ex ipsis Caji verbis, quæ integra leguntur in l. i. §. *quemadmodum testamentum aperiatur*. Cum enim Prætor edictum provinciale proposuisset, in hæc verba: *Omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi, describendique potestatem faciam*; Cajus in id edictum scribens, rationem edicti ita assignat: *Ratio autem hujus edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento profisciscuntur, aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti*. Ubi palam est, Cajum loqui de facto; nempe facile non posse homines neque litigare, neque transigere de contentis in testamento, nisi prius testamenti verba inspiciant, & cognoscant. Unde concludit, æquissimum fuisse Prætoris Provincialis edictum. Non autem inde imponit nobis legis necessitatem, ut non aliter valeat transactio, & lis, nisi testamenti verbis lectis. Itaque qui ea verba inspicit, prudenter transigit, & litigat: qui ea non inspicit, non nulliter agit.

Hæc quamvis certissima, sunt tamen qui putant, non satis intellecta a Triboniano, dum verba Caji, quæ recte posita sunt sub *tis. Quemadmodum testamentum aperiatur*, iterum collocat sub *tis. de transactionibus*, in d. l. *de his*. Et quidem Ferrettus, & Cujacius existimant, hunc Triboniani errorem ortum esse ex eo, quod non animadvertit, Cajum hanc sententiam retulisse ad judicata, non ad conventa. E contrario Faber, & Schifordegherus contendunt verba Caji ad conventa referri; errorem vero Triboniani in eo consistere, quod Caji sententiam pro ratione edicti allatam, sic accepit, quasi simpliciter, & absolute prolatam.

II. Ad textum Scævola in d. l. *Imperatores* 3. §. 1. negamus transactionem de testamento rescindi, post repertos codicillos, cum solum dicat Scævola, transactionem ad codicillos non porrigi, quia tempore transactionis nulla de his cognitio habebatur. Species enim est. Quidam condito testamento, fidei heredis commisit, ut hereditatis trientem matri suæ restitueret. Quod fideicommissum deinde in codicillis ad semissem auxit. Mortuo testatore, mater transegit de triente in testamento per fideicommissum relictum, nulla mentione habita de Codicillis, qui ignorabantur. Ait Scævola, repertis deinde codicillis, matrem defuncti posse agere ad sextantem, in quo fideicommissum codicillorum excedit fideicommissum in testamento relictum. Quo casu non rescinditur transactio de testamento, sed solum dicitur, eam non extendi ad codicillos, qui

qui postea reperti sunt . Et hoc est , quod etiam docet Celsus in *d.l. non est ferendus* 12. *in fine* , illis verbis : *Si tamen postea Codicilli proferuntur , non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse , quod illarum tabularum , quas tunc noverat , scriptura contineretur .*

III. Ad rationem ab Adversariis subjunctam , respondet Schiffo *q.8. in fine* , nullam in eo captionem considerari posse , qui noluit acquirere , quando potius laudanda est ejus cogitatio , qui etiam modico accepto , quæ alioquin ex testamento sibi intentari posset , discedit . At quia Adversarii obtendunt captionem esse ex parte occultantis testamentum , propterea dicimus , contra hos intentari posse & debere edictum provinciale de tabulis testamenti aperiendis , & describendis . Quod si quis non intentet , sibi imputet .





DOMINICI AULISII

J. C. C L A R I S S I M I,

De Vulgari, & Pupillari substitutione.

Ad lib. XXVIII. Digestorum, Tit. VI.



Mnis nostri Juris difficultas ex tribus potissimum causis oritur: vel a subtilitate rerum, de quibus agitur: vel ab obscuritate legum, quæ eas comprehendunt: vel tandem ab antinomiis. Quæ sane omnia, cum in hoc Substitutionum titulo passim occurrant, tractationem hanc imprimis difficilem reddunt. In ea explananda, nos nihil eorum, quæ enodari desiderant, omitemus. Imo alias quoque leges, quæ vel in PP. vel in Codice, vel in Novellis, sub diversis titulis collocatæ sunt, & ad hanc rem faciunt, huc quasi fugitivas retrahemus. Ita cum ceteris 48. quæ in hoc titulo extant, pro merito lucem recipient.

De definitione, & divisione substitutionis
ad l. i.

LEges, dum morientium voluntatibus favent, non solum eis potestatem instituendi sibi heredem impartitæ sunt; sed etiam, ut heredem alium scriberent, sive in secundo gradu, ut in vulgari accidit, sive in secundo casu, ut in Pupillari fit. Et hoc est, quod *Substitutionem* leges appellant: cujus definitionem tradere arduum visum est. Et quidem ab hoc onere egregie se exemit Jo: Corasius ad *tit. C. de impuberum*, n. 1. dum ait, disputationem de definitionibus fastidiosam esse, & inanem; quasi vero cæca ea omnis tractatio non sit, ubi de re per nomen denotata non constat; & constare, nisi per definitionem, non potest.

Cc

Alii

Alii descriptionibus contenti sunt . Et quidem fatendum est , *leges nostras* descriptionibus potius , quam definitionibus delectari , ut de medicis Empiricis notat Galenus in *Ilagoge cap.5.* dum ait : *Definitionibus usi sunt Logici (Medici) , descriptionibus Empirici* , quibus scilicet rerum , quæ a nominibus significantur , delineatio quædam tantummodo traditur , non etiam earundem essentia eruitur . Proinde Modestino in nostra *l.1.* satis visum est dicere : *Instituti* (heredes) *primo gradu , substituti secundo , vel tertio* . Cui affine est , quod habet Paulus hic in *lex facta , §. Lucius* , dum de substitutione ait : *Secundi heredis institutio , & Cajus 2. Instit.4. Substitutio est secundi heredis appellatio* .

Obstat tamen I. quod habet Alphenus hic in *l.moribus , §.sed etsi* , ubi institutionem præcedit substitutio , hoc modo : *Si filius heres non erit , aut intra impubertatem decesserit , Sejus heres esto , filius heres esto* .

Verum ex eodem Jurisconsulto respondetur , ideo eam substitutionem valere , quia non ordo scripturæ , sed successionis attenditur ; eumque institutum dici , cui primo loco hereditas ex testamento defertur : cum vero substitutum , cui secundo , vel tertio . Idque ex benignitate receptum est , nam Juris rigor exigit , ut substitutionem semper præcedat institutio , *In fraudem , §.item , l.miles , §.ult. ff.de mil.testamento* . Ita olim ante heredem institutum inutiliter legabatur , vel libertas dabatur , ex eo , quod legata , & libertates vim ex institutione recipiunt ; Justinianus tamen scripturæ ordinem non attendi iussit , & ex benignitate ea omnia substinuit , *§.ante heredis , de legatis* . Ita quoque ante heredis institutionem tutor dari potest , *§.ad certum , Qui testamento tutores* . Vide latius Josephum Villar *de substitut. pupillari , cap.2. §.2.*

Obstat II. quod dari potest secundi heredis institutio , quæ non sit substitutio , ita ut ambo heredes in primo gradu sint ; veluti *Sejus in besse heres esto , Titius in triente heres esto* . Utique Titius est secundus heres , nec tamen substitutus ; & quidem *secundus heres* dicitur in *l.Julianus , §.idem , & in lex unciis , ff.de hered.instit.* Quare prædicta Pauli & Caji verba malam definitionem , nec bonam descriptionem constituunt .

Est tamen distinguendum inter nuncupationem seu scripturam , & gradum . Nam si gradum attendamus , apud Latinos *secundus heres* dicitur , qui substitutus est . Quod pluribus exemplis posset ostendi , sed nunc satis sit Suetonius , dum in *Cæsare , cap.83.* ait : *Decimum Brutum etiam in secundis heredibus* , idest in vulgariter substitutis . Ita quoque in *Octavio cap.101.* institutos vocat *primos heredes* : substitutos , *secundos* : & *tertio gradu heredes* appellat , qui his deficientibus vocantur . Proinde cum dico *Sejus in besse heres esto , Titius in triente* , quia hic unus tantum gradus est , omnes hi erunt primi ; quamvis scriptura inspecta , Sejus sit primus heres , Titius secundus . Proprie autem dicuntur

tur *coheredes*, *l. qui solvendo*, ff. de *hered. inst.*

Verum quia ambiguitas tollenda est, ideo placet, ut ita dicamus; *Institutio est heredis institutio in secundo gradu, vel casu*. Et quidem in secundo gradu fit substitutio vulgaris, veluti *Si Sejus heres non erit, Titius heres esto*; nam gradus non est, nisi ordo successionis, quo heres unus in locum alterius deficientis vocatur. At substitutio pupillaris est in secundo casu, veluti *Si filius heres erit, & in pupillari aetate decesserit, Titius heres esto*. Proinde a Modestino hic substitutio vulgaris dicitur *Simplex*, Pupillaris vero, *Duplex*.

Negant quidam heredem filio datum posse *substitutum* appellari; nam nec talis est respectu patris, cui non est heres: nec respectu filii, cui est primus heres. Quare volunt cum Paulo de Castro in nostra *l. 1. num. 1.* & Merenda *4. controuv. Juris 6. num. 13.* & seq. pupillarem, improprie substitutionem dici, cum suapte natura institutio magis fit, quam substitutio. Omissa responsione Donelli *6. comment. 25.* dicimus hæc nihil obstat; non enim heres filio datus dicitur *substitutus* respectu gradus, sed tantum respectu casus, ut jam explicatum est.

Ceterum cum dicitur *secundus gradus*, intelligitur etiam tertius, quartus, & quilibet ulterior; nam aliquando *secundum* dicitur quodcunque post primum est. Ita per *secundas nuptias* eas omnes intelligimus, quæ post primas contrahuntur, ut in *tit. C. de secundis nuptiis*; quidquid repugnet Goveanus hic *num. 7.*

Ex his facile est cognoscere, fideicommissarium universalem non esse substitutum, *l. tutores, §. heres, ff. de admin. tutor. & tit. C. de institutionibus, substitutionibus, & restitutionibus*; non enim vocatur ad secundum gradum, quia vere heres non est, nec subingreditur locum prioris heredis deficientis. Nec vocatur in secundum casum, quod nulli, nisi substituto pupillari competit. Quia tamen fideicommissarius loco heredis est, ut dicitur in *§. restituta, de fideic. hereditatibus*; ideo interdum improprie *substitutus* vocatur, ut in *l. generaliter, §. cum autem, C. de institutionibus*.

Varie substitutio a Doctoribus dividitur, quæ omnia facile rejiciuntur ex nostra rubrica, quæ est *de vulgari, & pupillari substitutione*, ex qua intelligimus substitutiones non nisi duas esse, vulgarem, & pupillarem. Quod etiam constat ex nostra *l. 1.* ubi Modestinus duas tantum substitutionum species agnoscit, *Simplex*, quæ est vulgaris, & *Duplicem*, quæ est Pupillaris. Et ratio est, quia substitutionum species desumendæ sunt ex ratione, qua quis substitutus fit: quæ ratio vel est, quod quis vocatur ad secundum gradum, ut accidit in vulgari: vel ad secundum casum, ut est in pupillari.

Verum si attendamus personas, quibus substitutio fit, tunc per accidens triplex erit, vulgaris, quæ inde nomen habet, quia vulgo permittitur, & cuivis ætati, & personæ fieri potest, Goveanus hic in *rubrica*

brica num. 13. Pupillaris, quæ fit filio impuberi eo casu, quo pupillus decedat. Quasi pupillaris, quæ filio furioso fit, scilicet si in furore obeat. Quasi pupillarem cum Cujacio vocamus eam, quæ vulgo *exemplaris* nuncupatur, cum ad exemplum pupillaris a Justiniano introducta sit, *l. humanitatis, C. de impuberum*. Hæc tamen appellatio imperitorum est, quia exemplare non dicitur id, quod ad exemplum alterius expressum est: sed, quod pro exemplo aliis deservit. Ceterum pupillaris, & quasi pupillaris unicam substitutionis speciem constituunt, quia utraque fit in secundo casu, nempe illa, si filius heres erit, & in pupillari ætate decesserit: ista, si filius heres erit, & in furore obierit.

Reciproca vero, seu mutua, est qualitas, quæ utrique speciei, vulgari, & pupillari competit; cum locum habeat, quando pluribus institutis heredibus, unus alteri substituitur, quo casu plures insunt vulgares, vel pupillares, ut hic in *l. jam hoc Jure*.

Denique compendiosa est simplex modus, qui sub compendio verborum vulgarem, & pupillarem comprehendit, veluti si dictum sit, quandocunque filius decesserit, Cajus heres esto, *l. precibus, C. de impuberum*.

Si cui concessa est potestas disponendi, aut testandi, an is idem vulgariter substituere possit.

Q U Æ S T I O I.

Cum plurimi casus sint, in quibus hæc quæstio locum habere potest, præcipue tamen pro feudis proponi solet; quandoquidem de Jure Longobardico (quod Jus commune feudale appellatur) omnis quæcunque in feudis testamentaria dispositio improbatur, *cap. 1. in princ. de successione feudis*; in Regno tamen nostro ex dispensatione Regis concessa Baroni potestas est disponendi de feudis, *pragm. 18. cum concordantibus, sub tit. de feudis*. Inde quæsitum est, utrum ex hac potestate licita eidem Baroni intelligatur substitutio? Idipsum quæri posset in specie textus in *l. cum hic status, §. si miles, ff. de donationibus inter virum*, ubi miles, qui ex flagitio militari damnatus, testari non poterat, ex *l. si quis filio, §. irritum, ff. de injusto rupto*, a Præside potestatem testandi de bonis Castrensibus impetravit; quæri, inquam, posset, an ex hoc ipso miles recte substituatur.

Et, ut distincte procedamus, in duas omnino partes hæc quæstio dividenda est: in priori agemus de substitutione vulgari, in posteriori de pupillari; non enim eadem in utrisque sive difficultates, sive rationes vigent.

Sunt ergo qui putant, potestatem substituendi vulgariter non intelligi

telligi concessam ei , qui alioqui testari prohibitus , facultatem testandi seu disponendi obtinuit , & maxime si is Baro sit , qui de feudis testari velit , ut post alios late tuctur Loffredus *conf.7.*

Quod probant I. quoniam in his, quæ stricti Juris sunt, ubi duo simul prohibentur, concessio, quamvis ex vi nominis utrumque comprehendere possit, semper tamen de uno facta intelligitur, ut constat ex textu in *l. filiusf. §. item videamus, ff. de donationibus*, ubi si quis filiofamilias donandi potestatem concesserit de peculio profectio, poterit is quidem inter vivos donare, at non etiam donare causa mortis, etsi donandi verbum utrumque comprehendat. Ratio est, quia utrumque filiofamilias in eo peculio prohibitum est, ut in illis verbis legis: *Pari autem ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur.* Jam hæc omnia ad nostram speciem aptare, & traducere facile est. Æque enim militi ex militari flagitio damnato, & Baroni in feudis, prohibitum est instituere, & substituere. Unde fit, ut quoties ipsis a Principe, aut Præsidente, testandi, aut disponendi potestas impertitur, id de sola institutione debeat intelligi, quamvis testandi, & disponendi verbum etiam substitutionem comprehendat.

II. Probant, quia concessio facta ei, qui ea potestate caret, intelligitur de prima & unica vice, itaut qui semel facultate sibi concessa usus sit, eam jam omnino consumserit, *l. boves, §. hoc sermone*, ubi DD. *ff. de verb. signif.* Unde in specie nostra verbum, *disponere*, de sola institutione capiatur opus est; si enim substitutionem vulgarem adhuc comprehenderet, non esset amplius una dispositio, sed multiplex; propterea quod substitutus non est coheres, sed secundus heres succedens in locum alterius deficientis, *lex fufio, §. Lucius, ff. de vulg.* ut substitutio omnino sit altera, & nova institutio, a priori diversa, in qua facultas disponendi jam fuerat consumpta, Innocentius in *cap. dilectus filius, n. 1. de præbendis, & dignitatibus*, quem sequitur Montanus *de regalibus, §. fin. num. 11.*

Idipsum de fideicommissis dicendum videtur, qui est actus ab institutione diversus, & diverso tempore ab institutione effectum sortitur: alter scilicet actus tempore, quo testator moritur, & quo fit locus heredi instituto: alter tempore, quo fideicommissi restitutio fit.

Alii tamen in contrarium nituntur apud Pratum *1. obs. 78.* & Cane- tium in *cap. volentes Regni Sicilia n. 41.* ea moti ratione, quia substitutio, & fideicommissum sunt partes testamenti, uti etiam legata sunt: quare sicut concessa alicui potestate testandi, & disponendi, eidem legare licet, ita quoque licitum erit substituere, & hereditatem per fideicommissum relinquere. Quod utique argumentum fortissimum est. Immo, amplius posset dici, concessa potestate testandi, licita esse omnia, quæcunque ab ea potestate dependen- t, etsi extra testamentum, & ab intestato fiant, ut sunt codicilli, & mor- tis causa donatio. Id constat ex *d. l. cum hic status, §. si miles*, ubi miles dam- natus, qui a Præsidente ut de bonis castrensis testaretur, impetravit, non

modo testari potest, sed mortis etiam causa donare etiam ab intestato; ut in illis verbis: *Nam & mortis causa donare poterit, cui testari permiffum est*. Nempe, quia causa mortis donatio a potestate testandi dependet; ut propterea cui testamenti factio concessa non est, eidem nec mortis causa donatio permittitur, *l. 1. in princ. ff. de tutelis, & rationibus*: quod alibi a nobis post Antonium Fabrum late probatum est. Id ipsum verum est de Codicillis; nam qui Jus testandi habet, codicillos etiam ab intestato facere potest, *l. si quis 3. ff. de Jure codicillorum*. Ex his satis aperte constat, ei, qui testandi potestatem impetravit, multo magis licitum esse, facere ea omnia, quæ in testamento fieri consueverunt, non modo legata, sed etiam vulgarem substitutionem, & fideicommissum: quod quidem fideicommissum nonnulli etiam in contractibus constitui posse docent, modo pro fideicommissariis tabellio stipuletur, quia absenti citra stipulationem Jus non quæritur, *Peregrinus de fideic. art. 51. num. 3. & seq.*

Nec in contrarium opposita quidquam urgent. Nam id, quod primo loco dicebatur, ex duobus, quæ quis facere prohibitus est, unum tantum intelligi concessum, quamvis verba in concessione adhibita utrumque comprehendant, facile diluitur; respondendo verum id esse, quoties ea duo a diversis Juribus, seu facultatibus dependent, ut est in donationibus, quarum quæ est donatio inter vivos, a Jure contrahendi dependet: at ea, quæ est donatio causa mortis, tota est a potestate testandi, ut jam monuimus. Non ita se habet in specie nostra, ubi potestas vulgariter substituendi pendet ab eadem facultate, a qua descendit potestas instituendi, nempe a Jure testandi, & disponendi; ut propterea cui hoc Jus concessum est, possit is instituere, & substituere, ut pariter legare, per fideicommissum relinquere, codicillos ab intestato facere, & causa mortis donare; cum hæc omnia ab uno Jure testandi pendeant, sicuti probatum est.

Cum autem secundo loco ajunt, concessionem disponendi, & testandi, de prima tantum vice capi oportere, non etiam de secunda, concedendo id verum esse, negamus tamen in specie nostra multiplicem factam intelligi dispositionem, quandoquidem testamentum, ubi quis heredi vulgariter substituit, unicum est, & unica etiam est dispositio, ut apud omnes constat; & argumento esse potest, quod solemnitates non duplicantur, ex notatis a Theophilo in *§. igitur, Institutionibus de pupillari*. Itaque cum moriturus habeat potestatem semel testandi, aut semel disponendi, & dubitari nequeat, quin instituendo, & vulgariter substituendo, semel ipse testetur, aut semel disponat, nihil obstat textus in *d. l. boves, §. hoc sermone*.

Præterea regula hujus §. cessat, quoties concedentis mens suadeat verisimiliter, concessionem etiam de altera vice capi, aut posse, aut debere. Probat id textus in *l. cum quidam, ff. de annuis legatis*; nam testa-

tor decurionibus municipii legavit certam pecuniæ summam ; inter eos distribuendam die natalis sui . Videbatur quidem ex regulis Juris divisio uno tantum anno facienda ; quia tamen non erat verisimile , testatorem voluisse , diem suum natalem uno tantum anno celebrari , & lætum esse , propterea DD. Severus , & Antoninus legatum annuum esse , & perpetuum rescripserunt . Probat pariter textus in *l. si habitatio* , §. *utram* , ff. *de usu & habitatione* , ubi sermo est de habitatione simpliciter legata , & rejicitur sententia eorum , qui eam de uno anno capiebant , admissa contraria sententia Rutilii , & Celsi , qui legatario , donec vivat , habitationem competere voluerunt . Jam hæc quoque verisimilitudo in nostra specie adest ; nam qui potestatem testandi , & disponendi concedit , verisimiliter voluisse videtur , ut concessio effectum se ipsa sortiatur , hoc est , ut qui impetravit , vere moriatur testatus . Quocirca is si instituendo vereatur , ne intestatus decedat , debet ei licitum esse facere , ut vulgariter substituendo , effectum sortiatur concessio testandi , & disponendi ipsi a lege , seu a Principe facta .

Utrum in testandi , aut disponendi potestate ,
comprehendatur potestas pupillariter substituendi .

Q U Æ S T I O II.

MAjor nunc manet nos difficultas , quæ est de substitutione pupillari . Nos quæ utrinque afferri solent , aut possunt , rationes in medium afferemus .

Et multorum sententia est , cui testandi , & disponendi potestas concessa sit , eidem non denegari facultatem substituendi pupillariter . Quod hac ratione probabile sit , quam altius repetemus . Substitutio pupillaris in ipsius pupilli utilitatem ex æquitate moribus populi Romani introducta fuit , ne pupillus , qui ob ætatem sibi condere testamentum non potest , intestatus decedat , *l. si pupillus* 42. ff. *de acq. hered.* ubi qui aliquid facit , quo substitutus pupillaris dimidius impuberis hereditatem adeat , pupilli utilitatem impugnare dicitur . Ex quo Juris principio factum est , ut substitutio pupillaris modo habeatur pro testamento patris , modo pro testamento filii , ut nimirum magis ipsi pupillo conducit , & utile est : quod Accursius pallium vertere dixit in *l. Papinianus* , §. *sed nec impuberis* , ff. *de inofficioso testamento* ; quo in textu habetur , in substitutione pupillari , facta a patre filio pupillo , non opus esse legitimam portionem matri ipsius pupilli relinquere ; quia testamentum fecit pater , qui uxori suæ , quæ eadem est pupilli mater , legitimam relinquere non obligatur ;

quam,

quamvis ad eam relinquendam obligetur filius, cum ipse sibi testamentum condit. Habetur e diverso, neque fratribus patris legitimam esse relinquendam, quia substitutio pupillaris filii testamentum est, qui patris suis nihil relinquere tenetur. Ex his satis superque apparet, rem omnem ex pupilli utilitate metiri, & interpretari, eamque hactenus verti, donec ipsi conducat.

Hinc etiam intelligimus, cur quos ego possum heredes mihi necessarios facere, eosdem possum & filio, ut servum meum, & fratrem suum, *l. sed si plures, §. quos possum, ff. de vulg.* Eo tamen casu substitutio pupillaris habetur, ut testamentum patris, quia filio datur heres necessarius, qui solum est necessarius heres testatori.

Jam, ut hæc ad nostram quæstionem adaptemus, duo casus distinguendi sunt, juxta duo exempla initio quæstionis hujus proposita, in Milite, & in Barone.

Primo itaque miles damnatus, si impetrata testandi potestate, filio pupillariter substituatur, dicendum videtur substitutionem istam non haberi, ut testamentum pupilli, quia id pupillo minime esset utile. Sequeretur enim substitutionem ipsi a patre fieri non posse: quippe bis miles testaretur, semel pro se, semel etiam pro filio; cum certum sit concessionem testandi alteri factam de una tantum vice intelligi, nisi mens concedentis verisimiliter suadeat, eam concessionem de altera etiam vice capi oportere, juxta ea quæ superius a nobis disputata sunt: quæ utique verisimilitudo in specie nostra locum non habet.

Opus est ergo, ut dicamus hic pupillarem substitutionem accipi, ut testamentum patris, prorsus ut nihil aliud sit, nisi pars subjectiva illius. Probatum vero jam est, sub concessionem testandi, intelligi concessam potestatem circa omnes testamenti partes, ut legata, codicillos, donationem mortis causa, & propterea etiam fideicommissum, & substitutionem. Ita sane utilis substitutio fiet.

Solvi hinc etiam potest anceps illa inter Proculianos, & Sabinianos quæstio, utrum testamentum, in quo pater filio pupillariter substituit, unum testamentum sit, an vero duplex. Eam quæstionem, quoniam huic nostræ disputationi lucem asserre potest, hic brevibus tractare operæ pretium erit. Sabiniani unum, Proculiani duplex esse existimabant. Solvitur tamen, si dicamus, in aliquibus ut duplex considerari, cum scilicet id pupilli utilitas exigit; unde non unicum exigit contextum, sed pater potest una hora heredem lib. scribere, & altera pupillo: qua in re duplicis testamenti vim servat, *l. si quis eum, §. 1. ff. de vulg.* Idipsum est, cum duæ dicuntur esse hereditates, altera patris, altera filii, *d. l. sed si plures, §. 3. ff. cit. tit.* In aliquibus vero, ut simplex testamentum haberi, & non nisi septem testes exigi, unicam detrahi Falcidianam, quia id pupillo magis conducit. Ita quæ facillime hæc difficultas tollitur, & evanescit, quæ ardua adeo visa est Justiniano, ut eam indecisam reliquerit in *§. igitur, Instit. de pupillari.*

Pro

II. Pro Barone pupillariter substituente in feudis non una ratio videretur; viget enim ea, quam modo in milite posuimus. Viget præterea alia, quæ desumitur ex substitutione pupillari, habita pro testamento filii; quippe pater dum Jure patrio pupillariter filio substituit, utitur ea potestate, quam filius haberet, si sui Juris effectus, ac in legitima ætate constitutus, sibi testamentum conderet, & vellet sibi scribere eundem heredem, quem ei dedit pater, etsi ipse pater in testamento, quod facit sibi, non posset Jure proprio talem heredem facere, *l. 1. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoff. testam.* Itaque cum substitutio pupillaris pro filii testamento habeatur, tanquam si sui Juris esset, & adultæ ætatis, utique in feudis licita erit, quia apud nos cuius Feudatario testandi facultas benigne concessa est. Erunt proinde duo testamenta, unum patris, alterum filii; unde fit, ut pater semel tantum, non etiam bis, videatur uti facultate testandi sibi concessa.

Verum alii in contrarium nituntur; & quamvis concedant hæc omnia recte se habere extra causam feudalem, negant tamen inde quidquam concludi posse pro Barone pupillariter substituente in feudis; quippe leges testamentariæ Juris civilis, Jure feudali neque receptæ, neque cognitæ sunt; ut propterea velint controversiam hanc omnem aliis rationibus examinandam, & discutiendam esse, similitudine accita ex iis, quæ in re testamentaria populo Romano primis Reipublicæ temporibus acciderunt.

Primum itaque satis durum, & ab omni ratione alienum videbatur, ut quis testamentum de suis bonis condant; cum enim testamentum vim non habeat, nisi post testantis mortem, *l. 1. cum seq. ff. de hered. vendita*, inde fit, ut disponat quis de rebus in id tempus, quo amplius rerum earum dominum non est habiturus; quandoquidem morte omnia solvantur. Videbatur itaque testandi facultas omnis morientibus deneganda, qui de rebus suis, si velint, disponant inter vivos, donando, vendendo, cum scilicet adhuc domini sunt, Faber in *rationalibus ad l. 1. ff. de testamentis*. Et eo respexisse creditur testamentum per æs, & libram, ubi testator bona sua fingeat vendere antestato, de quo in *sit. de testamentis* diximus.

Verum deinde, hac Juris subtilitate omiſſa, unicuique patrifamilias libera testandi facultas concessa fuit, ut scilicet de rebus suis etiam post mortem, cum dominus amplius non est, disponat: idque ex amplissimis XII. Tabularum verbis: Uti legasset suæ rei, ita Jus esto, *l. verbis legis, ff. de verb. signif.* At non statim concessa testandi potestate, etiam pupillariter substituendi potestas concessa visa est; nam ut hanc paterfamilias haberet, necesse præterea fuit, ut ea ipsi moribus Populi Romani permitteretur, *§. nam moribus, Instit. de pupillari*.

Non dissimili modo discurrendum est in feudis. Est plane feudatario omnis disponendi potestas de feudo per testamentum denegata, *cap. 1.*

de successione feudi; non tamen ex eo, quia de ipsis post mortem, cum ipsorum amplius dominus non est, disponeret: sed alia prorsus ratione. Quippe alterutrum accadat, necesse est; vel enim disponit, præter, seu contra id, quod in investitura contentum est, & esset rei feudalis alienatio, quæ sine domini permissu fieri non potest, ut in titulis *de probibita feudi alienatione per Lotbarium*, & *per Fridericum*: vel disponeret juxta ejusdem investituræ leges, & inutile prorsus testamentum erit, cum nihil, nisi quod in investitura habetur, contineat.

Hæc de Jure communi; at hodie ex legibus nostri Regni licitum est Baroni, ut de feudis libere disponat, seu leget. Non tamen propterea dicendum est, ei concessam intelligi potestatem pupillariter substituendi, sicut enim Civis Romanus ex potestate testandi, quam illi dederant leges decemvirales, non propterea poterat pupillariter substituere; ita nec poterit Baro, nisi novi mores, vel novæ leges specialiter hanc ei potestatem concedant. Quippe, ut ex dictis constat, tria apud Romanos tempora hæc in re distinguenda sunt. I. Regum, sub quibus nulli disponendi de rebus suis per testamentum facultas fuisse videtur: alterum legum Decemviraliū, cum id concessum est: ultimum, cum moribus etiam substituendi pupillariter impertita potestas est. At vero in feudis hæc tria tempora hætenus non habemus, sed duo tantum priora, ultimum vero deficit: quippe adhuc neque mores, neque leges extant, quæ hoc pupillariter substituendi Jus concesserint.

Ex his colligunt I. quod etsi in Regno nostro ex *pragm. 33. de feudis* permissum sit Baroni morienti, ut possit in testamento fœminam proxime successuram excludere, vocando ad successionem masculum eum, qui tempore conditi testamenti succederet, si fœmina non extaret; non propterea tamen eidem Baroni concessum intelligitur, ut pupillariter substituendo, eadem facultate uti possit. Exemplum esto: quis filium Impuberem sibi in feudis scripsit heredem, eique in pupillari ætate decedenti ita substituit, ut ad hereditatem pupilli vocaret patrum suum, exclusa vigore *d. pragm. 33.* pupilli sorore, quæ eidem pupillo erat proxime successura. Non inquirunt, id facere potest, quia in pragmatica modo dicta solum disponendi, & testandi, non etiam pupillariter substituendi facultas concessa est.

Colligunt II. quod licet ex *prag. 34. de feudis* licitum sit Baroni, ut in feudis suis majoratum instituat, & fundet, hoc est, ut ad feudorum petitionem admittatur semper qui in familia major natus est, seu, ut dicitur, primogenitus; tamen non inde fit, ut eidem Baroni pupillariter substituere liceat; quandoquidem majoratus non est, nisi fideicommissum cettis personis ex familia relictis, ex *l. cum ita legatur, §. in fideicom. ff. de legat. 2.* & post alios docuit Molina 1. *de primog. l. num. 7.* fideicommissum vero nihil commune habet cum substitutione pupillari, præsertim cum fideicommissum ne in genere quidem substitutionum sit, ut ex
Dua-

Duareno , Donello , Fabro , aliisque in Institutionibus probavimus .

Neque dicas actum istum, etsi non valeat tanquam substitutionem pupillarem, valere tamen debere uti fideicommissum; hoc enim rejicitur primo ex textu in *l. verbis civilibus, ff. de vulg.* ubi si quis paganus verbis civilibus, sive directis, filio substituat post 14. annum, pupillaris substitutio finitur ipso anno 14. eo vero emenso, non resolvitur in fideicommissum, seu, ut textus loquitur, frustra fit. Puta, filius meus heres esto, quod si intra vicessimum quintum ætatis annum vita decesserit, Cajus hæres esto; quippe filio obeunte intra 14. annum, substitutus ex pupillari omnia pupilli bona capiet: at post eam ætatem omnino excludetur; nisi tamen miles sit, qui ita testando disposuit; eo enim casu ex privilegio militum, filio post 14. annum satis cedente, substitutio resolvetur in fideicommissum, ex quo Cajus patris dumtaxat bona cum fructibus inventis in hereditate capiet, *l. centurio, ff. de vulg.* Itaque quia Baro testando non habetur, ut miles, sed ut paganus, propterea ejus pupillaris substitutio nequit ex privilegio militum in fideicommissum verti; quocirca in feudis non est recepta regula, Si quod ago non valet, uti ago, valeat uti valere potest, sicuti post Andr. de Isernia docet Montanus in *cap. imperialem, num. 209. & 234. de prohib. feudi alienat. per Fredericum, & Antonius Maurus allegat. 16.*

An in substitutione pupillari insit vulgaris.

Ad l. jam hoc Jure 4.

Q U Æ S T I O III.

Disputatum de hac re olim Romæ est in M. Curii causa, de qua multa extat apud Ciceronem, & Quintilianum mentio, quod viri Consulares Q. Mutius Scævola, & L. Crassus, ambo eloquentissimi, ambo Juris peritissimi, in contrarias partes iverint. Nam Coponius quidam testamentum fecit, relicto herede filio, qui sibi ex uxore prægnante nasceretur in decem mensibus, & si is moreretur priusquam in suam tutelam veniret, M. Curium substituit. Accidit, ut natus posthumus nullus sit, & apud Centumviros quæsitum est, utrum M. Curius secundus heres, exclusus ex pupillari substitutione, admitteretur saltem ad hereditatem Coponii testatoris ex vulgari, quæ tacita in pupillari insit.

Et quæstio fuit, ut constat ex Cicerone in *Bruto*, quid sequendum sit, utrum quod scriptum erat, an potius æquum, & bonum. Scævola enim scriptum tuebatur, nempe, ut tantum unusquisque velle videretur, quantum expressisset, *l. qui heredi, in princ. ff. de condit. & demonstr. l. si cum dotem, ff. sol. matr.* Quocirca cum in specie proposita vulgaris substitu-

tio a testatore expressa non sit, dici nequis eam in pupillari tacite comprehendendi. At Crassus pro æquo & bono stabat, contendens voluntatem testatoris ex æquo & bono eam esse censendam, ut is sibi, non nato filio, heres esset, qui filio nato, & in ætate pupillari mortuo, eidem filio heres futurus erat, id est, ut in pupillari inesset vulgaris. Quid in hac Curiana causa a Centumviris statutum sit, non constat; ex Cicerone tamen colligi posse videtur, Q. Scævola victum fuisse, cum dicat eum obrutum a Crasso argumentorum, exemplorumque copia.

Sed jam hæc omnia plenius discutienda sunt. Nostri Interpretes communi fere calculo Crassi sententiam amplexi sunt, docentque substitutionem a patre filiofamilias factam in secundo casu, nempe, si filius heres erit, & in pupillari ætate decesserit, tacite continere substitutionem, quæ in primo casu sit, seu vulgarem, prorsus ut filio herede non existente, substitutus vi tacitæ vulgaris succedat in hereditatem testatoris. Ita Accurs. Bart. & reliqui in *l. 1.* & in *l. jam hoc Jure*, ff. de vulg. & novissime Henricus Breakman in erudita, & eleganti *Diatriba de Eurematicis Modestini cap. 7.*

In contrarium tamen primus omnium pugnavit Lancellottus Politus in *tract. de substitutionibus*, cap. de vulgari, & latius cap. de pupillari, qui Scævola sententiam sequutus, docuit nullam dari vulgarem substitutionem tacitam, quæ in pupillari contineatur. Idipsum deinde defendit Viglius *Institutionibus de pupillari*, in princ. quibus se comitem dedit Antonius Faber *de erroribus pragmat. dec. 32. err. 9.* & sequi qui vulgarem substitutionem tacitam ab Interpretibus nostris per nimiam Juris imperitiam confectam esse ait, nec antiquis Jurisconsultis cognitam. Quæ sane verba Faber effudit non sine summa L. Crassi injuria, quem ejus sententiæ auctorem esse ignorare non potuit, quamvis eum non nominet: qui tamen Crassus a Cicerone in *Bruto* eloquentium Jurisperitissimus, ut Scævola Jurisperitorum eloquentissimus, appellatur.

Nos sane Crassi sententiam non modo a Centumviris probatam, sed præterea eam in nostro Jure expressam putamus, ut scilicet pater, qui filio impuberi substituit in casum pupillarem tantum, in vulgarem quoque tacite substituisse intelligatur.

Movemur primo ex nostra *l. jam hoc Jure*, quæ excerpta ex Modestino libro singulari *de Eurematicis*. Sunt autem Græce *εὐπνῆματὰ* idem, quod Latine Consilia, remedia, quæ in casum aliquem dubium excogitantur, ut quis tutus sit. Vulgo *cautelae* dicimus. Itaque Modestinus consilium præstans patri, ut se gerere debeat in substituendo, cum duos habet filios, puberem unum, alterum impuberem, monet eum, ne reciprocam ipsis substitutionem faciat, dicendo, *Filii mei heredes sunt, eosque invicem substituo*; quippe eo modo in vulgarem tantummodo casum facta videtur substitutio ex D. Marci constitutione;

et:

et si enim filius impubes duplicis substitutionis capax sit, hoc est, vulgaris, & pupillaris, quia tamen alter filius pubes non est capax, nisi unius tantummodo vulgaris, eapropter hæc solum utrique in reciproca facta censetur; cum enim reciproca substitutio æqualitatem utrinque exigit, incongruum inde videtur, ut in altero filio duplex sit, in altero simplex. His ita statutis, consilium patri Modestinus præbet, in hæc verba: *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debet: ut si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur. Si autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur: quod casu in utrumque eventum substitutus videbitur.*

Hæc postrema verba manifeste probant, substitutionem factam in casum pupillarem expressum, trahi ad vulgarem; docet enim Modestinus, patrem, institutis filiis, relicta reciproca, debere duas separatim substitutiones facere, vulgarem filio puberi, hoc modo: Quod si filius pubes heres non erit, impubes heres esto; secundo pupillarem filio impuberi, ita: Quod si impubes heres erit, & infra pubertatem (hoc est, in ætate pupillari) decesserit, pubes heres esto. Ex quo fieri ait, ut pubes in utrumque casum videatur substitutus, hoc est, tam si frater impubes heres non sit, quam si heres sit, & antequam in suam tutelam veniat, decesserit; ut proinde manifestum sit, in pupillari expressa tacite vulgarem inesse. Et hoc est quod volunt sibi ea verba: *Quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur.*

Quippe ita intelligenda esse hæc postrema verba, tum per se patet, tum etiam ex specie, in qua Modestinus patri consilium præbet; quærebatur enim, qua ratione posset pater filio puberi vulgariter substituere, & filio impuberi tam vulgariter, quam pupillariter, ut ita eis fierent substitutiones omnes, quibus capaces sunt. Et monet primo Modestinus patrem, ne contentus sit sola reciproca, dicendo, eisque invicem substituo, quia hæc utrinque solam vulgarem contineret, ob æqualitatem, quam servare debet. Consultit deinde, ut duas faciat substitutiones singulas singulis, nempe, ut puberi substituatur in casum vulgarem, impuberi in casum pupillarem. Jam si pupillaris hæc non comprehenderet tacite etiam vulgarem, non satisfecisset Modestinus desiderio patris, qui impuberi duplicem facere substitutionem volebat; ut propterea omnino dicendum sit, Modestinum hic sensitse, in pupillari expressa tacite vulgarem inesse. Et sane non modo ita sensit, sed etiam ita clarissime docuit, illis verbis: *Quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur.* Quæ L. Crassi sententia fuit.

Sensit Faber *d. err. 10. num. 10.* se his Modestini verbis premi, & mixis modis se torquet, ut vim eorum eludat; & tandem dicittotam eam partem legis sibi suspectam videri. Ad quod commentum

rum sæpissime Faber, veluti ad sacram anchoram, confugit. Quæ res adeo infelicitè ei cecidit, ut ea ipsa, quæ affert, per se sola satis ostendant, frustra contra tendi.

Primo enim fatetur, in postrema hujus legis parte tradi, substitutionem factam in casum pupillarem trahi ad vulgarem; verum addit, totam eam partem sibi suspectam videri, dignioremque vacillantis ac titubantis Triboniani inscitia, quam Modestini pericia; quænam enim, ait, quæstio poterat occurrere, an substitutio pupillaris expressim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, si qua unquam esset tacita vulgaris ex D. Marci constitutione? Respondemus tamen, non eam hic a Modestino agitari quæstionem, quam Faber ait, sed quæstioni tantum, quæ cautio excogitanda sit per patrem, qui duos habeat filios, puberem, & impuberem, ut omni modo eis substituat; ubi cum dicit, satis esse, si impuberi pupillariter substituat, quia ita in casum etiam vulgarem substituuisse intelligetur, utique non disputat de hac re, sed eam doctrinam pro certa habet, tanquam jam firmatam D. Marci constitutione; utitur tantum ea ad speciem propositam, ut patri cautum sit. Est enim ea lex excerpta ex Modestini libro singulari de Heurematicis, ut ex inscriptione manifestum est. Sunt autem græcæ *εὐρηματικὰ* idem quod latine, consilia, remedia, quæ in casum aliquem dubium excogitantur, ut quis tutus sit. Hodie barbari *Cautelas* vocant.

Sed parum hac Responsione sifus Faber (sensit enim esse levissimam) alio se vertit, & secundo loco dixit, ex speciali ratione hic factum, ut pupillaris substitutio trahatur ad vulgarem, ut propterea nequeat inde generalis regula statui, id semper esse, aut intelligi debere. Specialem autem rationem eam esse dicit, quia in proposita specie fuerat expressa mutua substitutio, directa utraque, sed una vulgaris, altera pupillaris, quæ licet ipsa nec vulgaris sit, nec vulgarem continere soleat, facile tamen potest includere vulgarem, cum ex alia parte jam adest vulgaris. Sunt enim favorabiles mutuæ omnes, & reciprocae dispositiones, *l. si pater puella, C. de inoff. testam.* facileque mutuam sibi præbent interpretationem, quam res ipsa ferre potest. Hæc tamen nihil obstant, & mirum est, non vidisse Fabrum, nullam hic validam ex mutua dispositione rationem elici posse; quippe nulla mutua dispositio esse potest, ubi est inæqualitas, ut textus etiam noster docet. Et sane in nostra specie summa inæqualitas versatur, cum uni filio proponatur substitutum fuisse in casum vulgarem, alteri in pupillarem. Quare verum non est, Modestinum moveri ex ratione speciali ex mutua substitutione petita, sed dicendum potius est, ita statuisse ex generali constitutione D. Marci, qui Crassi sententiam sequutus est, cujus rationem investigare jam tempus est.

Movemur itaque II. ex ratione Crassi desumpta ex bono, & æquo; quam etiam supra tetigimus. Multa quippe in jure nostro ex bono
& æquo

& æquo inducta sunt contra , seu præter scriptum , ut constat in contractibus bonæ fidei , in quibus multa subintelliguntur , quæ scripto expressa non sunt : multa etiam inducta sunt a mera Juris ratione aliena , & , ut de aliis casibus taceam , ita est , ubi de substitutionibus agitur . Constat enim ex D. Marci constitutione inductum esse , ut si pater filio suo impuberi substituerit in casum vulgarem , videatur etiam substituisse in casum pupillarem , *d. l. jam hoc Jure, in princ.* quamvis enim si inspiciamus aut scriptum , nihil verba vulgaris communis habent cum verbis pupillaris : aut rationem , longe inter se abeunt dare heredem sibi , quod fit in vulgari , ac dare filio , quod fit in pupillari ; tamen D. Marcus , spretis his omnibus , contra scripta , & contra meram Juris rationem statuit , ut in vulgari filio facta tacite insit pupillaris , nempe ex bono & æquo , ut faveret pupillo , qui ob ætatis defectum condere sibi testamentum nequit .

Jam hoc bonum & æquum facit , ut dicendum etiam sit , in substitutione pupillari filio facta insit tacite vulgaris favore testatoris ; qui tamen favor non fundatur in eo , quod ipse non potuerit sibi testamentum condere , ut est de pupillo ; sed fundatur in voluntate & mente testatoris ; nam quem vult heredem esse filii sui heredis , eundem necessario sibi heredem velle videtur , ex regula , quod heredis heres , meus est heres , *l. heredis 65. ff. de verb. signif. cum concordantib.* Unde substitutus pupillaris duorum heres est , & pupilli , & testatoris ; ex quo statutum est , ut cum utrumque consequi non potest , unum saltem consequatur , hoc est , ut deficiente pupillari , admittatur ex vulgari . Et quamvis id testator non expresse , ex bono tamen & æquo id voluisse videtur , adeout has duas substitutiones si comparamus , melior videtur causa vulgaris tacitæ , quæ præter favorem testatoris , aliqua etiam Juris ratione nititur , quam tacitæ pupillaris , quæ ex mero pupilli favore dependet .

Interim nesci non sumus filio non solum instituto , sed etiam exheredato pupillariter substitui posse , *§. non modo , Institutionibus de pupillari* ; sed dicimus in hoc casu vulgarem in pupillari non inesse , cum cesset ratio legis , quæ est , ideo inesse , quia qui vult aliquem heredem esse filio pupillo suo heredi , eum vult sibi heredem esse : scimus quoque hunc casum perquam rarissimum esse , præsertim attento novo Jure Justiniano , ex quo filius , nisi ex vitio ingrati , quod facile in impubere locum non habet , exheres scribi nequit . Ceterum quæ semel , aut bis accidunt , prætereunt legislatores , nec ex eo regulam mutant , *l. 24. num. 6. ff. de ll.*

His ita statutis , proximum est , ut videamus quibus moti rationibus Polirius , Viglius , & Faber in contrarium iverint sententiam . Multa sane sunt , quæ ad evertendam Crassi sententiam pro Scævola congerunt , quarum nonnulla per se ex jam dictis evanescent , veluti cum hanc opinionem ajunt nullo Jure probari , alia levia sunt : quare ea solum .

tum adducemus & examinabimus, quæ majoris momenti esse videntur :

Producunt I. textum in *l.paterfamilias*, ff. de priv. creditor. quem Pandectæ Florentinæ reponunt sub tit. de bonis aut. Judicis possid. ubi Jabolenus tractans de impubere filio, cui paterfamilias substitutum dederat, si ante pubertatem decessisset, negat expresse, debere admitti substitutum vivo filio, etiamsi is filius paterna hereditate se abstinauerit; ideoque bona patris interim vendi oportere ait, ut creditoribus fiat satis. Et nihilominus substitutus admitti debebat, jam inde vivo filio, & cogendus, si substitutionem agnovisset, ut creditoribus paternis responderet, si quo unquam casu tacita vulgaris ex pupillari expressa induci posset.

At quamvis Faber admodum sibi in hoc textu placeat, eumque elegantissimum, & apertissimum vocet, prorsus ut eludi non possit; tamen, si verum amamus, nihil est, quod facilius & promptius rejiciatur. Attendenda enim est temporum Chronologia, qua multæ Juris difficultates enodantur. Dicimus itaque, tempore Jaboleni nondum latam fuisse D. Marci constitutionem, ex qua in pupillari vulgarem inesse determinatum est. Floruit enim Priscus Jabolenus sub Imperatore Trajano, ut constat ex Plinio 2. lib. 6. ep. 15. Id autem incidit in annum Urbis conditæ 860. circiter. Multo vero post regnavit M. Antoninus, qui simul cum Ælio Vero imperium iniit anno U. C. 913. Nil ergo mirum, si Jabolenus docet, filio abstinente, non fieri locum substituto pupillari, cum pupillarem substitutionem nondum per ea tempora vulgarem comprehendere esset statutum. Hodie post D. Marci constitutionem secus se res habet, & omnino admittetur substitutus, nec patris bona a creditoribus vendi possunt, qui contra substitutum actionem instituunt. Videnda tamen, quæ dicentur infra.

Producuat II. textum Papiniani in *l.pater instituto*, ff. de captivis, cujus species hæc est. Pater in testamento, quod condiderat, filium impuberem, quem in potestate habebat, heredem instituit: tum ei secundas tabulas scripsit, hoc est, substituit in casum pupillarem. Post hæc accidit, ut pater ab hostibus captus, ibidem decesseret: demum impubes filius vita functus est. Contendebat agnatus, se ad hereditatem impuberis admitti debere ab intestato, quasi jam pupillaris substitutio evanisset: quippe ad pupillaris validitatem opus est, ut filius, quo tempore pater moritur, sub ejus potestate reperiatur. Quod in eo casu non erat; jam enim filius per captivitatem patris, sui Juris erat effectus, hoc est, vivo adhuc patre. His tamen nil motus Jurisconsultus statuit, substitutionem pupillarem vires suas habere, quia ex fictione legis Corneliæ, pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est. Nimirum, cum filius adhuc sub patris potestate erat. Hæstenus Papinianus. Ex his ergo eliciunt, substitutionem vulgarem tacite non contineri in pupillari; nam si contineretur, omnino vana fuisset legitimi heredis oppositio contra substitutum, qui exclusus ex pupillari, admitteretur ex vulgari.

Hoc

Hoc tamen argumentum vanissimum est; non enim quæstio de institutione fuit, sed de substitutione. Sane jam filius ex necessitate Juris civilis heres erat, nec proponitur usus beneficio Prætoris: ex quo omnis vulgaris substitutio evanescit, non modo si tacite, sed etiam si expresse facta proponatur. Quare cum de hac queri nullo modo posset, merito quæsitum solum est de pupillari, an ea valeret.

Visum est, Scævola sequaces nihil valere legibus: videamus modo, an plus valeant rationibus, quæ omnes eo tendunt, ut ostendant ex hac tacita vulgari, quæ in pupillari insit, multa absurda contra Juris nostri regulas sequi. Nec mirum: nihil adeo est certum, & patens, ut non ratione aliqua infirmari possit, *l. non omnium, ff. de legibus*; quod maxime accidere in casu nostro necesse est, ubi non ex stricto Jure agitur, sed ex æquo, & bono. Hæc enim contraria sunt, & sibi invicem adversantur, ut omnino necesse sit, contra ea, quæ æquitate sola nituntur, multa ex mero Jure pugnare; quod satis ostendit comparatio Juris civilis, cujus est rigor, & Prætorii, cujus est æquitas. Propterea absurda, quæ obijciunt, omnia uno possunt spiritu dissili, dicendo, ea locum habere, attenta mera Juris ratione, non etiam attenta æquitate; concedimus enim ex Juris rigore absurdum esse, in pupillari inesse vulgarem, non minus atque absurdum est in vulgari comprehendere pupillarem; cum longe distent dare tibi heredem, quod fit in vulgari, ac dare filio, quod fit in pupillari: tamen ut bonum & æquum favore pupilli obtinuit, ut in vulgari insit pupillaris, ita etiam idem bonum & æquum fecisse dicimus, ut ex mente testatoris in pupillari inesse vulgarem censeatur. Quorum utrumque in *l. jam hoc Jure, ff. de vulg.* constitutum reperiri probavimus. Hæc satis essent respondisse ad omnia absurda a Fabro adducta, in quibus excogitandis pueriliter sibi complacuit, quod dolenter dixisse velim; ne tamen nostræ causæ aliqua ex parte junioribus defuisse videamur, nonnulla, quæ majorem vim habere videntur, privatim examinabimus.

Dicit ergo Faber, in formula illa pupillaris substitutionis, Si filius meus heres erit, & impubes decesserit, Titius heres esto, patrem quodammodo protestari se filio testamentum non condere, nisi in eum casum, quo filius, se mortuo, heres sit, & deinde antequam in suam tutelam venerit, moriatur; nam conditio pupillaris substitutionis non tam est conditio, sub qua vocetur substitutus, quam conditio, sine qua non vult nec potest pater facere filio testamentum. Ergo absurdum est, ut in his verbis intelligatur datus etiam heres patri, vivo quoque pupillo.

Quæ ut plenius intelligantur, recolendum est, ex Ulpiano in *l. liberis, ff. de vulg.* substitutionem pupillarem ex natura sua puram esse, ut quæ tota concluditur tribus verbis illis, Titius heres esto, quæ, ut nemo non videt, pura sunt, nisi aliunde conditio inserta sit, veluti, Titius heres esto, si mihi heres erit. Pura enim dispositio, vel conditionalis, ex

eo dignoscitur, quod hereditas per eam, vel statim mortuo testatore, vel non statim, defertur. Quia ergo pupillaris substitutus statim post pupilli mortem, ad ejus hereditatem admittitur, negari non potest, pure esse substitutum. E diverso negari nec potest, particulam, si, a qua solet incipere formula pupillaris substitutionis, hoc est, Si filius heres erit, & impubes decesserit, negari, inquam, non potest conditionem facere, *litaeque, ff. si certum petatur*; propterea dicamus opus est, eam conditionem respicere non substitutum, sed patrem testantem, quasi dicat se pro filio testamentum condere sub ea conditione, Si filius heres erit, & in ætate pupillari decesserit. Cum vero deinde condit, pure condit, dicendo, Titius heres esto.

Respondemus tamen, hanc doctrinam & pulchram, & veram esse, sed tamen nullum inde absurdum contra vulgarem tacitam deduci posse, ut quæ non nititur verbis pupillaris substitutionis, sed nititur mente patris substituents, qui dando heredem filio instituto, sibi quoque dedisse videtur, ex regula, quod heredis heres, meus etiam heres est, ut non semel jam diximus. Non ergo rigorem, & verba in hac re attenderunt legumatores, sed benignitatem, & mentem; sicut pariter accidit, cum casum vulgarem traxerunt ad pupillarem; nam si rigorem solum verborum inspicias, absurdum est, ut ex vulgari, ubi testator sibi solum heredem constituit, deducatur pupillaris, ubi non sibi, sed filio heres datur. Quod quidem contra rationem esse non negat Faber *d. err. 9. n. 11.* addens tamen absurdum tolli per Imperatoris constitutionem solo pupillorum favore subnixam. Dicimus nos, ita quoque absurdum, ut in pupillari insit vulgaris, tolli per expressum textum in *d. l. jam hoc Jure*, sola testatoris mente subnixum; non enim bonum & æquum, quod receptum est in uno casu, debet rejici in altero.

Ex his patet, quid ceteris absurdis, quæ comminiscuntur, respondendum sit, veluti, quod videretur principale, uti est substitutio vulgaris, contineri in accessorio, ut est pupillaris: item quod videretur filius impubes, qui sibi condere testamentum non potest, condere tamen pro patre, & hujusmodi alia. Omnia enim hæc absurda emanant ex scripto, sive ex verbis, quæ tamen hic non attenduntur; cum solum legislator præ oculis bonum & æquum habuerit.

C O R O L L A R I A .

HÆc pro disputatione præsentis satis esse puto: ex his tamen non nulla colliguntur. Et I. pro ea singulari specie, quam statim initio ex causa Curiana produximus, ea quoque tractatur a Bartolo in *l. 1. num. 33. ff. de vulg.* ubi recte docet, substitutum pupillarem datum postumo instituto, si is deinde natus non sit, debere admitti ex tacita vulgari, sicuti ex hæcenus disputatis constat. Sed Bartolus alium in
super

super profert textum in *l. pen. ff. de ventre inspiciendo*, ubi Paulus ita ait: *Qui ventri substitutus est, si ventrem servare velit, audiendus est.* Ex hoc textu Bartolus propositionem jam positam apertissime probari scribit: aut saltem posita sententia nostra, textum hunc pulchre explicari.

Primo enim sermo hic esset de substituto pupillari, qui datus sit posthumo, hoc modo, si posthumus heres erit, & in pupillari ætate decesserit, ut ibidem Gloss. notat; Faber tamen *dec. 33. er. 3. num. 6.* de substituto vulgari intelligit dato his verbis, Si posthumus non nascetur; Ego semel dicam, quid de hac lege sentiam, & de similibus, ubi pupillo datus substitutus dicitur, ut in *l. si pater filiam, ff. de vulg.* Nempe putem ideo simpliciter substitutum dici, quia post D. Marci constitutionem parum interest, in quem casum substitutus pupillo datus sit, vulgarem ne, an pupillarem; nam alter alterum continet. Quod pro nostra sententia non leve argumentum est; nam si pupillaris substitutio non contineret in se tacitam vulgarem, absurde Jurisconsulti fecissent, tenebras toties nobis effundendo, nominato simpliciter substituto, quasi divini nos simus, non interpretes. Itaque nihil vetat, quominus textum in *d. l. pen.* de pupillari substituto cum Accursi & Bart. capiamus.

II. Substitutus ideo petebat ventrem, seu mulierem prægnantem servari, & custodiri, quia si natus posthumus non esset, ipse substitutus ex tacita vulgari debebat ad hereditatem testantis admitti; nam ei conceditur custodes ventri apponere, cujus interest, partum non edi, hoc est, ei, qui partu non edito, habiturus est hereditatem, *l. 1. §. quamvis, ff. cit. tit.* Ceterum substituti pupillaris interesse non potest, partum non edi, nisi in expressa pupillari insit tacita vulgaris; ita enim, partu non edito, ad testantis hereditatem admittitur.

Ita e contrario in *l. ult. C. de instit. & substit. vulgaris* expressa facta in illum casum, si posthumus non nascetur, posthumo deinde nato, & intra pubertatem decedente, trahitur ad tacitam pupillarem.

II. Colligitur, quod si filius, cui a patre in casum pupillarem facta substitutio est, decesserit vivo patre, utique substitutus tabulas testamenti paterni confirmabit, seu, quod perinde est, admittetur ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quæ in pupillari inest; quæ vulgaris remanet, pupillari evanescente, *d. l. jam hoc Jure.*

Neque hæc conclusio ulteriori indiget probatione: Bartolus tamen aliis etiam legibus id ipsum probare nititur, quæ nihilominus parum, aut nihil ad rem faciunt.

Nam producit textum in *l. neque enim*, qui in Pandectis Florentinis est, *l. idem est, §. ult. ff. de militari testamento*, ubi miles in testamento suo herede instituto, eique alio vulgariter substituto, servo libertatem reliquit: tum primum, & secundum heredem rogavit, ut hereditatem eidem servo per fideicommissum restituerent. Accidit, ut uterque heres mortem adierit, priusquam hereditatem adissent. Ex quo testamentum

corruisse videbatur, successurosque ab intestato proximiores agnatos sine ullo onere dandi servo aut hereditatem, aut libertatem; nam fideicommissum nisi adita hereditate, non debetur, *l. ille a quo, §. si de testamento, ff. ad S. C. Trebell.* Imperator tamen Antoninus cum D. Vero rescripsit, militem non debere intestati exitum facere: sed perinde habendum esse, ac si eidem servo libertas simul, & hereditas directo data esset, quod utramque ad eum pervenire testatorem voluisse, negari non posset. Ex quo textu Bartolus a fortiori ad nostram speciem argumentum deducit; nam si fideicommissaria dispositio, quæ est obliqua, continet in se vulgarem tacitam, quæ est directa, multo magis pupillaris continebit vulgarem, cum utraque directa sit. Est enim facilius, ut quæ jam directa, quam ut quæ obliqua est, aliam directam pariat.

Verum facile apparet, nullum ex hoc textu argumentum deduci posse, cum speciale Jus sit, quod totum nititur duplici favore & libertatis, & militiæ, qui ab Imperatoribus hoc rescriptum expressit; ut probatur ex eo, quod alibi, quam in casu illius legis, non reperitur fideicommissariam dispositionem trahi ad directam. Quippe servorum, qui a pagano libertatem, & hereditatem per fideicommissum accipiunt, si heredes institutus, & substitutus, non adita hereditate decedant, sola libertas confirmatur, evanescente fideicommissio, quamvis secus sit in testamento militis, ut apertissime ait Mæcianus in *l. Antoninus, ff. de fideic. libertatib.* ubi hoc ipsum Antonini rescriptum refert. Ad hoc tamen, ut fideicommissum valuerit in *d. l. neque enim*, opus fuit enixa testantis voluntate, qui fideicommissum restitui petiit ab instituto, & repetiit a substituto.

Sunt qui pro Bartoli sententia afferant responsum Juliani in *l. si pater filium, ff. de vulg.* quod magis ad rem nostram facere videtur, ubi pater filium impuberem heredem scripsit, cui ita substituit, si quis mihi post mortem natus fuerit, heres esto. Factum vero est, ut filius institutus obierit, & mox vivo patre posthumus natus sit. Julianus ait testamentum non recipi, sed natum filium patri heredem exiturum. Hunc textum Bartoli sequaces intelligunt de substitutione pupillari filio impuberi facta, non ut Gloss. de vulgari: & quia pupillaris jam evanuerat per obitum filii, vivo patre, quaesitum propterea est, an posthumus rumpere testamentum, in quo non videbatur comprehensus. Cum ergo Jurisconsultus ait non rumpi, filiumque videri testamento comprehensum, certe id accidit, quia in ea pupillari inerat tacite vulgaris.

Glossa tamen, in hoc textu vulgarem substitutionem filio factam voluit. Quæ opinio ex eo orta est, quod verba illa, si quis mihi post mortem natus fuerit, perperam intelligit, post mortem impuberis me patre vivo. Quod certe longe a vero abest, cum palam de morte patris sermo sit; ecquis enim non videt, ea verba tantundem valere, ac si pater dixisset, si quis mihi posthumus natus erit? Præterea si vulgaris

ex-

expressa filio facta fuisset, nullo modo poterat dubitari eum censerī institutum ex *lex facta*, §. *Lucius*, ff. *hoc tit.*

An infit tacita vulgaris, vel pupillaris, cum mater est in medio.

Q U E S T I O I V.

HÆc quæstio maxime proponitur pro explicando Diocletiani rescripto in *l. precibus*, *C. de impuberum*, & aliis substitutionibus. Varie a Doctoribus in hac re distinctum est, ut videre est apud Bartolum in *l. l. num. 41. ff. eod.* qui post varias contentiones, tandem in Accursii sententiam concedit, ut distinguatur inter matrem pupilli, & matrem testatoris, nempe ut nec tacita vulgaris infit contra matrem testatoris, nec tacita pupillaris contra matrem pupilli. Quam sententiam passim amplectuntur Jason, Ripa, Alciatus, alique in *l. precibus*, *C. de impuberum*, & aliis substitutionibus, & in *l. ult. C. de institutionibus*, Zasius, Ododo, & ceteri, quos refert Fusarius in hoc tractatu, *cap. de pupillari*, qu. 157. Idem habet Fachin. 4. *contr.* 46. & 15. *contr.* 74. Verum hæc clarius exponenda sunt.

Primo ergo de pupillari tacita. Quidam habens uxorem, & ex ea filium impuberem, condito testamento, filium instituit heredem, eidemque alterum substituit in casum vulgarem. Accidit, ut agnita patris hereditate per filium, vulgaris substitutio expiret; tum vero filius in ætate pupillari decedit, superstitē matre. Quamvis regula Juris sit, substitutum ad pupilli hereditatem admitti ex tacita pupillari, quæ in vulgari inest; hoc tamen casu DD. supracitati in favorem matris pupilliam eam pupillarem inesse negant, docentque matrem ab intestato ad filii hereditatem admitti, excluso substituto.

Movetur primo ex *d. l. precibus*, *C. de impuberum*, & aliis substitutionibus, ubi cum miles filio impuberi, quem in potestate habebat, primo tantum casu, hoc est, vulgariter substituisset, & filius patri heres extitisset, eo demum moriente in ætate pupillari, Imperator Diocletianus rescripsit, non incerti Juris esse, ad matrem omnino filii pertinere successionem, excluso scilicet substituto. Ex quibus aperte constat, superstitē pupilli matre, casum vulgarem non trahi ad pupillarem.

Movetur etiam ex *d. l. ult. C. de institutionibus*, ubi non de milite, ut in *l. precibus*, sed de pagano agitur. Quidam enim paganus uxorem simul, & filium instituit heredem: & præterea filio vulgariter substituit illis verbis, si heres non erit: vel, cum de posthumo ageretur, ita, si filius natus non erit. Filius natus, & heres factus, decessit impubes. Orta dicitur controversia inter Ulpian. & Papin. an substitutus

ex pupillari tacita matri coheredi præferretur . Et Justinianus Papiniani sententiam sequutus , statuit , matrem potius ad pupilli venire successionem , quam substitutum . Cujus rescripti DD. supracitati eam esse dicunt rationem , ne matri afflictæ ob immaturam filii mortem , adderetur afflictio , amissionis bonorum , quam rationem innui volunt in illis verbis legis : *Luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit* . Notum est autem , afflictis non esse addendam afflictionem , *l. Jure succursum , ff. de Jure dotium* .

Hæc ita DD. statuunt in pupillari tacita ; nam certum est matrem excludi , si sit expressa pupillaris substitutio , nec præterea de inofficioso quæri posse , *l. Papinianus , §. sed nec impuberis , ff. de inoff. testamento* . Certum est quoque excludi , si sit reciproca substitutio , veluti si duos filios impuberes scribam heredes , & eos invicem substituam ; nam tunc intelligitur expressa duplex substitutio , vulgaris , & pupillaris , *l. Lucius , ff. eod.* Balduinus in *Justiniano lib. 3.*

II. In tacita vulgari . Quis filio impubere herede instituto , eidem in ætate pupillari decedenti , alium substituit . Filius tamen mortem patris prævertit , ex quo pupillaris substitutio expiravit . Tum moritur pater , matre sua superstite relicta . Eo casu docent non esse inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris ; prorsus ut mater testatoris eidem ab intestato succedat , excluso omnino substituto , qui ad ejusdem testatoris hereditatem contendat admitti ex tacita vulgari ; quæ hoc casu non inesse dicitur .

Ratio hujus sententiæ ex supradictis dependet ; sicut enim per pupillarem succeditur pupillo , ita per vulgarem , patri ; quocirca sicuti pupillaris tacita non inest contra matrem pupilli ; ita inesse non debet vulgaris tacita contra matrem patris ; ut propterea concludant , nec tacitam vulgarem , nec tacitam pupillarem admitti posse contra matrem illius , cui succeditur . Ex quo apparet , totam difficultatem versari circa priorem casum substitutionis pupillaris tacitæ ; quippe ex eo posterior casus vulgaris tacitæ dependet .

His ergo minime obstantibus , dubitandum non est , quin substitutio pupillaris tacita locum habeat etiam contra matrem pupilli , nisi quidpiam proponatur , ex quo contraria voluntas testatoris appareat . Ita Baldus in *d. l. precibus* , Imola in *l. morib. ff. eod.* Connanus 10. *comment. ult.* Viglius *tit. de pupill. in princ.* Ant. Faber 15. *conject. 9. & de errorib. dec. 33. err. 5.* Costa 2. *ambig. 16.*

Id I. probatur ex *l. jam hoc Jure. ff. de vulg.* ubi ea statuitur regula , ut in vulgari expressa semper inest tacita pupillaris , nisi alia patris substituentis voluntas fuisse appareat , ut habetur in illis verbis : *Utraque substitutio intelligetur. si voluntas parentis non refragetur.* Sed dici non potest refragari voluntatem parentis ob id solum , quod mater pupilli sit in medio , cum nihil ipse de hujus matre dixisse proponatur . Quare fit , ut hoc

hoc etiam casu pupillaris tacita in vulgari contineatur , & filio pupillo substitutus succedat , exclusa matre .

Quod si dixeris , favorem matris tantum esse , ut ex eo solo testator intelligatur voluisse nullam inesse tacitam pupillarem contra matrem , quamvis nihil de ea meminerit ; facile respondetur , apud testatorem non tantum esse favorem matris pupilli , hoc est , uxoris suæ , ut non major sit favor pupilli , seu filii sui ; nempe ut filius per substitutionem pupillarem decedat testatus ; magis enim interest habere testamentarium heredem , quam legitimum , sive honorem inspicias , sive etiam utilitatem ; quod pupilli salus minus exposita sit insidiis agnatorum , quoties pupillarem substitutum habet ; nam duæ istæ & honoris , & utilitatis rationes , in causa fuere , ut moribus populi Romani pupillaris substitutio induceretur .

Verum , ut jam expositi argumenti vis clarius , & penitius intelligi , & cognosci possit , sciendum est , ipsum totum fundari in natura legis , & in natura voluntatis testatoris . Quippe inter ceteras condiciones , quas Theologi ad legem exigunt , ea est , ut sit certa , nec unquam ab incerto eventu dependeat , nec ejus potestas tacita unquam conditione suspendatur , nisi quæ sit omnino ex natura actus , *l. 2. ff. de juris & facti ignor. juncta l. aliquando , ff. de conditionib. & demonstrat.* Propterea nequit lex disponere , ut vulgaris substitutio impuberi facta , sub dubio , & in incertum eventum tacite contineat pupillarem , nempe ut ea insit , si pupillus post matrem moriatur , at non insit , filio ante matrem obeunte , & ut ex post facto cognoscatur , quod antea fuerit . Quare ne lex ullo dubio eventu , contra suam naturam suspenderetur , necesse fuit , ut certo statueret , in vulgari a patrefamilias filio impuberi facta statim tacite pupillarem inesse ; absurdum sane esset , si in suspense id relinqueret , itaut interim nec inesse dici posset , nec non inesse . Exemplum hujus rei esto : qui de statu dubitat , si condat testamentum , D. Pius rescripsit , nullum testamentum fore , etiam si deinde patrefamilias , aut liberum fuisse appareat eo tempore , quo condidit , *l. de statu , ff. de testamentis* . Cur ita ? nempe quia legis potestas a dubio eventu pendere non debet , nec potest sub dubio interim relinquere , utrum actus sit valiturus , an non .

At non quæ legis natura est , eadem est voluntatis testatoris ; hæc enim in dubium eventum referri potest , & a tacita conditione pendere , ut in *l. cum avus , ff. de conditionib. & demonstrat. l. cum acutissimi , C. de fideic.* Quod utique in casu nostro recte observatum est , cum patri testanti permissum sit , ut possit , si velit , legi refragari , & tacitam pupillarem in dubio eventu ponere , utrum pupillus moriturus sit ante matrem , an post matrem . Sed tamen inde fit , ut necesse omnino sit , ut de hac patris voluntate , ob aliquam saltem conjecturam constet . Ceterum hæc conjectura vel ex verbis testantis desumenda est , ut in *d. l. ult. C. de instit. si-*
cut

cut mox explicabimus: vel saltem ex mente, ut in *d.l.cum avus*. Quorum neutrum in nostra specie locum habet; non enim hæc conjectura (ut scilicet pupillaris non insit, matre pupilli supersite) potest ex verbis desumi, cum nihil de matre testator dixisse proponatur. Non item ex mente, quia testantis mens ea potius videtur esse; ut faveat filio, dando ei heredem in pupillari ætate morienti, quam ut faveat uxori suæ, quæ ab intestato succedendo, irritam substitutionem redderet, ut explicatum jam est.

Neque quidquam I. in contrarium urget textus in *d.l.precibus*, ut in quo sermo est de testamento militis Jure militari condito, ut propterea is, qui pupillo substitutus erat in casum vulgarem expressum, non admittatur in pupillarem tacitum, non quia mater esset in medio, sed quia ex potestate legis tacita pupillaris non suppletur; quippe in testamento militis nuda ejus voluntas, seu id tantum, quod scriptum est, attenditur, & nihil a lege suppletur. Hinc est, quod in eo locum non habet Jus accrescendi, & heres ad tempus institutus, semper heres non erit: præterea in legatis, & fideicommissis lex Falcidia cessat, *l.1. l.certi, l.in testamento, C.de testamento militis*. Cum ergo solum vulgaris substitutio in eo scripta sit, ea evanescente ex eo, quod filius heres extitit, non suppletur a lege pupillaris tacita, & successio ad legitimos heredes ab intestato defertur.

Ceterum, quod ibi de militis testamento agatur, manifestum est ex pluribus. I. quia in eo militis testatoris mentio fit, non solum ex precibus, seu ex libello mulieris, ibi: *Maritus quondam meus miles defunctus*; sed etiam in dispositione textus, seu in decisione quæstionis, illis verbis: *Siquidem in patris militis positus potestate*. Et verba in dispositione posita non ex vano videntur prolata, sed ut aliquid operentur, *cap.si Papa, §.1. ubi Can. de priv. in 6.*

Manifestum etiam est, cum Diocletianus ait, *Non esse incerti Juris matrem admitti*, excluso substituto, qui hereditatem ex tacita pupillari petebat. Quæ sane verba in testamento pagani locum habere non poterant; nusquam enim constitutionem D.Marci, & Veri, quæ statuit in vulgari inesse pupillarem, legitur ante Diocletianum fuisse restrictam, matre pupilli in medio existente; quocirca in pagani testamento potius fuisset dicendum, Incerti Juris esse: quod demonstrat Ulpiani, & Papi-niani controversia, qui intermedio tempore inter Marcum, & Diocle-tionum florere, quique in *d.l.ult. C.de institutionibus*, matre in medio existente, ex conjecturis sibi invicem adversabantur. At in testamento militis non immerito dicitur, non incerti Juris esse, tacitam pupillarem in vulgari non comprehendere, & succedere ab intestato; quia certi Juris est, in militis testamento nihil suppleri, sed id tantum attendi, quod scriptum, expressumque est, *d.l.certi, C.de testamento militis, cum concordantibus*.

Est

Est tandem manifestum ex eo , quod in *d. l. precibus* alia nonnulla contra receptas Juris regulas statuuntur , quæ non nisi in testamento militis locum habere possunt , de quibus infra suo loco speciatim agemus .

Neque II. urget textus in *d. l. ult. C. de institutionibus*; quoniam ibi non ideo tacita pupillaris abesse præsumitur, quia mater est in medio, sed quia mater instituta erat ex parte hereditatis testatoris , dataque coheres filio, sive nato , sive postumo . Inde enim voluntatis conjectura sumebat Papinianus , quod pater nolisset a filii hereditate excludi matrem , quam in sua hereditate filio coheredem dedisset ; ut propterea dixerit , in vulgari non inesse pupillarem , quia refragatur parentis voluntas , juxta constitutionem D. Marci . Et sane hanc esse rationem , qua nitebatur Papinianus , constat ex *d. l. ult.* in illis verbis : *Si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit , multo magis & lucuosam hereditatem ad matrem venire curavit* . Ergo si coheres data mater non fuisset , non est dubium, quin a successione filii per substitutum excluderetur .

Putat tamen Antonius Faber , responsum Papiniani corruptum a Triboniani inscitia fuisse , cum eum in prædictis verbis argumentantem a minori ad majus inducit , hoc modo . Cui pater partem suæ hereditatis reliquit , eidem multo magis filii hereditatem reliquisse censetur . Insultat igitur Triboniano ob hoc argumentum , quod potius in contrarium recte procedit , ut cui quis totum relinquit , ei multo magis partem fuerit relicturus , ut *auth. multo magis , C. de Sacros. Eccl. & C. de Episc. & Cleric.* Vidit hanc difficultatem etiam Accursius , qui benigna interpretatione nixus est argumentum tueri , illudque *multo magis* in verbis Papiniani interpretatus est, *non minus*, ex quo argumentum esset a pari . Sed nihil profecit ; nam par non sunt totum , & pars .

Alio ergo nos vertamus oportet pro tuendo Papiniani argumento , in quo comparatio non fit inter partem , & totum ejusdem hereditatis , quo casu recta esset Fabri reprehensio ; sed inter partem hereditatis minus debitæ , hoc est , testantis, cujus hereditas debita non est uxori suæ seu matri pupilli ; & inter totam hereditatem magis debitam , hoc est , pupilli , cujus successio matri debetur . Et in his recte argumentum ducitur a minori ad majus ; etenim cui pater reliquit partem hereditatis suæ non debitæ , multo magis totam hereditatem filii debitam , eidem reliquisse censendus est . Quippe in priori casu est virtus liberalitatis , in posteriori est virtus justitiæ ; & qui est liberalis , multo magis est justus , cum minus promte demus id , ad quod nullo Jure adstringimur , quam quod Jure debemus . Possent etiam non male dici , utrumque actum ad solam liberalitatem referri , ut vis argumenti Papiniani ea sit . Cui quis est liberalis de suo , eidem multo magis est censendus liberalis de alieno .

Renititur paulo ante dictis Fachinæus 4. *contr.* 24. putatque Papinianum in *d. l. ult.* non ea solum ratione vocasse matrem , quod filii cohe-

res sit, sed etiam altera, quia a luctuosa filii hereditate excludi non debet. Unde infert, quod etsi in nostra specie prior ratio cesset, quia tamen viget posterior, propterea mater, quæ in medio est, semper substitutum excludat.

Sed mirum est, non vidisse Fachinæum, quod apertissimum est; totam Papinianî rationem unicam esse, & totam niti in eo, quod mater coheres data filio fuerit; inde enim argumentum a minori ad majus Papinianus deducit. Palam enim est, nullum argumentum duci a luctuosa hereditate, sed obiter ita eam a Jurisconsulto appellari ex eo, quod ob filii immaturam mortem matri acquiratur.

Quod si mater non coheres, sed legataria a defuncto relicta sit, verius est, matrem ad filii pupilli hereditatem non censi vocatam; quamvis enim non sola institutio, sed etiam legatum ex dilectione fiat, Glossa in *l. qui filias. ff. de leg. 1.* tamen ad colligendam voluntatem testantis excludendi substitutum, non est satis quæcunque dilectio, sed ea exigitur, quæ matrem ad hereditatem vocet, ut ea quæ vocata est ad partem hereditatis defuncti, ex testamento, censeatur prælata in tota filii hereditate, ab intestato, ut recte idem Faber in *conjecturis loc. cit.* docet.

C O R O L L A R I A.

EX hætenus disputatis plura colliguntur. Primo, filio herede non existente, debere substitutum pupillarem vi tacitæ vulgaris admitti ad testatoris hereditatem, exclusâ ejus matre, quæ in medio sit, quoties nihil proponitur, ex quo contraria testatoris voluntas appareat.

II. Intelligitur quæ sit vera ratio textus in *l. Lucius. ff. de vulg.* ubi substitutio mutua liberis facta impuberibus, & sub patris potestate existentibus, non solam vulgarem comprehendit, sed etiam pupillarem; prorsus ut altero defuncto intra impubertatem, ejus successio non ad matrem, sed substitutum devolvatur. Non enim verum est, quod Baldvinus, & alii putabant, rationem pendere ex eo, quod in reciproca substitutione duplex substitutio, utraque expressa intelligatur, vulgaris, & pupillaris; nam reciprocæ natura est, ut non sit, nisi vulgaris expressa. Et argumento esse potest, quod ea vulgo a quocunque testatore, quibuscunque heredibus fieri potest, sicuti est de vulgari; nam vulgaris substitutio dicitur, quia cuius fieri potest, cum extraneo, tum filio, Theophilus *de pupill. in princ.*

Præterea in ea formula, *Eosque invicem substituo*, nihil habetur, unde dici possit, pupillarem exprimi; neque enim adverbium, *invicem*, quidquam ad hanc rem facit. At habetur, unde vulgaris expressa videatur, quia substituendi verbum, nullo alio adjecto, de ea substitutione intelligitur, quæ communiter sit, id est de vulgari. Ita post

Bar-

Bartolum Viglius *Institutionibus de pupillari, in princ. num. 17. & 18.*

In reciproca ergo inest pupillaris tantummodo tacita . Et nihilominus in specie *d.l. Lucius*, mater in medio existens excluditur a substituto per eam tacitam pupillarem . Ratio itaque est , quia nihil proponebatur, unde contraria voluntas patris substituentis colligi posset ; non enim sola matris existentia tacitam pupillarem cessare facit .

Alio tamen confugit Bartolus in *d.l. Lucius num. 1.* nempe substitutum esse ex liberis testatoris, quem verisimile est ex voluntate patris præferendum matri , ut etiam tradidit Acc. in *d.l. precibus*.

Quàm divinationem Faber *d. err. 5. num. 12.* ex eo rejicit , quia cum de pupillari substitutione disputatur , non tam substituti, quisquis ille sit , quam impuberis , cui substitutio fit , favor inspicitur , cujus solius gratia constitutio D. Marci de casu vulgari ad pupillarem porrigendo lata fuit . Quare improbabilis ratio est , dicere ideo in reciproca inesse tacite pupillarem , quia substitutus est ex liberis testatoris : quod est ἀναλόγητον.

An substitutio vulgaris tollat existentiam sui
heredis , & eum ex necessario
faciat voluntarium .

Ad L. si filius 12.

Q U Æ S T I O V.

SI pater suo heredi instituto , hoc est , filio , quem in potestate habet , vulgarem dederit substitutum, sive in genere, si heres non erit , sive in specie expresso casu tam voluntatis, quam impotentiae , si heres esse noluerit , vel non potuerit , docet Bartolus hac ipsa vulgaris substituti datione , tolli existentiam sui heredis , & filium , cui substitutus datus fuit , hoc ipso fieri ex necessario voluntarium . Quare amplius beneficio Prætoris non indigere ait ; nam voluntario heredi non permittitur abstinere se hereditate , *l. jam dubitari, in fine, ff. de heredib. instit.* præterea statim ac nolit , heres esse , admitti vulgarem substitutum . Hanc opinionem docuit Bartolus in *l. 1. effectus 5. ff. de vulg.* eamque DD. passim sequuntur .

Et primo , quod vulgaris substitutio in filio necessitatem tollat , probatur ex Ulpiano in *l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omisa causa testamenti* , cujus species est . Pater a filiofamilias , quem heredem instituerat , multa legavit ; tum vulgariter substituit eundem filium sibi ipsi , ita , si filius heres esse noluerit , idem heres esto . Post mortem patris ,

visum est filio, ne legata ex iudicio defuncti præstaret, omittere hereditatem ex causa institutionis, eamque sine ullo onere adire ex substitutione; quippe olim onera non intelligebantur repetita a substituto, nisi testator expressisset, *l. sub conditione*, ff. de hered. instituendis; hodie vero e contrario repetita censentur, nisi alia sit defuncti voluntas, *l. un. §. pro secundo, cum seq. C. de caduc. toll.* Cum ergo queretur, an filius succedendo ex substitutione, incidat in edictum Prætoris, quasi in fraudem legatariorum institutionis causam prætermittens; respondet Ulpianus, in hæc verba: *Et non puto incidere, quasi testator hanc ei dedit facultatem, qui eum substituit.* Ex quibus apparet, per eam vulgarem substitutionem, intelligi filio datam a patre potestatem, ut heres sit, si velit, aliter bis heres esset. Ceterum parum interest, an heres institutus ipse sibi substitutus sit, an alium substitutum acceperit; semper enim eandem vim vulgaris substitutio habet.

II. Quod Jus sui heredis etiam ex substitutione vulgari tollatur, ostenditur ex Africani responso in *l. si filius heres* 16. ff. de liber. & posth. ubi si filius heres a patre institutus sit, omisso posthumo, eidemque filio substitutus nepos ex eo sit, & interim moriatur filius, posthumo nondum nato; Africanus ait, *nepotem tam patri, quam avo suum heredem futurum.*

Hinc fortissimum pro Bartolo argumentum elici videtur; nam non aliter nepos est suus heres avo, quam si pater ejus defierit suus heres esse, *§. sed ut nepos, Institutionib. de hered. qualitate*; & cum pater in specie Africani non defierit suus heres esse per mortem, quam obisset vivo patre suo (proponitur enim mortuus post testatorem, interim, hoc est, posthumo nondum nato) inde est, ut talis effectus sit datione vulgaris substituti, ex qua resolutum sit Jus sui heredis.

Alii tamen distinguendum putant, ut facta vulgari substitutione, filius remaneat suus heres, at non item necessarius. Ita Accursius in *l. Papinianus*, §. quarta, v. ad substitutum, ff. de inoff. testam. & post Bald. & Angel. Corasius 1. miscell. 2. Sunt enim hæc duo distincta, & longe inter se diversa; quippe alios habet effectus Jus sui heredis, alios necessarius heres, qui sunt hic explicandi.

Jus sui heredis, licet nonnunquam testatoris favorem respiciat, principaliter tamen in filii gratiam introductum est, & operatur. Nam existentia sui heredis tabulas pupillares confirmat, quamvis filius paternam hereditatem recuset, si hæc tabulæ ipsi filio recusanti factæ sint, sive fratri exheredato, *l. si filius*, ff. de vulg. l. filius, cum seq. ff. de acq. hered. l. paterfamilias, ff. de reb. auct. Judicis possid. Ita etiam in causa est, ut universale fideicommissum sublineatur, nec necesse sit, filium, qui patris hereditatem suspectam sibi esse dicat, ad adeundum ex Trebelliano Senatusconsulto cogi, *l. ita tamen*, §. si pater, ff. ad Trebell. Præterea efficit, ut si filius ante aditam hereditatem obeat, tamen ad suos legitimos

mos heredes patris hereditatem transmittat , *lapud hostes* ; *C. de suis , & legit. l. si fratris , C. de Jure delib.* Tandem operatur , ut relictae libertates competant , *l. sciendum , ff. de manum. testam.*

At Jus necessariorum heredum , non propter heredes ipsos introductum est , sed propter testatores , ut eorum famæ consulereetur , relinquendo heredem , quod maxime eorum interest , *§. si modo , Institutionib. quibus ex causis manumittere non licet .*

Cum ergo Jus sui heredis precipue filii gratia introductum sit , utique a testatore per dationem vulgaris substituti tolli non potest ; at Jus necessarii heredis propter testatorem inductum , ex testatoris quoque arbitrio pendere debet , ut ex necessario herede possit facere voluntarium . Hinc permissum patri est , ut eam institutioni conditionem apponat , quæ filium ex necessario voluntarium faciat heredem , hoc scilicet modo , *Filius meus heres esto , si volet* ; quod si fiat , filius beneficio Prætoris non indiget , *l. hæc verba , ff. de conditionib. institutionum , l. jam dubitari , ad finem , ff. de heredibus institut.* Id ipsum est , cum filio testator vulgarem dat substitutum ; nam eo etiam casu in filii arbitrium remissum videtur , ut sit heres , cum vulgari substitutione duplex casus contingatur , unus impotentia , alter voluntatis .

Hæc omnia probantur etiam exemplo Juris Prætorii . Prætor enim , cum permitit filio , ut se hereditate paterna abstineat , facit quidem filium ex necessario voluntarium heredem , sed Jus sui heredis non solvit , *§. sed sui , Instit. de hered. qualitate , & differentia.* Ergo multo minus pater Jus sui heredis tollere potest , & vulgariter substituendo , faciet solummodo filium voluntarium heredem ; nam non plus potest pater , quam Prætor , cum potestas Prætoris sit Juris publici , patris vero privati .

Neque moventur ex textu in *d. l. si filius heres , ff. de liber. & postb.* cum verum non sit in ea specie filium post testatorem obisse , ex quo tota vis argumenti a Bartolo inde deducti , pendebat , qui male interpretatus est ea verba textus , *Si interim moriatur filius , posthumo non nato.* Putabat quippe Bartolus , unam modò rem in illis verbis a Jurisconsulto proponi , nempe mortem filii ante posthumi nativitatem , atque ita jungit , quæ in textu aperte separantur . Dicimus nos duo exprimi , hoc est , non solum mortem filii , ante nativitatem posthumi , sed etiam ante obitum patris ; id enim illud , *interim* , significat , ut etiam vidit Accursius ; quibus positus nepos sit suus heres avo . Redditur hoc manifestum ex *§. sed ut nepos , de heredum qualitate* , ubi , ut nepos , neptisve sui heredes sint , non sufficit eum , eamve in potestate avi mortis tempore fuisse : sed opus est (verba textus sunt) *ut pater ejus vigo patre suo desierit suus heres ipse , aut morte interceptus , aut qualibet alia ratione liberatus a patris potestate : tunc enim nepos , neptisve in locum patris sui successit.*

cedit. Ex quibus palam est, ut nepos suus heres fiat, non satis esse; ut filius & medio sublati sit quandocumque, sed omnino exigi, ut id accidat, vivo patre suo; nam verba illa, *Opus est*, necessitatem denotant, omnemque alium casum excludunt; ut propterea nullo modo recipi possit, quod volebat Bartolus, nepotem fieri suum heredem avo etiam, cum filius post obitum patris sui decedit.

Neque hic quidquam pro Bartolo facit substitutio vulgaris filio facta; nam etiam dato, eam tollere Jus sui heredis, illud tamen non tollit, nisi cum testamentum vim habere incipit, hoc est, mortuo testatore, *l. i. cum seq. ff. de hered. vendita, l. ult. C. de pactis, cum concordantibus*. Unde fit, ut ejus substitutionis vi nullo modo queat nepos suus heres avo fieri: quia opus est, ut filius suo patre vivo designat esse suus heres, non etiam eo mortuo, *d. §. sed ut nepos*.

Verum Antonio Fabro nulla ex his opinionibus satisfacit, eique hæc non dicitur quæstio, sed error. Putat ipse, filium, cui vulgariter substitutum est, adhuc suum, & necessarium heredem esse; idque non eo solum casu, cum substitutio in genere concepta est, *si heres non erit*; sed etiam (quod mirabilius videri ait) cum in specie expressa est, *si filius meus heres esse aut nolet, aut non poterit*; & tamen docet, vulgarem substitutionem suo heredi factam valere, & statim atque is abstinere, substitutum admitti. Ita ipsa *dec. 32. er. 6. cum duob. seqq.* ubi pro his omnibus, & lege, & ratione pugnat.

I. Hæc omnia manifeste videntur convinci ex Scævola in *Lex contractu, ff. de re judicata*, ubi pupilla abstinente se bonis paternis, ea bona statim ad substitutum perveniunt. Ecce, ut filia familias, cui pater in casum vulgarem substituerat, opus habet, ut abstineat; quocirca etiam post substitutionem vulgarem, necessaria heres manet: nam ei, qui voluntarius heres est, Jus abstinendi denegatur, ut jam diximus, & ex *l. jam dubitari, ad fin. ff. si quis omisa causa testamenti*, & ex *l. hæc verba, ff. de conditionib. institut.* Hinc fit, ut multo magis maneat suus heres; hoc enim Jus arctius inhæret filio, quam Jus necessarii heredis, ut constat ex eo, quod Prætor, qui potest Jus necessarii heredis tollere, tamen Jus sui heredis solvere non potest, *d. §. sed sui, de hered. qualitate*. Itaque facta substitutione vulgari, filius adhuc suus & necessarius heres patri existit; sed si usus beneficio Prætoris abstinere, tunc remanente Jure sui heredis, solvitur Jus necessarii, & substitutus statim admittitur. Idipsum est, si filius non substitutum, sed coheredem habeat, & abstineat, statim portio ejus perinde ad coheredem spectat Jure accrescendi, ac si heres ipso Jure non fuisset, *d. Lex contractu, l. cum hereditatem, l. pen. cum seq. ff. de acq. hereditate*.

II. Probat, quia ut filius ex necessario fiat voluntarius heres, necesse est, conditionem poni in ipsa institutione, ita, Filius meus heres esto,
si

si volet, quo casu filius a patre videtur plenam consecutus libertatem, & ex necessario factus voluntarius, ut est species textus in *d.l. hac verba*, & in *d.l. jam dubitari*. At non ita res se habet in casu nostro, ubi institutio pure concepta est, & solis verbis imperativis facta; & propterea dici non potest, ut qui filio imperat, ut heres sit, hoc ipso intelligatur facultatem filio dedisse mittendæ hereditatis. Et quamvis deinde in formula vulgaris substitutionis dicat, *si heres esse volet*, hoc non videtur pater ponere, ut se corrigat, aut sibi contradicat, & eum, quem in institutione necessarium heredem facit, deinde in substitutione faciat voluntarium; sed solum videtur apponere pater, ut adversum filium sibi prospiciat, si forte ille usus beneficio Prætoris, bonis abstineat; eo enim casu pater, ne sua bona sub hasta suo nomine venderentur, sibi cavit dando substitutum in casum vulgarem. Itaque sensus est, Jubeo meum filium esse mihi heredem suum, & necessarium: at si filius ob edictum Prætoris, quamvis contra voluntatem meam, ex necessario fiat voluntarius heres, & abstineat, tum ei vulgarem substitutum tribuo. Et eo modo pater non se corrigit, nec sibi contradicit.

Urgebis tamen; si existentia sui heredis per vulgaris substituti dationem non tolleretur, consequens fieret, ut filio adhuc existente herede, substitutus admitteretur. Quod est maximum absurdum; constat enim, filium, etiam ubi abstinuit, remanere suum heredem patri: constat rursus, substitutum vulgarem non admitti, nisi institutus deficiat, & heres non sit. Qui ergo fiet, ut filio remanente herede, substitutus tamen admittatur? Essent enim uni homini duo ex asse heredes, quod fieri non potest, *l. quod contra, §. uni duo, ff. de reg. Juris*.

Putat Faber responderi posse, quod licet ratio Juris velit, ut filio abstinente, substitutus non admittatur, quia filius adhuc heres est: & nulla lex facere potest, ut uni homini duo sint ex asse heredes, *l. quod contra, §. uni duo, ff. de reg. Juris*; tamen hic non ratio Juris, sed voluntas patris attendenda est, & videri debet, quid cogitaverit testator, cum filio eam conditionem apposuit, *Si heres non erit*; siquidem certum est, in conditionibus omnibus interpretandis, voluntatem testatoris primum locum obtinere, eamque solam esse, quæ regit, ampliat, moderatur conditiones, *l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstr. l. beredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* Jam (inquit Faber) ea voluntas testatoris in conditione illa, *Si heres non erit*, esse videtur, si filius non habeat effectum heredis; quia enim heredi illud cohæret, ut habeat bona testatoris, propterea quoties filius abstinet, licet heres maneat, tamen effectus heredis non habet. Quocirca isto casu pater vocat substitutum.

Advertit præterea Faber, substitutum isto casu rigore non esse heredem, cum filius solus heres sit, etiam post abstentionem; sed esse veluti quendam bonorum possessorem ex Jure Prætorio, a quo utiles tantum actiones habeat; sicut enim Prætor suum heredem abstinentem

non

non habet pro herede, nec ullas ei, vel in eum dat actiones, ita cogitur eas actiones dare substituto, & in substitutum. Unde in illis verbis a patre prolatis in substituendo, nempe, Cajus heres esto, in his, inquam, verbis illud nomen, *heres*, non stat rigore pro herede, sed pro bonorum possessore.

Tuetur hanc suam interpretationem Faber exemplo coheredis filio dati; nam si filius abstinet, certum est ad portionem ejus venire coheredem, Jure accrescendi, perinde ac si filius ipso Jure heres non esset, *d. lex contractu*.

Hæc est opinio Fabri, magnis, ut apparet, involuta difficultatibus, quas ipse miris modis conatur eludere; quare mihi omnium rectissima, hæc quidem in re, videtur sententia Theophili, qui cum antiquos omnes Jurisconsultos versaverit, & ex eorum scriptis Pandectas compilaverit, facile potuit mentem ipsorum Jurisconsultorum in præsentī difficultate melius nosse, quam Faber, cui hæc præsidia defuerunt. Theophilus ergo in *Institutionib. de pupillari, in princ.* loquens de vulgari substitutione, in genere facta, scilicet si heres non erit, docet, eam, si facta sit filio in potestate, uno dumtaxat casu locum habere, videlicet si filiusfamilias ante patrem destantem decedat, hoc est, si heres esse non potest, itaut si pater ante filium decedat, substitutioni non sit locus; cujus rei eam reddit rationem, quia filiusfamilias statim patri heres existit, neque se abstinendo nomen heredis deponit; nam heredis nomen semel alicui partum ad alium non transfertur.

Nihil vero Theophilus meminit de substitutione vulgari in specie facta expresso casu tam voluntatis, quam impotentiae, cum solum de vulgari in genere loquutus sit; nobis tamen eo casu videtur, patrem non tam ipsum resolvisse Jus sui heredis, quam in arbitrium filii reliquisse, utrum id solvere velit. Quæ omnia, ut clare pateant, duas statuimus propositiones.

Propositio I. Facta substitutione vulgari in genere, filiusfamilias remanet suus & necessarius heres, & quamvis deinde abstinendo, fiat beneficio Prætoris voluntarius, quia tamen adhuc suus heres remanet, propterea vulgari substitutus non admittitur, sed bona patris venient sub hasta; prorsus ut substitutio vulgari in genere facta comprehendat eum solum casum, quo filius heres esse non potuerit, veluti si vivo patre mortuus sit, vel per captivitatem, deportationem, servitutem poenæ, aut alio modo sit e medio sublatus.

Probatur id I. Ratione, quia testator in dubio idem velle videtur, quod lex, & nihil ab ejus dispositione discedere; nam si in dubio quis censetur se accommodare moribus loci, *l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de edil. edicto, l. semper in stipulationibus, ff. de reg. Juris*; ergo multo magis, cum non apparet quid actum sit, dicendus quis est, id esse sequutus quod lex scripta statuit. Jam certum est ex Juris dispositione

eo

eo tantum casu filium non esse heredem patri, ubi ante patrem obit, vel alio modo est de medio sublatus, *d. §. sed ut nepos, de heredum qualitate*. Hinc fit, ut pater censendus sit eo tantum casu substituisse.

Neque enim verum est, quod vulgo velle videntur, in substitutione vulgari, cum in genere facta est, necessario, & semper comprehendendi tam casum impotentiae, quam voluntatis, quod certe nullo Jure probatur. Nos id verum esse concedimus, cum uterque casus locum habere potest, ut in *l. si paterfamilias, ff. de heredib. instit.* & in *§. ult. institut. de vulg. substitutione*; at si alter ob aliquam Juris rationem inesse nequeat, utique non recte faciet, qui inesse dicet; nam quæ tacite insunt, cessant inesse, cum legis ratio ipsis repugnat. Exemplum esto in substitutione reciproca, quæ tacitam pupillarem non comprehendit, cum alter tantum filiorum est impubes, *l. jura hoc Jure, ff. de vulg.*

II. Non leve argumentum est, quod deducitur ex *l. paterfamilias, ff. de priv. creditorum*, ubi cum filius impubes a paterna hereditate se abstinuisset, habetur substitutum pupillarem non admitti ex tacita vulgari, sed bona vendi debere; nempe, quia substitutio vulgaris tacita, in genere concepta intelligitur, & propterea in filio suo herede non comprehendit, nisi casum impotentiae. Scio Fabrum esse negaturum, in pupillari unquam inesse vulgarem; verum de hac questione jam late supra egimus, ubi etiam de hoc eodem textu loquuti sumus.

At quæres, cur ergo aliquando legimus, filio abstinente, substitutum fuisse admissum? Pro resolutione hujus difficultatis, sit.

Propositio II. Si vulgaris substitutio facta sit in specie, expresso casu non solum impotentiae, sed etiam voluntatis, filius sit voluntarius heres, & tollitur præterea Jus sui heredis, & si deinde non adeat, admittitur substitutus.

Nam quod pater possit filium ex necessario herede efficere voluntarium, dubitari non potest, *d. l. hac verba, d. l. jam dubitari*; & quamvis in his legibus sermo sit, ubi conditio voluntatis appositæ est in ipsa institutione; tamen id ipsum esse putamus, cum appositæ est in substitutione, licet aliud sentiat Faber. Quod probamus ex eo, quia ista conditio, Heres esto, si volet, & ista alia, Heres esto, & si heres esse nolit, in hoc differunt, quod prior est suspensiva, posterior resolutive, cum illa sit in eadem oratione cum institutione, hæc in diversa, *l. quoties 2. ff. de in diem additione*. Quod autem sub conditione resolutive concipitur, purum quidem est; at si conditio affirmativa existat, vel negativa non existat, tunc ita resolvitur actus, ac si nunquam factus fuisset, *d. l. quoties*, juncta *l. ita quod dictum, ff. cit. tit.* Quocirca in quantum ad effectum, & finem, comparantur ambæ hæ conditiones; hoc est, cum pater dicit, Heres esto, si volet, filius mortuo patre heres non est, cum in suspensio aditio sit: & cum dicit, Heres esto, quod si heres esse nolit, est quidem filius statim heres, sed si deinde nolit, ita resolvitur Jus he-

redis, ac si nunquam extitisset; ut si dicam, vendo tibi equum; at si melior conditio afferatur, inemptus esto, tunc emtore existente, qui meliorem conditionem afferat, venditio prior perinde resolvitur, ac si nunquam facta fuisset, prorsus ut prior emtor rem restituat una cum fructibus, *d.l. ita quod dictum*. Unde fit, ut sicut conditio suspensiva, quæ heredem non facit, ita conditio resolutive, quæ tollit heredem, habeant eandem vim, nempe ut filius voluntarius heres factus censeatur.

At quod per eam conditionem, si heres esse nolit, tollatur etiam Jus sui heredis, manifesta Juris ratione demonstratur; quia nimirum si suus heres filius remaneret, cum eo renunciante admittitur substitutus, jam duo essent uni homini ex asse heredes, quod fieri non potest, *l. quod contra, §. uni duo, ff. de reg. Juris*. Quam difficultatem frustra eludere conatus est Faber, dicendo, substitutum eo casu haberi, tanquam bonorum possessorem; nam unde eruit Faber hanc bonorum possessionem nunquam antiquis Jurisconsultis auditam? quippe omnes bonorum possessiones accurate enumerat Justinianus in *§. sunt autem bonorum, de bonorum possessionibus*, inter quas utique non comparat ea, quam hic Faber dat extraneo, dat substituto; quocirca ut commentitia omnino rejicienda est. Omnes certe tricas, in quas se Faber induit, uno verbo evitabit, qui dicet, tolli Jus sui heredis, quoties vulgaris substitutio expresse filio facta est in casum voluntatis.

Duo tamen sunt, quæ diluere opus est. I. Est exemplum coheredis; nam si filio coheres datus sit, sed non sit datus substitutus, tunc quamvis filius abstinens remaneat suus heres, tamen portio ejus ad coheredem spectat Jure accrescendi. Verum facile apparet, exemplum istud longe a nostro casu distare; nam substitutio facit novum heredem, qui tamen esse non potest, ubi primus heres exiit: at Jus accrescendi novum heredem non facit, cum sit inventum in favorem coheredis; ideo scilicet, quia onera portionis, a qua suus heres abstinuit, ad coheredem necessario devolvuntur; propterea necesse est, ut commodum ejus portionis ad eundem coheredem pertineat, ne commodum careat, qui sentit incommodum, *l. cum hereditate, l. pen. & seq. ff. de acq. heredit.*

II. Est textus in *d. lex contra tu, ff. de re judic.* ubi filia, cui substitutus datus fuit, prius abstinuit, & deinde substitutus fuit admissus; sed dicimus non ideo ex eo textu elici cum Fabro posse, filium post factam substitutionem vulgarem, etiam expressam in casu voluntatis, remanere suum heredem; quippe in eo textu ideo filia opus habuit, ut abstineret bonis paternis, quia jam hereditatem adierat, auctore tutore, seu gesserat se pro herede, & ex contractu paterno actum cum ea fuerat; quocirca, ut contra proprium factum veniret, necesse fuit, ut restitutionem in integrum peteret (petere enim poterat, quia erat pupilla); ex quo hereditas pro non adita habita est, *l. si sine, §. si id quod; ff. de minor. l. 1. C. si minor ab hereditate*; & hoc est, quod textus ait, *Tutores ab-*

stinuerunt

stinuerunt eam. Ubi notandum cum Accursio, quod licet substitutio vulgaris adita hereditate evanescat, *l. post aditam, C. de impuberum, & aliis*; tamen si heres restituatur adversus aditionem, substitutio reviviscit. Vide Cujac. in *l. ait Prætor, §. Papinianus, ff. de minoribus*.

Ex his colligitur, substitutum non admitti, si vulgaris expresse concepta sit in solum casum impotentiae, & accadat filium abstinere; quippe eo casu non tollitur Jus sui heredis, ut etiam docuit Bartolus in *l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de lib. & postb.* & in *l. cum proponas, C. de hered. instit.* Quamvis enim vulgo DD. velint, unum casum continere etiam alterum, id tamen intelligendum est, si id, quod tacetur, non sit contra legis rationem, quæ ratio ut cesset, exigitur expressa voluntas disponentis, nec satis est tacita; nam in dubio quisque se legi, consuetudini, imo moribus accommodare censetur, tantum abest, ut illi repugnasse præsumatur, sicuti supra dictum est.

An transmissarius Justinianeus substitutum vulgarem excludat.

Q U Æ S T I O VI.

Varii in Jure nostro transmissarii sunt, nec tamen in omnibus præsens quæstio locum habet. Unus dicitur transmissarius suus, seu potius sui heredis; quoties enim liberi primi gradus a patre, sub cujus potestate reperiuntur, sunt in testamento instituti heredes, & post mortem patris obeunt, paternam hereditatem transmittunt ad heredes quoscunque etiam extraneos, nedum ad descendentes, *l. Lucius, ff. de Jure fisci, l. apud hostes, C. de suis & legit.* Hi ergo dicuntur transmissarii sui, seu potius sui heredis, & ipsi admittuntur excluso coherede filii defuncti, excluso etiam substituto, aut fisco; quandoquidem filius in potestate statim a morte patris intelligitur heres, dummodo non repudiet, ut supra dictum est.

Alter est transmissarius Theodosianus introductus ex *l. un. C. de his, qui ante apertas tabulas*, ubi Imperator Theodosius cum Valentiniano extendit idipsum, quod modo dictum est de suis heredibus, statuit, inquam, de liberis omnibus ad tertium usque gradum, hoc est filiis, nepotibus, & pronepotibus, sive masculis, sive fœminis; ut scilicet hereditatem etiam non aditam transmittant, sive a patre, sive a matre, sive ab avo, sive a proavo paterno, vel materno instituti sint heredes, sine ulla distinctione suorum heredum, & emancipatorum; prorsus ut ex ea constitutione filii in potestate, & emancipati, hodie videantur facti ejusdem conditionis, non quidem simpliciter, & in omnibus, sed in quantum ad effectum ejus hereditatis transmittendæ. Ceterum isti

transmittunt non in omnes indistincte, sed in liberos tantum suos; cujuscunque sint sexus, aut gradus, sive in potestate, sive non, ut in *d.l.un.* habetur.

Hi transmissarii Theodosiani etiam excludunt substitutum, ut post Bart. in *l.1. ff. de vulg. col.6.* communiter docent DD. contra Angelum, & Ripam; ea nimirum ratione, quia in ipsos transmittitur hereditas non tanquam acquirenda, sed tanquam acquisita; cum hi, qui instituti fuere, habeantur tanquam sui heredes, ut diximus, & patet ex eo, quod ipsis in *d.l.un.* datur recusatio, quæ non solet dari, nisi suis heredibus. Late Faber *dec.34. er.4.*

Postremus est transmissarius Justinianus introductus ex nova constitutione Imperatoris nostri in *l.cum in antiquioribus*, *C.de Jure delib.* ubi statutum est, quemlibet heredem habere tempus annum ad hereditatem adeundam: & si intra eum annum heres decesserit, nec adita, nec repudiata hereditate, Jus istud adeundi, vel repudiandi transmitti ad ejus heredes quoscunque, qui intra reliquum tempus, quod ad eum annum complendum desideratur, habeant potestatem adeundi, vel repudiandi, non quidem Jure suo, sed tanquam representantes defunctum. Hoc præterea Jus non solum ad primum heredem transmittitur, sed eo mortuo ad secundum, tum ad tertium, & alios, modo tempus anni duret, ut magis communiter receptum est apud Gomef. *1. var.9. num.53. & seq.*

Quinimmo, si annum tempus transactum sit, & heres ex justa causa ignoraverit sibi delatam esse hereditatem, sive ex testamento, sive ab intestato, potest impetrari restitutio in integrum, quam Prætor concedere solet etiam majoribus 25. annis, ex clausula illa generali, *Si qua mihi justa causa videbitur*. Et manifestum est ex ipsa *l.cum in antiquioribus*, ubi annus deliberandi currit adversus eum, qui scit sibi delatam hereditatem, ut ibi: *Is, qui sciens hereditatem, &c.* & in illis aliis verbis: *Ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse*. Quod idem Gomefius recte *loc.cit.* notat. Est ergo tempus utile, quod ad initium attinet: deinde evadit continuum, Glosf. *ibid.*

Hoc Jus deliberandi a Justiniano introductum in quibusdam cum antiqua cretione convenit, sicut in aliis dissentiat. Heres instituitur vel sine cretione, vel cum cretione, Ulpianus in *fragm. tit.22.*

Heres sine cretione institutus, nullum habebat præfixum tempus, intra quod de hereditate adeunda, vel repudianda cogeretur deliberare. Verum statim ac constabat nolle se heredem esse, excludebatur ab hereditate, quam amplius adire non poterat, Ulp. *loc.cit. §. sine cretione*. Cuius dico nullum habuisse præfixum tempus, intelligo a lege, vel a testatore; nam substituto vulgari petente, poterat a Prætore institutus cogi, ut intra unam diem deliberaret, *l. quando institutus, ff. de acq. test. tit.* quæ lex de herede sine cretione intelligenda est, Apud Cic. *13. ad Att.*

ep. 46. legitur, *Cretio libera*: eam putat Cujac. 9. *obs.* 29. quæ ita scribitur, *Cernito cum volueris*, non adscripto certo tempore. Contra dicit tamen Bosius.

Non ita est in herede instituto cum cretione, cui a testatore certorum dierum spatium ad deliberandum præfiniebatur, his verbis: *Titius heres esto, cernito, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creveris, exheres esto*. Heres vero cernebat, in hæc verba: *Cum me Marcus heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*.

Ex quibus discrimina inter Jus deliberandi, & cretione apparet. Nam I. Jus deliberandi est heredibus omnibus extraneis commune. Cretio non habebat locum, nisi cum testator jussisset. II. Cretionis dies varii extant ex arbitrio testantium. Centum sunt in *l. 3. §. etsi heres, ff. de minor. in l. si Titio, §. quadam, ff. quando dies legatorum*. Sexaginta apud Cic. 13, ad *Atticum* ep. 46. ut habent vulgati libri, quos tamen emendat Cujac. 9. *obs.* 29. In *l. Sejus, & Angerius, ff. ad l. Falcid.* Cretio fieri jubetur intra dies 30. Hinc in *l. 2. §. ult. ff. de suis, & legit.* dicitur: *Centum diebus verbi gratia*. Jus deliberandi certo anni unius spatio concluditur ex lege. III. Cretio ex formula fiebat, quæ solemnitas in deliberatione Justinianea necessaria non est.

Est quoque & illud discrimen, quod si quis intra annum deliberandi repudiat, pœnitentiæ locus non est, excepto filio, *l. ult. C. de repudianda hereditate*, Cujacius 22. *observ.* 27. Secus tamen in cretione erat, Ulp. *loc. cit.* §. cum cretione: *Et si constituerit nolle se heredem esse, tamen si supersint dies cretionis, pœnitentia actus, cernendo heres fieri potest*. Unde intelligitur textus in *l. 2. §. ult. ff. de suis, & legit.* ubi heres institutus cum cretione ex gr. centum dierum, si ante eos lapsos repudiet, non admittitur, qui erat proximus agnatus tempore repudiationis, sed est proximus tempore cretionis finitæ. Ratio est, quia proximus est, qui tunc fuit, cum defunctum intestatum decessisse certum est, ut ibidem §. proximum. Nec est certum, quem decessisse intestatum, nisi lapsis cretionis diebus, quia his adhuc durantibus, heredi, qui repudiavit, pœnitere licet. Ita Emundus Merillus 2. *obs.* 11. quem vide.

Sunt discrimina alia, nam annus deliberandi utilis est. Cretio vero utilis erat, seu, ut tum dicebatur, vulgaris, cum testator addebat: *Quibus scieris, poterisque*. His vero non adjectis, intelligebatur continua, Ulpian. §. *Cretio autem cum seq.*

Denum cernendi tempus in heredem instituti non transibat, cui præferebatur substitutus, ut docet Paulus in *l. si quis heres 71. ff. de acqu. in l. ult.* ubi herede non adveniente intra certum tempus illi a testatore institutum, & decedente, substitutus statim admittitur, non expectato ultimo die additionis. Extant tamen ejus rei vestigia in Jure nostro, vel Triboniano invito, ut præter *ll. cit.* videre est in *l. pen. §. 1. ff. de juris, & fa-*

& facti sign. ibi : *Dies ei aditionis non cedit*, & in *l. Pannonius*, ff. de acq. hered. cum aliis, de quibus Chavarri par. 2. didascalica cap. 1. num. 3.

Conveniunt vero in hoc, quod transeunte cretionis die, & herede non cernente, is amittebat hereditatem, ut ea verba formulæ docent, *Ni si ita creverit, exheres esto*; nam exheredatio in extraneo herede scripto valet, *l. paterfamilias*, ff. de hered. inst. *l. Sejum*, ff. ad *l. Falcid. uxorem*, §. *heres*, ff. de leg. 3. Ita transacto anno Juris deliberandi, heres, qui filuit, hereditate excidit.

Sublata est Cretio a Constantino in maternis successionibus *l. 1. C. Th. de maternis bonis*: ab Theodosio penitus, *l. cretionum*, *C. de Jure delib. l. 1. C. Theod. de cretione*, ubi ait Cretionum scrupulosam solemnitatem amputare.

Ex quibus verbis non videtur tam sublata cretio, quam ejus solemnitates scrupulosæ, quæ erant in digitorum percussione, in antestatione aurium attrectatione, aliisque symbolis, de quibus Cujac. 7. obs. 18. & lib. 28. qq. Pap. in *l. 77. ff. de reg. Juris*. Quare & hodie poterit testator certos dies ad adeundum hereditatem statuere, idest cretione jubere, *d. l. si quis heres 7. 1.*

Jam igitur quaestio est, herede intra annum deliberandi decedente, relicto vulgari substituto, & transmissario uter ipsorum ad hereditatem prioris defuncti vocetur? Et fere post Bartolum communis opinio est, transmissarium admitti, excluso vulgari substituto, DD. apud Trenzacinquium in hoc tract. q. 8. & tuetur etiam Fachin. 4. contr. 62.

Et moventur ex pluribus *l. Quoniam* verba illa, si heres non erit, per quæ concipi vulgaris substitutio solet, hunc sensum habent, si neque ipse heres erit, neque mutata conditione alium heredem fecerit, §. ult. *Institut. de vulg. l. si paterfamilias*, ff. de hered. instit. Sed quando heres institutus intra annum deliberandi decedit, facit alium heredem, transmittendo in eum Jus deliberandi, *d. l. cum in antiquioribus*, quippe per eam transmissionem fit, ut heres ipsius sit heres testatoris. Ergo deficit conditio vulgaris substitutionis propter transmissionem, unde ipse se transmissarius erit admittendus, excluso substituto.

II. Moventur argumento ducto ex *l. quod si minor*, §. *Scavola*, ff. de minorib. ubi si quis juvenili levitate ductus omiserit, vel repudiaverit hereditatem, vel honorum possessionem, restitutio in integrum non modo conceditur ipsi minori, sed etiam heredi minoris impartiri potest, siquidem omnia integra sint, idest hereditate a substituto nondum adita. Ergo si heredi conceditur restitutio contra substitutum, multo magis concedi debet Jus deliberandi contra eundem; quandoquidem promtius, & liberalius tribuitur auxilium legis ordinarium, ut est Jus deliberandi, quam auxilium Prætoris extraordinarium, sicut est in integrum restitutio.

III. Ex *l. si fratris*, *C. de Jure delib.* Quidam in testamento filium sui

sui Juris, & Cajum heredes scripserat; filius autem intra paucos dies a morte patris concessit in fatum, non adita, nec repudiata hereditate, relicto fratre legitimo herede, & Cajo coherede; quaesitum est, uter ex ipsis debeat admitti; Imperator respondit, fratrem excludere coheredem; non alia certe ratione, nisi quia ad fratrem Jus deliberandi transmissum est. Unde fit, ut transmissarius excludat coheredem. Ergo debet pariter excludere substitutum vulgarem; quia coheredes habentur tanquam a testatore invicem vulgariter substituti, *l. si Titio, & Maevio, §. 1. ff. de leg. 2. l. non iustum, C. ad S.C. Trebell.*

IV. Ex *l. un. §. cum autem*, juncto *§. in novissimo, C. de caduc. toll.* quippe Justinianus expresse videtur statuere, tunc vulgarem substitutum admitti posse, cum transmissarius non adest, vel ex lege Theodosii in *C. de iis, qui ante apertas tab.* vel ex sua constitutione in *d. l. cum in antiquioribus*. Quod argumentum præ ceteris fortissimum visum est Fachinco.

V. Quia tunc vulgaris substitutus ad hereditatem vocatur, cum heres institutus vel nolit, vel non potest hereditatem adire, cum vulgaris duos casus comprehendat, voluntatis, & impotentiae. Sed quando heres institutus decessit intra tempus deliberandi, nec dicitur noluisse, quia silendo voluntatem suam non propalavit: nec dicitur non potuisse, quia ille non posse dicitur, qui vivo testatore obit. Ergo nulla est ratio, cur substitutus debeat admitti.

In contrariam tamen alii ivere sententiam, nempe substitutum vulgarem admitti, excluso transmissario Justiniano. Ita Angel. in *l. 1. ff. de vulg.* Ripa, & Salyc. in *d. l. cum in antiquioribus*, Politus, & Zasius in *tract. de vulg.* quos sequutus est Anton. Faber *de error. pragm. dec. 24. cr. 5.* Quæ sententia verior est.

Probatur I. Quia transmissarius Theodosianus ideo vulgarem substitutum excludit, quia est hereditatis transmissarius; fingitur enim adita hereditas a defuncto, vel potius acquisita, tanquam si suus heres fuisset: quippe quod olim solum erat de heredibus suis, id Theodosius extendit ad liberos quoscunque ad tertium usque gradum, ut supra notavimus ex *l. un. C. de his, qui ante apertas tab.* Quare cum ab herede instituto acquisita jam fingatur hereditas, merito substitutus vulgaris a transmissario excluditur. At non eadem ratio est in transmissario Justiniano, qui non est transmissarius hereditatis, sed Juris deliberandi tantum, ut constat ex *d. l. cum in antiquioribus*, ubi non fecit Justinianus, ut extraneus quisque heres, si intra annum silendo decesserit, videatur jam ab ipso quaesita hereditas, sed fecit tantum, ut Jus deliberandi, quod habuit, transmittat ad heredem. Ergo, cum extraneus heres silendo decedit, jam non est heres; quocirca, tanquam existente conditione substitutionis vulgaris, debet ipse substitutus admitti.

II. Quia si transmissarius Juris deliberandi præferretur substituto,

fa-

fateri esset necesse, substitutum sub ea conditione, *Si Titius heres non erit*, intelligi substitutum sub duplici conditione, in hunc modum; *Si neque Titius, neque heres Titii mihi heres erit*. Quod quidem absurdum est, pro conditiones, utpote odiosæ, non sunt extrinsecus aut supplendæ, aut multiplicandæ, quia substitutionem, cui apponuntur, & destruunt, si existant, & prius etiam quam existant, suspendunt, ut recte Faber ait *loc.cit. num.3.*

III. Probatur ex *d.l.si quis heres* 71.

Hæc conclusio clarius ex resolutione eorum, quæ Adversarii secum facere putant, patebit.

Itaque I. quod proferunt ex *l.si paterfamilias, ff.de hered.instituend.* nostram aperte probat sententiam, tantum abest, ut eam infirmet; quandoquidem ibi statutum est, vulgarem substitutum admitti debere, quoties institutus heres neque ipse heres erit, neque mutata conditione alium heredem fecerit, ut etiam habetur in *§.ult. Institut. de vulg.* Sed quando institutus intra annum Juris deliberandi decessit, nec ipse se fecit heredem, neque mutata conditione alium heredem fecit. Quorum utrumque facile patet; nam non ipse se facit heredem, quia filius: unde intra tempus anni non est heres; nam si esset, transmitteret hereditatem, contra apertam Justiniani constitutionem; qui eum transmittere tantum Jus deliberandi disposuit. Præterea, neque mutata conditione alium heredem fecit; nam qui mortuus est nullam conditionem habet; quippe mutare conditionem is tantum dicitur, qui aliquando aliquam habuit, nunc aliam habet, veluti si ex homine libero fiat servus, vel ex servo liber, ut clare habetur in *ead.l.si paterfamilias*, & in *d. §. ult.* quod quidem non convenit ei, qui per mortem nullus esse cœpit. Addas etiam, non sufficere, mutatam esse conditionem, sed illud etiam requiri, ut mutata conditione, alium faciat heredem; quod in specie nostra non accidit; nam qui transmittit Jus deliberandi non facit heredem, ut ex dictis constat. Itaque si institutus heres nec ipse se fecit heredem, neque mutata conditione alium heredem fecit, necessario fit, ut substitutus debeat admitti. Unde patet in *d.l.si paterf.* solidum fundamentum pro nostra sententia haberi, quamvis adversarii secum facere perperam putent.

II. Non urget argumentum desumptum ex *d.l.quod si minor, §. Scævola, ff.de minor.* cum longe diversa ratio sit inter restitutionem in integrum, & Jus deliberandi; quippe restitutionis in integrum ea vis est, ut omnia in pristinum statum reducat, ut ipsum nomen restitutionis in integrum demonstrat, & habetur in *ead.l.quod si minor, §. restitutio*: proinde operatur, ut heres, qui repudiavit, quamvis statim post repudiationem hereditas delata sit ejus vulgari substituto, si tamen restitutionem in integrum petat, hereditate a substituto nondum adita, fingitur & eum nunquam repudiasse, & hereditatem nunquam fuisse substituto delatam. Quare cum dicatur minor constitutus in eo statu, quo erat statim mortuo

quo testatore, merito, adeundo, excludet substitutum. Certum autem est, restitutionem in integrum competentem defuncto heredi, competere etiam heredi ipsius, *l. Pannonius, sive Pantoni, ff. de acq. hered.* Unde fit, ut ipse quoque heres heredis, adeundo, per restitutionem in integrum excludat substitutum defuncti. Hæc vero locum non habent in Jure deliberandi, quod licet transmittatur heredi, tamen nihil reducit ad pristinum, sed omnia relinquit in eo statu, quo sunt; cum ergo is rerum status in specie nostra sit, ut heres institutus nec ipse se heredem, nec mutata conditione alium heredem fecerit, merito vulgaris substitutus admittetur, excluso transmissario Juris deliberandi. Illud tamen concedimus, si substitutus non adeat, tunc posse transmissarium deliberare.

II. In quantum ad textum in *l. fr. fratris, C. de Jure deliberandi*, nihil est, quod magis absurde explicatum sit, vel quod minus ad rem nostram faciat; primo enim ibi sermo non habetur de transmissario Justiniano, imo nec haberi potuit, cum ea lex condita sit a Gordiano Imperatore A.C. 242. nimirum, antequam transmissarius Juris deliberandi a Justiniano introductus, annis 292. Deinde frater defuncti ut legitimus heres ab intestato petebat admitti ad facultates fratris, petendo bonorum possessionem Unde agnati, ex eo quia ipsius fratris defuncti filius emancipatus & heres institutus ante aditam patris hereditatem decesserat; quare non venit ut transmissarius nepotis, venisset enim ex testamento. Tandem nulla in eo textu substituti mentio habetur, ut legenti perspicuum sit. Quæstio enim erat inter heredem filii instituti, & legitimum heredem fratris defuncti, uternam admitti deberet, ipso filio ante aditam hereditatem mortuo; & respondit Gordianus heredem filii excludi, quia cum filius fuisset sui Juris tempore mortis paternæ, non transmisit hereditatem; quippe temporibus Gordiani non tantum non erat transmissarius Justinianus, sed nec Theodosianus, qui introductus est A.C. 450.

Hæc est vera interpretatio ejus legis. Verum, quia hodie jam istos alios transmissarios habemus, præter eum, qui sui heredis dicitur; propterea dicendum esset, fratrem defuncti excludi debere, vel ex constitutione Theodosii, si filius descendentes usque ad tertium gradum reliquit: vel ex constitutione Justiniani, si alios heredes reliquit, & mortuus est intra annum Juris deliberandi; itaut textus ille hodie locum non habeat, nisi cum transmissarius Theodosianus deest, & filius mortuus est post annum deliberandi. Verumtamen neque hoc modo quidquam facit ad rem nostram, quia, ut diximus, nullus ibi proponitur datus substitutus.

IV. Ad textum in *Lun. §. cum autem, C. de caduc. toll.* varie a DD. responsum est; nos tamen dicimus, in eo textu de diversis casibus sermonem haberi I. de transmissario. II. de substituto. Quæ omnia, & sin-

regula ut facile demonstrantur, verba legis præmittenda sunt, quæ ita habent: *Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi exceptis quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, siquidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit, & potuerit, pervenire.*

Ubi duos casus aperte Justinianus distinguit. I. Si heres ex asse institutus, non adit; & vult, transmissarium admitti, sive Theodosianum, sive Justinianum, ut constat ex §. *in novissimo*, ad quem se Imperator refert, in illis verbis, *In superiore parte legis*; admitti, inquam, excluso Fisco, qui veniret Jure caduci. II. Si heres non ex asse institutus, hoc est coheres, non adit, & disponit admitti substitutum, excluso coherede. Adversarii autem istos duos casus simul miscendo, inde eliciebant, primo attendi transmissarium, secundo substitutum; sed verbis ita distinctis, contrarium deduci debet, nempe transmissarium tunc admitti, cum deest substitutus; qui si adsit, ipse ad hereditatem non aditam vocatur, excluso etiam coherede, ex regula, quod potentius sit Jus substitutionis, quam Jus accrescendi, quod coheredi competit.

Possent etiam dici, in eo textu nullam de substituto vulgari mentionem haberi, imo nec haberi aut debuisse, aut potuisse, sed nomine substituti intelligi coheredem, qui ad coheredis non adeuntis partem Jure accrescendi admittatur, excluso fisco, qui venire vellet Jure caduci. Notabimus enim, totam eam legem latam a Justiniano esse ad tollendum antiquum Jus caducorum ex *l. Papia Poppæ* introductum, ut ita ærarium publicum bellis civilibus exhaustum, abundaret.

Statuebat autem (quantum ad rem nostram pertinet) herede ex asse instituto, eo non adeunte, hereditatem tanquam caducam fisco deferri; & hoc est; quod Justinianus in primo casu corrigit. Statuebat etiam nullum esse inter coheredes Jus accrescendi, sed si quæ pars hereditatis vacaret, coherede non adeunte, eam minime accrescere coheredi, sed tanquam caducam fisco acquiri. Ceterum Jus substitutionis lex Papia semper integrum & illibatum reliquit; imo Justinianus in *d. l. un. §. & quemadmodum*, observat, testatores introduxisse substitutiones, ne testamenta fierent caduca, eaque providentia viam legi Papia obstruxisse. Ex his fit, nullam Justinianum hic in secundo casu, dum corrigit legem Papiam, mentionem merito habere potuisse de substituto vulgari, quia hic, instituto non adeunte, semper fuit admissus, etiam lege Papia vigente; opus vero habuit loqui solum de eo casu, quo heres institutus coheredem habuit; & ut hic olim ex lege Papia excluderetur, statuere ne amplius excluderetur, sed ad coheredis partem non aditam veniret Jure accrescendi.

Nec mirum est, coheredem a Justiniano substitutum dici; quod facit

cit ideo , quia coheres tacite ex voluntate testatoris substitutus videtur , ut jam supra diximus ex *l. si Titio & Maevio*, §. 1. *ff. de leg. 2. & l. non jussum*, *C. ad Trebell.*

Sed id , quod ultimo tandem loco obijciebatur , nempe in vulgari substitutione comprehendi duplicem casum voluntatis, & impotentia; dicimus in specie nostra , cum substitutus adest , heresque tacuit , decedendo haberi , tanquam si noluisse aut deliberasset nolle , licet intra annum deliberandi decesserit ; quamvis in eo casu , quo substitutum non habet , ipse institutus heres , tacendo , dicatur nondum deliberasse .

Ratio hujus doctrinae , quæ satis notatu digna est , dependet ex eo , quia Justinianus in *d. l. cum in antiquioribus*, cum Jus deliberandi , quod in omnes heredes transmitteretur , introduxit , id tantum ante oculos habuit , ut testatori , & testamento faveret , ne scilicet herede instituto tacente , & obeunte , causa testati prioris defuncti reduceretur ad causam intestati . Itaque ne id accideret , statuit , heredem intra annum obeuntem , haberi tanquam si non deliberasset , contra Jus antiquum , ex quo heres , qui tacuit , per mortem censebatur jam deliberasse , nolle se hereditatem , eoque successores legitimi , aut fiscus ad hereditatem primi morientis admittebatur . Hæc autem ratio cessat , cum heredi instituto datus est substitutus ; quippe nulla est ratio , cur Jus deliberandi transmittetur , quoties substitutus adire velit : nam ex substitutione testamentum vires capit , & qui defunctus est , testatus decessisse dicetur . Quocirca isto casu , quo substitutus adest , remanet Jus antiquum incorruptum , & propterea heres , qui tacendo decessit , dicetur deliberasse , ac noluisse hereditatem , ad quam veniet substitutus , excluso transmissario .

Ex his intelligere licet I. Rationem , cur transmissarius excludat legitimos heredes prioris defuncti , seu testatoris , & e diverso non excludat substitutum , sed potius ab illo excludatur . Nempe , quia contra legitimos heredes viget Jus deliberandi , ne testator obeat intestatus : at idem Jus non viget contra substitutum , qui succedendo , ipse firmat testamentum , & testator decedet testatus , sine ulla ope transmissarii Justiniani .

II. Intelligimus , verum esse , quod supra diximus , scilicet si substitutus nolit , vel nequeat adire , tunc tandem heredem heredis ex vi transmissionis ad testatoris hereditatem admitti ; quia , scilicet tunc opus est , ut testamentum substineatur , nec substineri potest , nisi per transmissarium , cum substitutus desit .

De Transmissario Theodosiano quædam notatu digna .

UT quæ supra de Constitutione Theodosii produximus , melius cognosci possint , circa eam adhuc nonnulla notabimus . Ea est sub *tit. C. de iis , qui ante apertas tabulas hereditatem transmittant* , quia olim ex *lege Papia caducaria* nequibat heres adire , nisi post apertas tabulas , ut & legatorum dies non cedebat a morte testatoris , sed ab apertis tabulis ; quocirca herede obeunte ante tabulas apertas necessario hereditas fiebat caduca , tanquam ab herede non adita , & querebatur fisco ; excepto eo tantum casu , quo heres in tabulis institutus , filius fuisset sub potestate testantis ; quia enim in eo nulla est necessaria aditio , sed ipso Jure intelligitur heres , propterea decedendo quodocunque , etiam ante apertas tabulas , hereditatem transmittibat . Quod etiam hodie verum est .

Verum id , quod de uno filiofamilias olim erat , Theodosius ad omnes descendentes ad tertium usque gradum produxit , ut scilicet hereditatem non aditam transmittant , etiam nondum tabulis apertis . Ex quo patet , Theodosii legem solummodo in successione testamentaria locum habere , non etiam in legitima , quæ ab intestato desertur ; Theodosius enim Jus antiquum in ea successione tantum restrinxit , quæ sit ex Judio testatoris , ut titulus demonstrat , nempe *de iis , qui ante apertas tabulas* ; quippe ab intestato nullæ tabulæ confingi possunt ; idipsum deinde ex verbis constitutionis colligitur ; cum semper de avo , & proavo , aliove naturali ascendente agat , qui liberos instituit . Unde fit , non fuisse a Theodosio correctum Jus antiquum in successione ab intestato , ex quo filius , e.g. emancipatus , si non adita patris , aut matris hereditate decedit , illam tanquam aditam non transmittit .

Verum in hujusmodi casu , licet destitutus beneficio Theodosii , non carebit tamen eo , quod Justinianus introduxit ; nam si filius iste intra annum decesserit , transmittet Jus deliberandi in heredes ex *d. l. cum in antiquioribus* .

Accursius tamen in *d. l. un.* Theodosii voluit legem eam locum habere in utraque successione , etiam ab intestato . Idque DD. communiter sequuntur ; pro quorum sententia illud dici posset , constitutionem Theodosii ex paritate rationis trahi posse a causa testamentaria ad causam ab intestato ; quippe descendantibus , maxime intra tertium gradum , hereditas quasi ex naturæ voto debita videtur ; hac enim ratione motus Theodosius videtur : quæ quidem ratio etiam ab intestato viget .

Præterea præsens Theodosii constitutio non solum in hereditate , sed etiam in legatis , & fideicommissis locum habet , ut ex ipso textu

expresse patet; cum enim antiquitus dies legatorum non cessisset ante apertas tabulas, opus fuit, ut legatariis etiam Theodosius subveniret: nempe, ut si descendens intra tertium gradum, cui quidem legatum sit, ante apertas tabulas decesserit, legatum, tanquam agnitum, transmittat.

Hodie tamen circa hanc rem habemus novam Justiniani constitutionem, in *l.un. §. in novissimo*, cum duob. seqq. *C. de caduc. toll.* ubi generatim statuitur, diem legatorum, ut etiam fideicommissorum, a morte defuncti cedere, modo legata pura sint, vel in diem certum relicta, & legatarius post testatoris mortem decedat; nam. si mortem testatoris prævertat, non transmittet.

Aliud itaque Jus est, si legatum sub conditione relictum sit, vel sub die incerta; horum enim dies non cedit, nisi post conditionis eventum, vel postquam dies incerta extiterit. Unde si ante hæc tempora legatarius decedat, non transmittet, *d.l.un. §. si autem aliquid*. Quod verum est, quamvis legatarius sit ex liberis testatoris, quoniam in quantum ad legata hæc, nihil in Jure antiquo vel a Theodosio, vel a Justiniano, est innovatum, ut Acc. & Bart. ibidem observant.

At si legati sub conditione, vel sub die incerta, dies cedat vivo legatario, semper legatum transmittetur, *lideo, ff. qui testamento facere l. 2. cum seq. ff. quando dies legatorum*.

Illud maximam in hac re difficultatem habet, utrum fideicommissariis etiam Jus transmissionis concessum sit? Nec tamen quæstio est de fideicommissis singulari, seu, ut vulgo vocant, particulari; nemo enim ambigit, quin obeunte fideicommissario ad heredem ipsius transmittatur, modo ejus dies, fideicommissario vivo, cesserit, *l. 2. & 3. C. quando dies legatorum cedat*. Dubium solum est de fideicommissis universali.

Communis in hac re DD. opinio est distingui debere inter fideicommissum purum, & conditionale. Et purum quidem semper transmitti volunt; e. g. Cajus institutus heres est, & fideicommissum gravatus in favorem Titii: accidit deinde, ut antequam Titius fideicommissum petat, decedat, hoc est, antequam per heredem steterit, quin fideicommissum restitatur; eo casu communiter DD. docent, heredes fideicommissarii posse ex Trebelliano cogere heredem gravatum ad hereditatem sibi restituendam Jure transmissionis. Ita Acc. Bart. & ceteri in *l. cum filiosam. ff. de leg. 1.* late Peregr. *de fideic. q. 3. 1. Tiraq. de retractu gl. 1. §. 26.*

Moventur præcipue ex *l. 3. C. de fideic.* ubi cum agatur de fideicommissis restituendæ hereditatis, non alia tamen ratione fideicommissum universale ad fideicommissarii heredes pertinere negatur, quam quod illi ipsi, qui fideicommissum præstare debuerant, fideicommissario successissent: atque ita confusis per aditionem actionibus, nulla fideicommissi persecutio superest. Species enim legis hæc est: Quidam condito testamento,

stamento, heredes rogorat, ut ancillam manumitterent, eique restituerent hereditatem; defuncto testatore, ancilla quidem manumissa est, sed ab intestato ante restitutionem decessit; quocirca ejus successio ad heredes manumissores pertinuit, tanquam ad patronos. Heredes itaque manumissores puellæ hereditatem adierunt. Quæsitum est ab Imperatore Antonino, utrum heredes fideicommisso essent liberati? Ratio dubitandi fuit, quia heredes inæqualiter fuerant a testatore instituti, e.g. Unus in dodrante, alter in quadrante; quare si hereditas apud ipsos, tanquam testatoris heredes manebat, eam dividerebant etiam inæqualiter, uno accipiente dodrantem, altero quadrantem: at si succederent, ut heredes puellæ fideicommissariæ, quia ea ab intestato præmorta proponitur, successissent æqualiter. Respondit ergo Antoninus, per aditionem hereditatis puellæ, confusis actionibus, heredes gravatos esse fideicommisso liberatos. Ergo, inquit, dubitari non potest, Imperatorem aliud fuisse rescripturum, si alios heredes fideicommissarius habuisset, nempe heredes gravatos non intelligi liberatos fideicommisso; quod perinde est, ac si dicas, in heredem fideicommissarii transire Jus deliberandi.

Quod si fideicommissum universale sub conditione conceptum sit, tunc ita distinguunt; aut dies cessit, vivo fideicommissario, & quia eo casu jam incipit pro puro haberi, procedent illa eadem, quæ jam de puro fideicommisso diximus: aut ante cessam fideicommissi diem fideicommissarius decessit, & volunt regulam esse, fideicommissi transmissionem non fieri, *l. Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de Jure fisci, l. intercidit, ff. de condit. & demonstr. l. un. §. si autem aliquid sub conditione, C. de caduc. toll.* Putant tamen ex voluntate testatoris posse ad heredes fideicommissarii transmitti, scilicet quoties ex aliqua conjectura appareat ita testatorem voluisse, veluti cum heres fideicommissarii est ex descendantibus testatoris. Vide latius Mantiam *de conject. lib. 11. tit. 20.*

Porro illud notandum est, in foro receptum esse, interruptionem graduum non vitare fideicommissum. E.g. testator rogavit heredem, ut restitueret Cajo, itemque Cajum ut restitueret Titio: accidit autem, ut vivo herede Cajus decesserit, deinde vivo Titio decesserit heres; docent fideicommissum non intercidisse propter interruptum ordinem graduum, sed esse omnino restituendum Titio. Quod probant ex eo, quia fideicommissum hac parte est simile substitutioni vulgari, cum per utrumque succedatur testatori, non heredi, *l. coheredi, §. cum filia, ff. de vulg. l. 2. ff. ad Trebell.* Sed vulgaris substitutio ex graduum interruptione non vitatur, quia substitutus substituto censetur substitutus instituto, *d. l. coheredi, in princ. & l. quando institutus, ff. de acq. hered.* Ergo eodem modo in proposita specie Titius fideicommissarius Caji, censendus est fideicommissarius heredi. Ita DD. communiter post Bart. in *d. l. quando*.

Hæc pro foro obiter notasse volumus; nam quid de rigore Juris sit, late tractat Faber *dec. 3. l. err. 1. 2. & 3.* quem vide.

Filiofamilias recusante hereditatem, utrum
pater substituto vulgari præ-
feratur.

Q U E S T I O VII.

Species ita se habet. Filiofamilias instituto heredi datus est substitutus in casum vulgarem. Noluit filiusfamilias hereditatem adire reclamante patre, sub cujus potestate erat. Quæritur, an pater possit ipse hereditatem adire, excluso substituto?

Et verior mihi videtur communis opinio, quæ patrem admitti docet, ex nova Justiniani constitutione in *l. ult. C. de bonis quæ liberis*; ibi enim Imperator loquens de filiofamilias herede instituto, statuit, eo nolente hereditatem adire, patrem, qui reclamabat, ad adeundum admitti, & omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam. Idque verum esse ait, sive filiusfamilias sit integræ ætatis, hoc est, annum 25. excesserit, sive in secunda ætate constitutus reperiatur, hoc est, minor ultra infantiam; præterea nihil interesse utrum paganus sit, an vero miles. Et, quod notandum est, in §. *similique modo*, addit, patrem ita sibi hereditatem acquirere: *Quasi* (verba textus sunt) *ipse pater ab initio fuisset heres institutus*. Ex quibus patet, a Justiniano haberi hoc casu nomen filii pro non scripto: & contra, haberi tantum pro apposito nomen patris, sub cujus potestate filius est; seu potius sub nomine filii censi institutum ipsum patrem. Quoties ergo ipse pater adire vult, substitutus omnino erit excludendus, qui solum potest admitti, repudiantibus patre simul, & filio. Ita Angelus, Aretinus, alique apud Trentacinium *par. 6. de substitutionibus*, & videtur esse opinio Bartoli in *l. 1. ff. de vulg.* Eam quoque docuit Duarenus in hoc tract.

Et nihil obstat, quod post alios Fachin. 4. *contr. 63.* objicit ex *l. si pater, ff. de hered. instit.* nempe, substitutionem vulgarem in homine libero eam continere conditionem, si nec ipse se fecerit heredem, nec mutata conditione alium fecerit heredem. Sed, inquit, filius hoc casu nec se fecit heredem, nec alium. Ergo hereditas statim deferretur substituto, cum verificata conditio sit, argumento ex *l. ult. ff. de conditionib. instit.*

Non obstat, inquam; & negatur suppositum. Supponunt enim, hic filium esse institutum, cum contrarium expresse Justinianus statuat,

uat, censeri sub nomine filii institutum patrem, tunc scilicet, cum filius patre invito repudiat. Si itaque pater institutus dicitur, & pater jam adit, consequens omnino fit, ut substitutus excludatur.

Ex his patet, quid dicendum sit de monacho, qui heredi instituto datus sit substitutus vulgaris, & monachus contradicente superiore non adeat, seu repudiet; nempe ex simili concludendum videtur, posse monasterium hereditatem adire, & substitutum excludere. Quæ sententia communis est, favore maxime causæ piæ: imo docent, monasterium non modo intra annum Juris deliberandi adire posse, sed eo transacto habere præterea quatriennium ad petendam restitutionem in integrum, tanquam si minor esset, argumento ex *cap. 1. de in integrum restitutione*. Vide Bart. in *d. l. 1. ff. de vulg.*

Utrum substitutus vulgaris excludatur a Fisco.

Q U Æ S T I O VIII.

POne, Cajo heredi substituto in casum vulgarem Sempronius. Cajus tamen, ante aditam hereditatem, ob-admissum delictum sententiam patitur, ex qua fiscus omnia ejus bona occupat; quælitum an quia Cajus redditur ob sententiam acquirendi incapax, ad hereditatem testatoris admittatur substitutus, an potius liceat fisco adire? Idipsum quæritur, si Cajus post admissum delictum, sed ante latam sententiam repudiet: scilicet an possit fiscus admitti, tanquam repudiatione in ipsius fraudem facta?

Et placet, substitutum admitti. Ita Duarenus in *boc tit.* Petrus Gregor. 42. *syn. 14.* Fachin. 4. *contr. 64.* nunquam enim de fisco declaratum est id, quod modo de patrefamilias diximus; nempe ipsum in his casibus pro instituto haberi: & propterea recte hic locum habet regula *d. l. si pater, ff. de hered. inst.* hoc est, quia institutus neque se fecit heredem, nec mutata conditione fecit heredem alium, propterea substitutum admitti.

Addit Fachin. immerito de hac re certare DD. contra constitutionem Justiniani in *tit. C. de caduc. tollend.* ubi in *§. cum autem*, quoties heres institutus nequit adire, non vocat fiscum, ut erat ex *l. Papii*, sed eo excluso, sanxit substitutum admitti; nec fiscum vocat, nisi ultimo loco, omni alio herede tam testamentario, quam ab intestato deficiente. Neque enim verum est, quod putabat Bart. in *d. l. 1.* censeri heredem institutum ob crimen admissum sibi heredem fecisse fiscum; nam institutio heredis facti est, & non juris.

Sed tuetur se Bartolus verbis Martiani in *l. si sequens gradus, ff. ad Syl.*

Syllan. ubi hæc habet : *Si sequens gradus altus fuerit necem testatoris , an prioris hereditas ad illum transferatur ? Et ait Papinianus non esse hoc ; nam pœna illius , hujus præmium esse non debet .* Unde fit , ut hereditas deferatur fisco , excluso substituto , etiamsi is vindicaverit defuncti necem . Ceterum deferitur fisco ob delictum heredis instituti , qui ex Syllaniano tenebatur quæstione habere , & supplicium sumere de iis servis , qui sub eodem testamento fuerunt , quoties dominus per vim necatus fuit , *l. 1. §. occisorum , ff. cit. tit.*

Verum respondetur , eatenus ibi substitutum excludi , & fiscum admitteri , quia hereditas ab herede instituto adita jam fuit ; quippe non omnis heres , qui defuncti necem non vindicat , punitur , sed is tantum , qui jam hereditatem adivit : is , inquam , tanquam indignus punitur , & ab eo hereditatem , tanquam ab indigno , fiscus aufert ; *l. neceffarios , §. non alias , ff. cit. tit.* Cum ergo hereditas adita fuerit , merito ait Papinianus heredem sequentem in gradu , seu substitutum excludi ; quippe is non potest venire Jure substitutionis , & veniret tantum Jure præmii , quod vindicavit testatoris necem . At istud ipsi præmium nunquam lex ulla concessit : & e contrario Senatusconsultum Syllanianum vocavit fiscum Jure pœnæ .

Quod si accadat heredem repudiassse hereditatem , antequam sententiam passus sit , nec propterea fiscus admittetur , tanquam repudiatione in ipsius fraudem facta . Primo enim hic fraus nulla est ; nam cum institutus heres repudiat , utitur Jure suo , cui a lege concessum est libera ad eundi , & repudiandi libertas , nisi forte id in fraudem creditorum fiat . Et patet a simili ; quippe heres , qui fideicommissio gravatus est sub conditione , si sine liberis decesserit , potest per subsequens matrimonium legitimare filios naturales ad excludendum fideicommissarium , etiamsi matrimonium istud in mortis articulo ineatur , *cap. tanta , qui filii sint legitimi* . Præterea dato id factum in fraudem fisci ; tamen ab hac fraude innocens est substitutus , qui suo Jure utitur , cum ex substitutione adit hereditatem , quam institutus repudiavit .

Hinc regulam DD. statuunt , nempe quum institutio pro non scripta habetur , semper fit locus substituto vulgari , *Gloss. & Bart. in l. ex facto , ff. de hered. instit.* ex qua regula orta est mirabilis decisio , quæ extat apud Thesaurum *dec. 127. cum seq.* Species est : frater condito testamento heredem instituit turpem personam , cui vulgariter substituit , præterito fratre superstite . Is ergo egit querela inofficiosi testamenti adversus fratris testamentum ex *l. fratres , C. de querela inofficiosi* ; & obtinuit institutionem turpis personæ haberi pro non scripta : at non sibi mellificavit , quippe non sibi , sed substituto victoriam paravit , qui & successit , quocirca frater obfuit instituto , & sibi non profuit . Verum hæc decisio difficultate non caret . Vide Menoch. *conf. 234.* & Sforziam Oddo *conf. 10.*

**Utrum substitutio in unum casum concepta ,
trahi possit ad alterum .**

Q U Æ S T I O IX.

Ad L.4.

Prima est opinio eorum , qui docent , casum impotentiae a testatore positum in substitutione trahi ad casum voluntatis, quamvis de hoc secundo nihil testator expresserit , sed tantummodo dixerit , *Si heres esse non potuerit* : & e contrario casum expressum voluntatis trahi ad casum impotentiae ; prorsus ut nihil intersit , utrum testator dixerit , *Si heres esse noluerit , vel non potuerit* , ac si unum tantum ex his casibus apponat , altero omisso . Quæ fuit sententia Bartoli , cui subscripsere Soccin. Ripa , & alii in *l.1. ff. de vulg.*

Probant id primo ex defuncti voluntate , qui substituendo , id videtur voluisse , ne intestatus decederet, cui quidem voluntati æque contrarium est tam si heres nolit , quam si nequeat heres esse : propterea testator , qui in unum casum substituit , censendus est etiam substituisse in alterum , præsertim quia pro eodem habentur nolle , & non posse , argumento ex *l.1. ff. de procuratoribus*. Nec novum est in Jure nostro, casum omissum, ex voluntate testatoris censi comprehensum in expresso, DD. in *l. Gallus , §. & quid si tantum , ff. de liber. & posth.*

II. Ex *J. §. & quid si tantum* , cum Galli consilium concipiatur sub conditione , *Si filius morietur* , nihilo minus ad similitudinem mortis admittuntur ceteri casus omnes, in quibus accadat filium de medio tolli, vel per aquæ & ignis interdictionem, vel per emancipationem, vel per servitutem ; quasi hi casus ex sententia legis Vellejæ suppleantur , quæ in *2. cap.* generatim habet, *Si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit* . Supplentur ergo in formula Galli , licet omissi . Ergo a pari in specie nostra, quamvis casus impotentiae , vel voluntatis, omisus sit, tamen ex similitudine dici debet comprehensus ; jam enim diximus simile esse nolle, ac non posse , *d. l.1. ff. de procuratoribus*.

III. Ex *l. si minor , C. de institutionib. & subst.* quippe filius a matre institutus sub conditione si per emancipationem sui Juris efficiatur , ad matris hereditatem admittitur , quoties pendente conditione alia via factis paternis solvatur , veluti quia pater moriatur , deportetur , vel filius fiat Consul , Episcopus , & ita porro ; tanquam si casus emancipationis comprehenderet omnem alium similem casum, quo filius sui Juris evadat. Idipsum colligere licet ex *l. Titius , §. Lucius , ff. de liber. & posth. ex l. ult. C. de posthum.* & tandem ex his , quæ supra disputavimus de substitutio-

ne vulgari, quæ continetur in pupillari, & e contrario.

Non defunt tamen, qui in contrarium nitantur, substitutionem in unum casum conceptam non trahi ad alium, Duarenus in *boc tract.* Mantica 5. de *conject.* 1. Fachin. 4. *controv.* 65. Quæ sententia verior est, & firmatur ex pluribus.

Et primo quidem ratione; nam quoties duo sunt, quorum unum se alteri opponit, & unum alteri repugnat, tunc regula est, ut unum non contineat alterum, nisi ex expressa Juris constitutione, ut ex mox dicendis clarum erit, & patet etiam ex *l. 4. ff. de vulg.* quippe intantum vulgaris complectitur pupillarem, inquantum hoc expressa Divorum Fratrum constitutione fuit statutum, *L. quamvis, C. de impuberum.* Sed in nostra specie primus casus vulgaris opponitur secundo, cum sæpe accidat, ut quis velit, & non possit, vel e contrario, ut quis possit, & tamen nolit: nec ullam adhuc expressam Juris constitutionem habemus, quæ statuatur unum in altero comprehendi. Ergo ex regula, quæ hic incorrecta manet, dicendum est, unum in altero non includi. Verum ut proposita regula clarius pateat.

II. Probatur Jure ex Pomponio in *l. commodissime, ff. de liberis, & posth.* ubi quamvis, qui nondum natus est, ita a patre, vel avo institui possit, *Sive vivo me, sive me mortuo natus sit, heres esto*; tamen si alteruter casus omissus fuerit, hic casus non censetur testamento comprehensus, ut propterea natus eo casu rumpat testamentum. Ubi recte Alexander ita in summam redigendo textum, regulam statuit, nempe, Qui providet sibi in uno casu, non videtur in alio casu omisso sibi providere.

III. Ex Papiniano in *l. pater Severianam* (alias *Severinam*) *ff. de conditionibus*, ubi pater filiae prædium legavit, si Ælio Philippo nupsisset, (quod ita interpretatur, si voluerit nubere) quod si non nupsisset, hoc est noluisse nubere, idem prædium Philippo dari voluit. Accidit, ut nondum viri potens puella diem suum obierit. Respondit Papinianus, conditionem non extitisse, nec propterea fideicommissum Philippo deberi: scilicet, quia casus voluntatis non complectitur casum impotentiae.

Neque obstat, quod ait Gomesius 1. *variorum cap. de vulgari, n. 10.* Papinianum ita in ea specie statuisse, quia pœnam testator apposuit in eo casu, quo filia Philippo nubere noluisse. Nam id facile rejicitur; etsi enim Papin. mentionem faciat pœnæ, tamen decisio non nititur pœna, sed solum dependet ex eo, quod fideicommissum relictum erat in casum quo nollet, non etiam in casum, quo non posset matrimonium inire.

Ex his facile patet, quid adversariorum argumentis responderi debeat. Nam cum primo ajunt, mentem testatoris in substituendo vulgariter, eam fuisse, ne intestatus decederet, dicimus id quidem verum

esse, cum eo tamen, ut verum etiam sit, testatorem demonstrasse, mentem suam fuisse, non ut omni casu testatus decederet, sed eo casu tantum, quem ipse in testamento expressit; nam in nostris legibus exempla habemus eorum, qui omni casu voluerunt testati decedere; quippe dicere soliti sunt, vel generatim, *Si heres non erit*, argumento ex *d.l.commodissime*, ibi, *Neutrius temporis habita mentione*: aut utroque casu expresso, ita *Si adire noluerit, vel non potuerit, l.cum proponas, C.de hered.instit.* Quocirca, cum in nostra specie neutrum ex his fecerit, sed alterum tantum casum expresserit, videtur in eo solum voluisse testatum decedere. Facillime quippe poterat utrumque casum exprimere, aut uno expresso, alterum addere, nec tamen fecit; quod signum mihi evidentissimum videtur, noluisse omni casu decedere testatum.

Cum vero addunt pro eodem haberi nolle, & non posse, dicimus hoc intelligi in quantum ad effectum, non in quantum ad modum; quæ modi diversitas adeo maximi momenti est, ut uno expresso alterum non comprehendatur, ut clare patet ex *d.l.pater Severianam*.

Hinc II. facile resolvitur, quod opponunt ex *d.l.Gallus, §. & quid si tantum*; nam dato, quod vulgo putant, in formula Galli casum mortis expressum porrigi ad ceteros casus non expressos interdictionis aquæ & ignis, emancipationis, & servitutis, qui similes casui mortis sunt; tamen id habemus speciali lege declaratum, quæ declaratio si facta non esset, contrarium diceremus ex regula a nobis supra explicata. Hæc autem declaratio in nostra specie non adest.

Potest etiam negari istos casus in formula Galli sub casu mortis comprehendi; verior enim explicatio *d. §. & quid si tantum*, est ea, quam latissime tradit Antonius Faber in 10. *conject.* Nempe id solum ibi statui, quod sicuti ex *l.Velleja*, potest avus instituere nepotem, si filius suus heres esse defierit, ita idem avus ex ejusdem legis sententia in formula Galli potest sibi providere in ceteris casibus morti similibus, si modo id expresse faciat; vel si generatim dicat, Si filius suus heres esse defierit; nunquam enim ibi dicitur, quod vulgo opinantur, expresso solo casu mortis, ceteros etiam similes casus intelligi expressos. Vide latius cit. Fabrum.

Quod III. opponunt ex *d.l.si mater*, resolvitur, si notemus emancipationis nomen aliquando large sumi, & comprehendere omnes eos modos, quibus filius e patria potestate subducitur, five per mortem sit, five per dignitatem, aut similiter; ut propterea, cum dixerit mater, se filium heredem scribere, si per emancipationem sui juris efficiatur, nullum casum exclusisse videtur, ut in *tit. C.de emancipationibus liberorum*.

In quantum vero ad textus *l.Titius, §. Lucius, ff. de lib. & posth. & l. ult. C. de posthum.* dicimus, eos niti mente & voluntate testatoris, qui ex facti ignorantia aliter scripsit, atque opus fuit, ut consideranti illorum

tex.

textum species facile perspicuum fiet . Quippe in *d. §. Lucius* quidam ita in testamento scripserat , *Quod filia mea in utero habet , heres esto ;* quibus verbis videbatur , nepotem post testamentum nasciturum sibi scripsisse heredem ; & nihilo minus nepos pauculis horis , ante testamentum natus erat , testatore ignorante . Respondit Paulus , institutionem valere , hoc est casum expressum nepotis nascituri post testamentum , continere casum non expressum ejusdem nepotis nati ante testamentum . Id tamen ex speciali ratione a Paulo responsum est ; non enim poterat dubitari de eo ipso nepote testatorem sensisse ; erravit tamen in facto , ut qui credebatur nondum natus , qui jam eadem die natus erat ; quare constabat de mente testatoris instituendi eum nepotem , cui menti ignorantia facti non obstat , ex vulgata regula Juris . Nos autem non negamus , ex voluntate testatoris casum omisum posse suppleri ; id quod negamus , est , in specie nostra hanc testatoris voluntatem haberi ; nisi aliquid aliud proponatur , unde ea colligi possit .

Simile est , quod habetur in *d. l. ult.* proponitur enim testatorem scripsisse , *Filius , qui intra decimum mensem post mortem meam nascetur , heres esto ;* filius vero natus deinde est , vivo testatore ; & sublatis antiquorum Jurisconsultorum jurgiis Justinianus rescripit , filium non videri præteritum ; constat enim voluntatem testatoris fuisse eum omnino filium instituere , quem ex errore putabat , sibi post mortem nasciturum ; quocirca hic etiam casus omisus suppletur , quando de voluntate testatoris constat , quod in specie nostra non est .

Ceterum licet testator in unum casum substituatur , adhuc tamen sub eo tacita pupillaris comprehenditur ex *l. ult. C. de institutionibus* , ubi quidam instituit ventrem , & addidit , si posthumus natus non fuerit , *Cajus heres esto* , hoc est , si posthumus heres esse non poterit . Tamen substitutus admittitur tam si posthumus editus non fuerit , quam si natus fuerit , & moriatur ; illo scilicet casu admittitur ex vulgari , isto ex pupillari .

Utrum ob pubertatem vulgaris tacita expiret .

Q U E S T I O X.

Ad L. lex Cornelia 28.

Verior est opinio Glossæ in *L. lex Cornelia* , ff. de vulg. ubi Ripa , Imola , Salycetus , & alii cum Gomez 1. var. hoc tit. ubi Emmanuel Suarez , nempe expirante substitutione pupillari per adventum pubertatis

tatis filii, adhuc superesse vulgarem, ex qua substitutus ad testatoris hereditatem admittatur, filio nequeunte, vel nolente patris hereditatem adire. Quod palam fit exemplo pupillaris tacitæ, quæ continetur in vulgari expressa quippe; si filius institutus heres adeat hereditatem, quamvis vulgaris expressa evanescat, superest tamen adhuc pupillaris tacita; prorsus ut filio deinde intra impubertatem decedente, ei substitutus succedat, *l. 4. ff. de vulg. cum concordantibus*. Ergo a pari cum pupillaris expirat, filio pubertatem ingrediente, remanet tacita vulgaris; non enim inter utrumque casum ulla rationis disparitas potest assignari.

Quidam credunt ad hanc conclusionem firmandam facere etiam legis fictionem, quæ vult substitutum ex vi vulgaris succedentem fingi per retrotractionem a morte defuncti successisse defuncto, argumento ex *l. heres, ff. de acq. hered.* Quæ tamen ratio nullius momenti mihi esse videtur, quia quam facillime responderetur, retrotrahi quidem, cum adest; sed hoc ipsum nos querere, utrum adfit.

Objicies vitiato continente vitiatur quoque, quod ei inest, ceu cadente principali cadit accessorium, *l. cum principalis, l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de reg. juris*. Sed vulgaris tacita se habet, ut contentum, seu accessorium ad pupillarem expressam, quæ est ut principale, & continens; quocirca hac vitiata vitiatur & illa.

Respondemus tamen, tunc vitiato continente vitiari etiam contentum, cum id quod inest a continente dependet. Quod non est in specie nostra; quia vulgaris tacita non dependet a pupillari expressa, nec contra, utpote quæ continetur, seu intelligitur ex sola legis dispositione, & propterea id, quod inest, habetur tanquam si expressum esset, ut patet ex *d. l. 4. ff. de vulg.* Dicendum est ergo, tacitam vulgarem inesse in pupillari, non tanquam in causa, seu in principali, sed tantum tanquam in conditione, seu occasione, ut scilicet facta pupillari, sit & intelligatur esse etiam vulgaris. Ceterum ut infantis vita, in utero matris contenti, non dependet a vita matris, cum sæpe accidat mortua matre, quæ continet, infantem vivere, ita etiam in specie nostra,

Utrum substitutio pupillaris facta a patre filio
puberi, vel a matre filio impuberi,
tacite vulgarem compre-
hendat .

Q U Æ S T I O X I .

Ad L. si mater 33. ff. de vulg.

HOc perinde est , ac si quæras , utrum pupillaris substitutio ab initio nulla , complectatur tacitam vulgarem . Et communis fere sententia est , eam tacite vulgarem non continere , converti tamen in vulgarem , ut scilicet substitutio valeat quo modo valere potest , Bartolus , Soccinus , Imola , alique in *l. 1. Alexand. in l. 5. ff. de vulg.* At vero Gomesius *1. var. 3.* voluit vulgarem contineri, ex *l. si mater ff. de vulg.* Quæ opiniones licet distent, in quantum ad explicandi modum , re tamen, seu effectu idem sunt .

Nonnulli vero tradunt, eam resolvi in fideicommissum , prorsus ut heredes filii obligentur restituere substituto ea pupilli bona, quæ ei a patre , vel matre substituente pervenerunt , ex *l. Scævola , ff. ad Trebell.*

Hæc tamen omnia falsa sunt , ut ex ipsa argumentorum dissolutio-
ne patebit . Nam quod attinet ad textum in *l. si mater , ff. de vulg.* ibi Africanus hæc verba habet : *Si mater ita testetur , ut filium impuberem, cum erit annorum XIV. heredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit , alium substituat , valet substitutio .* Putabat Gomesius , *tabulas pupillares* hic accipi pro pupillari substitutione , quasi mater filio ita substituerit , *filio meo in ætate pupillari decedenti Titius heres esto .* Quæ utique substitutio nulla ab initio est . Cum ergo Africanus dicit substitutionem valere, consequens omnino fit, ut valeat, tanquam vulgaris, quod Gomesius putat denotari verbis illis , *si sibi heres non erit .* Ob quem novum intellectum huic legi datum , narrat idem Auctor , se olim licentiatum , ut vocant, gradum obtinuisse .

At recte Emmanuel Suarez id immerito factum notat ; potius enim ei , qui licentiatum gradum obtinisset, ex tam absurda explicatione ea dignitas adimenda fuisset , quam ei , qui non haberet , danda ; quippe nullam ibi pupillarem substitutionem mater filio puberi fecerat , cum aperte dicatur , alium substituisse , *si sibi filius heres non erit* , quæ substitutio vulgaris est ; hæc enim verba matris substituents sunt , non Africani interpretantis substitutionem matris , ut Gomesius somniat , & facile consideranti patet . At queres , cur ergo hæc substitutio dicitur facta

1a.

tabulis pupillaribus? Respondet Cujac. ad *Afric. lib. 2. qq.* hoc ideo factum, quia substitutio restricta fuit ad solam ætatem pupillarem; ut propterea species illius textus hæc esse videatur; nempe cum mater filio pupillariter substituere cuperet, & lege impediretur; consilio adhibito Prudentum, effectu quodammodo substituit, instituit enim filium, cum is erit annorum XIV. seu cum pubes fieret; cum enim annus dicitur, nisi aliud addatur, semper de completo intelligitur, *l. qua aetate, ff. qui testaments.* Quod si accideret, ut filius in ætate pupillari existens heres non esset, alium sibi instituit heredem, dicendo, *Si filius in ætate pupillari heres non erit, Cæjæ heres esto.* Quæ substitutio vulgaris est, cum facta sit in casum, quo heres non erit; dicitur tamen Africano facta in tabulis pupillaribus, quia mater filio impuberi substituit. Quæsitum est, an substitutio valeret? Ratio dubitandi fuit, quia non possumus substituere ei, quem non instituimus; filius vero in ætate pupillari a matre institutus non fuit, utpote quem instituerat, cum esset annorum XIV. Respondit tamen Africanus, substitutionem valere, quia vere filius erat institutus; ex legis enim dispositione, ubi quis ex certo tempore instituitur, dies adjectus pro supervacuo habetur, & perinde est, at si pure heres institutus esset, *§. heres, Institutionibus de hereditibus instituendis.* Cujacius tamen ad *Afr. tract. 2.* ait, hereditatem non posse dari ex die, ita intelligi, ut non possit dari ex die nominatim, veluti post quinquennium, quam mortuus fuero ex Kalendis Januariis. Tacite enim diem recipere hereditas potest; quippe servus ex die liber esse iussus, recte heres instituitur pure, *l. quoties, §. si servus, ff. de hered. instit.* Veluti Stichus ex Kalend. Jan. liber esto. Idem Stichus heres esto, ubi hereditas non est data ex die, sed pure, eam tamen moratur dies. Et hic etiam tacite dies hereditati adjicitur, his verbis: *Cum erit annorum XIV.* Hoc enim non tempus solum, sed & conditionem in se continet; nam non interest, utrum scribatur, *Si annorum XIV. factus fuerit*, an *Cum annorum XIV. factus erit*; nam priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequente per tempus conditio, utroque tamen eadem scriptio est, ut dicitur in *l. si Titio, ff. quando dies leg.* Collata igitur institutione in tempus pubertatis, hæc verba, *Si heres non erit*, sic accipiuntur, si intra pubertatem decesserit. Idem sensisse videtur Vigilius *tit. de pupill. in princ. num. 6.*

Dices, eo casu, quo conditionalis substitutio fit, filius non est statim heres, sed institutio ad adventum conditionis suspenditur, itaut ea non adveniente, institutio nunquam facta intelligatur, *l. cedere diem, ff. de verb. signif.* Quod ergo in specie nostra operaretur, ne substitutio valeret, contra quam Africanus decidit; nam mater substituisset filio in eo casu, quo conditio non existeret, hoc est, si moreretur ante XIV. annum: quod perinde est, ac dicere, cum institutus non esset; at non instituto substitui non potest.

Respondendum est, ad substitutionem vulgarem recte faciendam, non

non necessario exigi, ut fiat heredi pure instituto, quod nullo Jure probatur; sed satis esse, ut fiat instituto. Imo ad substitutionem pupillarem nec etiam exigitur, ut fiat instituto, ut quæ filio exheredato recte fit, §. *non solum*, de *pupill. substitutione*. Aliter explicant Corasius in *l. si testamento*, C. de *impuberum*, Politus in *hoc tract.* Cæsar Costa 3. *ambig.* 20. quos vide; qui tamen omnes in hoc conveniunt, substitutionem non fuisse pupillarem, sed vulgarem.

Quod attinet ad textum in *l. Scævola*, ff. ad *Trebell.* quo probare nituntur, substitutionem ab initio nullam verti in fideicommissum, varie responsum est. Species ita se habet. Pater filio impuberi in codicillis in casum pupillarem substituit: quæ substitutio inutilis fuit, seu ab initio nulla, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest; tamen Scævola ex benigna interpretatione respondit, substitutionem verti in fideicommissum filio impubere decedente, prorsus ut successor filii ab intestato obligetur bona ipsius filii Jure fideicommissi restituere substituto.

Vulgo DD. post Accursium, & Bartolum, existimantes dari in Jure nostro verba communia tam substitutionibus, quam fideicommissis, id factum docent, quia pater in codicillis verbis communibus usus est, dicendo, Filio meo in ætate pupillari decedenti substituo Titium; nam inter verba communia ipsum substituendi verbum reponunt. Quoniam ergo dispositio non potuit Jure substitutionis directæ valere, utpote facta in codicillis, ideo Scævola respondit valere ut fideicommissum, quod in codicillis recte fit.

Quæ interpretatio perabsurda est; primo quia nulla in Jure dantur verba communia, cum omnia vel sint directæ, vel inflexæ, & nihil est medium, *l. quoniam indignum*, C. de *testamentis*. II. Quia etiam si verba hæc communia darentur, tamen iis verbum substituendi accenseri non posset, quod directum est, *l. 4. ff. de vulg.* Tandem, quia si *substituo* directum non esset verbum, sed commune, nulla opus fuisset benigna interpretatione, ut in vim fideicommissi voluntas paterna substineretur; nam verba communia, si darentur, æque & per se continere deberent non minus substitutionem directam, quam fideicommissariam; propterea sicuti sine benigna interpretatione interpretantur de directâ substitutione; ita etiam sine eadem interpretari possent de fideicommissio.

Alii ergo respondent, in textu *d. l. Scævola*, specialem casum contineri, qui extendi ad alios similes casus non possit, ut constat ex eo, quod Scævola expresse nititur benigna interpretatione; quæ in Jure nostro semper demonstrat casum specialem contra Juris rationem, DD. in §. *sed cum aliquis*, Institutionibus de *testamentis*, & in *l. filio præterito*, ff. de *injusto rupto*. Hæc vero singularitas in tribus consistit, ut substitutio sit pupillaris, ut filius moriatur impubes, ut fideicommissum ad omnia

nia filii bona se extendat, sicuti recte notat Viglius *Institutionib. de vulg. in princ. num. 4.*

Ideo autem I. exigitur, ut substitutio sit pupillaris, quia negligentia directo substituendi in codicillis, impuberi nequit imputari, qui ipse sibi prospicere non potest; est enim tota patris: propterea ne culpa patris filius lædatur, ejus negligentia æquitatis remedio emendatur, & vertitur in fideicommissum.

II. Quia pupillaris substitutio ætatem impubertatis non excedit, inde fit, ut cum vertitur in fideicommissum, nequeat eandem ætatem excedere. Unde in *d. l. Scavola* expresse notatur, filium impuberem decessisse. Imo si pater expresse rogasset legitimos filii impuberis heredes, ut filii hereditatem alteri restituerent, id fideicommissum locum non habebit, nisi filius impubes decesserit, *l. si fundum per fideicommissum*, alias *l. si Titio pecunia*, §. fin. ff. de leg. 1.

III. Debet fideicommissum ad omnia pupilli bona se extendere, non ad ea solum bona, quæ a patre in filium pervenerunt. Nec enim verum est, quod Portius in *tit. de Codicillis* putat, id introductum esse in favorem patris, quia per fideicommissum patri succeditur, *l. coheredes*, §. cum filia, ff. de vulg. ignoravit enim posse etiam per fideicommissum succedi filio, ut in *d. l. si fundum*, §. fin. quod est in specie nostra; sicut enim pupillaris substitutio bona filii, & filii favorem respicit, ita quoque, cum vertitur in fideicommissum, bona filii, & filii favorem respicere debet. Præterea tunc per fideicommissum succeditur testatori, cum filius ipse de restituendo rogatus est; at hic non ipse pupillus, sed legitimi ipsius heredes rogati censentur, ut substitutis fideicommissum restituant; quo casu per fideicommissum filio succeditur, *d. l. si fundum*, §. fin.

His ita resolutis, facile apparet, quid in nostra quæstione respondendum sit, ubi substitutio pupillaris vel facta est a patre filio puberi, vel a matre filio impuberi, nempe standum regulæ, ut quæ ab initio nulla sunt, nullum quoque pariant effectum, cum non entis nullæ sint qualitates, *lejus qui in provincia*, ff. si certum petatur.

Quod manifestum fit ex Papiniano in *l. verbis civilibus*, ff. de vulg. ubi verbis civilibus, sive directis substitutio pupillaris ultra XIV. annum frustra fit; quocirca neque ut vulgaris, neque ut fideicommissum sustineri potest; nam si ut quid ex istis valeret, male frustra fieri diceretur, imo satis utilis esset. Quocirca fit, ut substitutus, qui non admittitur ex substitutione, neque ut adjectus heres quandoque futurus sit; hoc est neque etiam erit coheres.

Neque putandum est cum Cujacio, substitutum non admitti, tanquam adjectum heredem, vivo pupillo, eo vero mortuo, admitti. Quod Cujacius elicit, ex illis, *Quandoque non erit*; verba enim textus sunt: *Sed qui non admittitur, ut substitutus, ut adjectus heres quandoque non erit.* Unde *Quandoque erit*, hoc est, mortuo pupillo.

Non

Non enim vir doctus animadvertit, verba illa *Quandoque non* in Jure nostro accipi pro nunquam, ut aperte patet ex §. *mutui*, *Institu- tionib. quibus modis re contrahitur obligatio*, ubi de mutuo hæc verba habentur: *Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ, & qualitatis redduntur*. Sicut ergo ex hoc textu male quis colligeret, quandoque in mutuo restitui easdem res; ita in *d. l. verbis civilibus*, frustra colligit Cujac. substitutum quandoque ut adjectum heredem haberi. Etiam Philosophi notant, verba, *Quandoque non*, in materia necessaria significare, *nunquam*.

Utrum qui substitutus est vulgariter, & per fideicommissum, habeat electionem.

Q U Æ S T I O XII.

Ad L. Centurio 15.

Communis fere opinio est, contingente casu vulgaris substitutionis, id est, non adita per institutum hereditate, permittendum esse substituto, ut nihilominus cogat heredem adire, & hereditatem ex fideicommissio restituere, scilicet si nolit succedere Jure directo, & ex vulgari substitutione hereditatem obtinere. Ita Bart. in *l. Centurio*, num. 38. ff. *de vulg.* post alios Mich. Crassus in §. *substitutio qu. 8. num. ult.* qui id ipsum esse docent, si substitutum sit vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum; semper enim quæstio de duobus erit, scilicet de vulgari, & fideicommissio.

Probatur hæc sententia ex pluribus. Lex Paulo in *l. si quis servo*, ff. *de manumiss. testam.* ubi quoties servo libertas in testamento duplici modo relicta est, & directo, & per fideicommissum, in potestate servi est, utrum velit, libertatem ex directo habere, & fieri libertum orcinum, an potius ex fideicommissio ad eam pervenire, & fieri libertum heredis. Sed quoniam dici posset, hoc introductum esse favore libertatis, cujus gratia multa specialia in Jure nostro recepta sunt; ideo.

Probatur II. ex *l. recensare*, §. *Titius*, ff. *ad Trebell.* cujus species est. Titius heres fuit institutus, & eidem Sempronius vulgariter substitutus; tum ipse Titius si hereditatem adisset, fuit rogatus, ut eandem hereditatem eidem Sempronio restitueret. Mortuo testatore, Titius noluit esse heres, ex quo factus est locus Sempronio vulgariter substituto. Quæsitum est tamen, utrum Sempronius iste, si nolit succedere, ut substitutus, possit Titium institutum ex Trebelliano cogere ad adeundum, ut

hereditatem sibi ex fideicommissio restituat, veluti si substitutio sit libertatibus, aut legatis onerata? Et respondit Ulpianus, Sempronium habere potestatem eligendi, adeoque posse heredem ad adeundum cogere. Imo addit Ulp. idipsum esse, si is, cui fideicommissaria hereditas relicta est, non sit substitutus, sed legitimus heres testatoris; nempe posse heredem institutum ad adeundum cogere, si malit hereditatem habere ex testamento, quam ab intestato.

III. Ex Theodosio in *l. fin. C. de Jure codicill.* ubi si testator testamento clausulam codicillarem addiderit, heres, utrum velit, eligendi habet potestatem, nimirum an velit bona testatoris ex testamento tanquam heres, an potius ab intestato, ut fideicommissarius; quamquam eidem denegetur posse utramque petitionem cumulare, & simul proponere, sicut etiam denegatur variatio, ubi alterutrum semel eligit.

Hæc quidem apertissime suprapositam conclusionem probant; sunt tamen nonnulla animadvertenda cum Fabro *dec. 34. err. 1.* nempe non posse hodie heredem institutum cogi ad adeundum ex Trebelliano, ut dicitur in *d. l. recusare, §. Titius*; propterea quod Justinianus in *auth. de heredib. & falc.* videtur in hac parte Trebelliani, seu Pegasiani dispositionem immutasse; nam in *§. si vero nullus*, herede non adeunte concedit fideicommissario potestatem adeundi per se hereditatem, absque eo, quod accipiat e manu heredis.

Præterea, hodie nihil interesse, utrum fideicommissarius idemque substitutus hereditatem habeat ex lege Justiniani potius, quam ex vulgari substitutione; quippe ibidem Justinianus statuit, fideicommissarium adeuntem per se teneri ea omnia præstare, quæcunque testamento illo præstari testator voluit. Non ita olim erat; nam si substitutio erat libertatibus, aut legatis onerata, intererat substitutum hereditatem habere potius ex fideicommissio, *d. l. recusare, §. Titius*: Imo multo durius est, si ex lege Justiniani succedat, quam si ex vulgari substitutione; quoniam succedendo ex Justiniani lege (verba Fabri sunt) omnia omnino præstare debet; quæcunque testamento cuilibet, & quolibet modo relicta fuerunt; at si ex vulgari substitutione succedet, ea tantum debet, quæ a se vel nominatim relicta, vel ex rescripto Severi tacite repetita sint, non etiam quæ ab instituto nominatim data fuissent, *l. licet Imperator, ff. de leg. 1.*

Ex his omnibus Fabro videtur dicendum, hodie amplius electio nem non esse concedendam substituto, eidemque fideicommissario, cum cesset ratio illa Ulp. in *d. §. Titius*, de qua re vide latius apud ipsum.

De milite substituente filio ultra ætatem pupillarem.

Q U Æ S T I O XIII.

Ad textum in l. Centurio 15. ff. eod.

Species est. Miles filio impuberi ita directo substituit: Filio meo intra vicesimum quintum ætatis annum decedente, Cajus heres esto. Et si quidem filius intra pubertatem obierit, nihil dubii est, Cajum ex pupillari ad omnia filii bona Jure communi admitti. At si obeat post XIV. annum, quamvis in testamento pagani certum sit, substitutionem post dictum annum omnino frustra fieri, *l. verbis civilibus, ff. de vulgari*; ambiguum tamen est, quid dicendum sit, quoties substitutio facta a milite est, ut in nostra specie.

Et ambiguitas oritur ex duabus sibi invicem repugnantibus legibus; nam in *l. centurio, ff. cit. tit.* dicitur, *post eam ætatem XIV. anni, substitutum ex privilegio militum, patris dumtaxat bona capere, cum fructibus inventis in hereditate*. Profsus ut Papinianus velit, substitutionem prædictam duplicem esse, pupillarem, filio impubere, & quodammodo vulgarem, filio pubere decedente: illo casu substitutus succedat filio, isto autem patri. Cui dispositioni repugnat Diocletianus in *l. precibus, C. de impuberum*; nam quamvis concedat, filio post pubertatem decedente, substitutum admitti ad bona tantum patris; vult tamen ea capere *veluti ex causa fideicommissi*; quare legitimi filii heres censentur rogati, ut hereditatem testatoris, detracta Trebellianica, restituant substituto.

Quæ antinomia adeo fortis visa est Antonio Fabro 15. *conject. 12. & seq.* ut in eam prolapsus sit sententiam, ut crederet, verba illa textus in *d. l. precibus, veluti ex causa fideicommissi*, debere expungi, tanquam a legulejo aliquo olim illi legi Diocletianæ addita, contra omnem Juris rationem; ut qui nesciret ex privilegio militari substitutionem semper manere directam, primo ut pupillarem, secundo ex quadam similitudine ut vulgarem, ut in *d. l. centurio*.

E contrario Cujac. 12. *obs. 17.* opinatur, textum Papiniani in *d. l. centurio* capiendum esse non de vulgari substitutione, sed de fideicommissio, quod etiam Pileus docuit; nam cum ibi nihil expresse dicatur, quo Jure substitutus post pubertatem filii succedat, videtur dicendum succedere, non uti substitutum vulgarem, sed ut fideicommissarium ex *d. l. precibus*, quæ propterea mutilatione non indiget. Cujac. sequitur Fach. 4. *contr. 44.* Cui tamen opinioni illud obstat, quod in *d. l.*

cen.

centurio, militis dispositio fuit directa, idest, *Cajus heres esto*, & quidem directa non solum in primo casu, sed etiam in secundo; & regula Juris est, ut militis voluntas servetur, cum de ea constat, *lejus militis*, ff. *de milit. testam. cum concordantib.* & nos supra diximus.

Omissis itaque Accursii, Corasii, aliorumque opinionibus, probabilis videtur resolutio Christophori Castellionei, antiquissimi Jurisconsulti, quem sequuntur Fulgosius, Jas. & Curtius in *dd. ll. Viglius in tit. de pupillari*, §. *qua ratione*, num. 13. Emmanuel Suarez 1. *obs.* 1. aliique, dum volunt verba illa *d. l. precibus*, *veluti ex causa fideicommissi*, non denotare veritatem, ut vulgo credunt, sed tantummodo similitudinem, secundum propriam verborum significationem, DD. in *l. 1. ff. de leg. 2.* & in *Lex castrensi*, ff. *de peculio*. Quod roboratur ex eo, quia cum in Jure nostro de vero fideicommissio mentio est, simpliciter dicitur, *ex causa fideicommissi*, ommissa particula, *veluti*, *l. cogi*, §. *ult. l. Scævola*, ff. *ad Trebell.*

Similitudo autem inter restitutionem istam bonorum directam, & fideicommissum, consistit in pluribus. I. Quia sicuti fideicommissarius non succedit heredi gravato, sed testatori, qui fideicommissum fecit; ita substitutus in nostra specie non succedit filio, sed patri ipsius militi.

II. Quia sicuti fideicommissum ex Jure Digestorum nequit fideicommissarius obtinere, nisi herede adeunte; ita in casu nostro substitutus militis bona non habebit, nisi filio adeunte.

III. Quia ut fideicommissarius, ita substitutus impetrare debet separationem bonorum testatoris, & heredis. Ex quibus apparet, hanc Castellionei explicationem recte procedere, quamvis Fabro ex studio contradicendi, displiceat.

Ceterum cum Papinianus ait, filio moriente pubere, capi a substituto bona patris cum fructibus inventis in hereditate, quæritur quinam isti fructus sint. Et fere receptum est, eos esse, qui extant ex bonis patris eo tempore, quo filius moritur, cum alii ad filii pertineant Jure dominii, argumento ex *l. item veniunt*, §. *item non solum*, & *l. ult. ff. de petitione hereditat.* in quibus regula statuitur, fructus omnes augere hereditatem, sive ante aditam hereditatem, sive post accesserint. Ita Soccin. hic, Alexander, Turaminus, aliique.

An nudum sui heredis nomen confirmet: tabulas pupillares.

Q U Æ S T I O XIV.

Ad L. si filius 12. ff. de vulg.

Species est . Titius institutus heres a patre , sub cujus potestate erat , usus beneficio Prætoris , ab hereditate se abstinent , & in ætate pupillare decessit . Erat ei in eodem paterno testamento datus substitutus pupillaris . Quæstio est , utrum hic ex ea substitutione filio decedente succedat , an potius filio abstinente , totum testamentum redditum sit caducum ? Diu multumque de hac re inter veteres , novosque Jurisconsultos certatum est .

Et quidem Antonius Faber varius fuit ; nam 2. *conject.* 2. tabulas pupillares confirmari negavit : in qua sententia non manlit , nam *decade* 32. *err.* 1. recantare non dubitavit , voluitque sine sui heredis immixtione tabulas pupillares valere . Idipsum docuit Schifordegherus *lib. 2. tract. 2.* Donellus 6. *comm.* 25. Hotom. 9. *obs.* 10. Cujac. *lib. 3. qq. Pap.* in *L. si filius 12. ff. de vulg.* Santolaria *interpr.* 10. post Bart. in *L. 2. ff. cit. tit.* Quæ sententia vera est , quamquam non omnia , quæ pro ea adducuntur , æqualis momenti sint .

Nam illud argumentum probare non possumus , quod desumunt ex *L. si filius 12. ff. de vulg.* ubi hæc habentur : *Si filius , qui patri , ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit , hereditatem patris recuset , frater nam autem retinere malit , audiri debet.* Loquitur Papinianus de filio suo herede , qui usus beneficio *recuset* hereditatem patris , postquam eidem heres de Jure civili *extitit* ; filius enim in potestate statim a morte patris , etiam inscius , vel invitus , suus & necessarius heres est patri , *lin suis , ff. de suis & leg. her.* Et tamen Jurisconsultus *secundis tabulis* robur suum tribuit . Cur ita ? Nempe , ajunt , quia nudum sui heredis nomen confirmat tabulas pupillares . Ita Faber *loc. cit.* Schifordegherus *quæst.* 3. alique .

Has tamen doctorum virorum nugas satis mirari non possumus . Quæstio enim , utrum tabulæ pupillares remaneant firmæ , est ubi patri nullus heres ex testamento extitit ; scilicet si solus impubes scriptus heres est , & is abstinet : vel eo exheredato , alter filius instituitur , qui se abstinet . Quod si impubes coheredem habeat ; ipse abstinet , alter vel repudiat , vel abstinet . Non est hæc species Papiniani , ubi pater duos sibi scripsit heredes filios , Primum , Secundum . Primus suspensam dicens

ob æs alienum patris hereditatem, eandem recusavit. Non ita Secundus, qui Jure accrescendi in totum assem patri heres fuit, ut patet ex eo, quod Jurisconsultus subdit, facto casu substitutionis pupillaris, Primum quæfisse separationem bonorum Secundi, cui erat substitutus, a bonis paternis, in quæ Secundus successerat. Ait enim: *Justus enim Prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit.* Habuit ergo pater filium Secundum heredem; quare tabulæ pupillares firmæ fuerunt, non quia nudo nomine sui heredis confirmatæ, ut comminiscuntur: sed omnino, quia filius pupillus heres extitit, licet frater recusaverit. Hoc igitur argumento omisso.

Firmum argumentum extat apud Julianum in *l. filius 41. ff. de acqu. hered.* Ejus hæc verba: *Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, & pro herede gesserit: poterit ex substitutione hereditatem obtinere.* Species est. Quidam duos filios in potestate habens, unum sibi scripsit heredem, alterum exheredem esse voluit, cui in ætate pupillari decedenti substituit eundem fratrem, quem sibi heredem scripserat. Quod licite fit, §. non solum, *Institutionib. de pup. subst.* Patre mortuo, filius scriptus heres ex beneficio Prætoris abstinuit; nam *abstinere* dicitur filius in potestate, scriptus heres, ubi paternam hereditatem recusat. Hinc ab intestato patri successit filius, qui exheres scriptus fuerat; & mox obiit, antequam in suam tutelam veniret. Quæsitum est, an tabulæ pupillares robur habeant? Julianus ait, fratrem superstitem ex substitutione admitti, non modo ad una fratris pupilli bona, sed etiam ad hereditatem, quæ ei ex patre ab intestato obvenerat, licet jam ab ea abstinuisset. Hic solus filius est heres institutus: is idem abstinet: corrumpit propterea institutio: & patri filius alter exheredatus ab intestato succedit. Eo non obstante, secundæ tabulæ valent, confirmatæ a nudo sui heredis nomine.

Eadem sententia probatur ex *l. si filius 42. alias Julianus, ff. cit. tit.* ubi filius pupillus scriptus fuit heres institutus, isque idem abstinuit. Hoc tamen non impedit, quominus eo in pupillari ætate decedente possit extraneus ex secundis tabulis ejus hereditatem consequi.

Denique hæc omnia confirmantur ex Jaboleno in *l. paterfamilias 12. ff. de privilegiis credit.* alias 28. *ff. de reb. auctorit. Judic. poss.* in cujus specie cum filius impubes ex toto asse institutus esset, ac patris hereditate se abstinuisset; nihilo minus substitutus pupillaris admittitur. Hanc Jaboleni sententiam latius persequitur Fab. *dec. 31. err. 8. juncta dec. 32. err. 1.*

Nec sane alio ducit aperta Juris ratio. Nam tamen si suus heres beneficio Prætoris abstineat, tamen de Jure civili non est sine herede, qui suum heredem habet, *l. cum quasi 30. §. sed et si suus, ff. de fideicommiss. libert.* Abstentionis enim beneficium est ex Prætoris Jurisdictione, *l. necessarius 57. ff. de acqu. heredit.* Jam Prætor heredis nomen adimere non

po-

potest, sicuti nec dare, §. *quos autem*, *Institutionibus de bonorum possessionibus*.

In contrarium tamen nituntur Viglius in §. 1. *Institution. de vulg.* Alciatus in *d.l. si filius* 12. *num. 11*. Goveanus ad *l. 2. ff. de vulg. num. 28*. qui & ipsi & rationum momentis, & legum auctoritate pugnant; si enim existentia sui heredis confirmat tabulas pupillares, quia adhuc heres est, cur vel Juri accrescendi, vel vulgari substituto locus sit? Cur legata in secundis tabulis relicta tutione dumtaxat Prætoris valent? ut in *d.l. si filius*.

His rationibus adversarios Goveanus premit; a quibus haud scio; an ullus hastenus se extricare potuit. Mihi tamen plana deliberatio videtur, & facilis. Dicimus, Prætorē naturali æquitate motum, concessisse Jus abstinendi pupillo, ut ipsi faveret, ne dum patris hereditatem habet suspectam, invitus ære alieno patris prægravaretur, *d.l. si filius* 12. Filio ergo abstinente, Prætor eum heredis loco non habet, *l. si filius* 12. *ff. de interrog. aël*. Proinde vel vulgari substituto locum facit, vel suam partem coheredi Jure accrescendi defert. Si ita est, cur tabulas pupillares substat? Causam ejus rei dicam. Tabulæ pupillares nunquam in odium pupilli tendunt, ut tendit interdum institutio, cum scilicet paterna hereditas suspecta est. Est enim pupillaris substitutio moribus introducta in ipsius pupilli merum favorem, ut testatus decedat, §. *nam moribus*, *Institutionib. de pupill.* Et quod in alicujus favorem introductum est, non debet in ejus odium retorqueri, *l. 3. §. causa*, *ff. de Carb. edicto*. Hæc ergo est ratio, cur Prætor, qui institutionem infirmat, ratas deinde tabulas pupillares habeat. Hinc etiam intelligimus, quo sensu intelligi debeat, legata in secundis tabulis relicta Prætorē tueri; nam & Prætor est, qui tabulas ipsas tuetur. His recte perpensis, in promptu sit reliquis etiam rationibus facere satis, quas Goveanus, & Faber in conjecturis cumulant.

Sed videamus, an legum auctoritates, quas locum facere putant, evincant.

Afferunt l. locum Ulpiani in *l. sed si plures* 10. §. *si ex aße*, *ff. de vulg.* ubi legitur: *Nec enim valet filii testamentum, nisi patris adita fuerit hereditas: nec sufficit ad secundarum tabularum vim sic factum esse testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit*. His accedit, quod Alphenus dixit *l. 2. §. quisquis*, *ff. cit. cit.* *Nisi adita patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescit*.

Nihil est, quod minus urgeat; his enim Jurisconsultis sermo est; quando filius in potestate est exheredatus, & pro ex eo extraneus est institutus heres. Ecce Ulpiani verba: *Si ex aße heres institutus, filio exheredato substitutus, repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet substitutum, non poterit filii hereditatem adire*. His subnectit eam rationem: *Nec enim valet, &c.* Palam est, heredem institutum fuisse

extraneum, nam de herede repudiante, & aëunte Jurisconsulti loquuntur : quæ verba in heredem suum non cadunt . Quid ergo mirum , si filio exheredato , & herede extraneo , qui ex asse fuerat institutus , repudiante , totum testamentum corrumpit , & caducum fit ? tunc enim , filio exheredato , subſtinentur tabulæ pupillares , ubi heres ex asse institutus , suus heres est ; eo enim se abſtinente , nudum sui heredis nomen tabulas pupillares confirmat , *d.l. filius 41.*

Urgent II. auctoritatem *lapud Julianum 11. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Trebell.* ubi Ulpianus ex Juliani ſententia ſcribit , filium poſſe cogi adire patris hereditatem , ab eo , cui fideicommiſſum in ſecundis tabulis relictum eſt , ut ea ratione confirmatis tabulis pupillaribus , peti a ſubſtitutis fideicommiſſum poſſit .

Varie ſe torquent DD. ut ab hac difficultate ſe expediant . Cujacius 26. *obſ. 1.* ad emendationem , tanquam ad ſacram anchoram , confugit , & ubi legitur , *Cum filio ejus impubere* , addit , *exheredato* . Nempe , ait , ſi filius inſtitutus heres ſit , ἀνάρπαγος filii ſui heredis tabulas confirmat ſatis . Idipſum , ſuppreſſo Cujacii nomine , auguratus eſt Faber *dec. 3 1. err. 8.* circa finem . Alio & alio ſe vertunt Schiford. *q. 10.* Valentia ad *tit. de acq. hered. cap. 7. num. 21.* Contius in *l. virum* , *num. 98. C. de fideic.* Placet omnino , quod habet Santolaria *d. interp. 10. num. 16.* qui monet hic a Juliano non agi ſimpliciter de ſecundis tabulis , & de legatis in eis relictis ; quæ omnia a nudo Jure civili dependent , ex quo exiſtentia ſola ſui heredis ſatis eſt , ut tabulæ pupillares confirmentur . Sed agi præterea de fideicommiſſo in his iſtis tabulis relictis . Hoc in cauſa eſt , ut nudum ſui heredis nomen non ſufficiat , ſed omnino aditio requiratur . Nam Prætor eſt , qui fideicommiſſum reſtitui cogit , & Prætor filium pro herede non habet , niſi ſe immiſceat , *l. 1. §. qui ſunt* , *ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti* . Itaque ex Prætore immiſſione filii opus eſt , ut teſtamentum valeat , ut tabulæ pupillares confirmentur , ut in ſubſequentibus patebit latius .

De cogendo herede ut adeat , ubi tabulæ
pupillares adfunt , & simul fidei.
commiffum factum eft .

Q U Æ S T I O XV.

Ad Alphenum in l. moribus 2. §. interdum , ff. cod.

U T res hæc fatis involuta poffit evolvi , plures cafus diftinguendos putamus , qui licet fimiles videantur , longe tamen inter fe diftant . Et quidem primus ita fe habet . Pater condito testamento , Primum fibi fcripfit heredem , filio impubere exheredato , cui tamen pupillariter fubftituit eundem Primum , quem rogavit , ut filii hereditatem reftitueret Secundo . Accidit , ut Primus fufpectam dicat hereditatem patris , eamque adire recuset ; ex quo totum testamentum una cum pupillari fubftitutione , & fideicommiſſo corrui ; nam non adita patris hereditate , pupilli testamentum evaneſcit , ut hic §. *quisquis autem* .

Quæritur ergo , an Secundus , qui eft fideicommiſſarius poſſit Præto-rem adire , eumque regare , ut Primus inſtitutus , idemque ſubſtitutus adeat , ad hoc , ut confirmatis tabulis pupillaribus fideicommiſſum conſiſtat ? Et quidem quæſtio eſt , ſi jam pupillus deceſſit ; nam ſi adhuc vivat , improbe facit , qui de viventis hereditate ſolicitus eſt , ut in noſtro §. *interdum* , *lita tamen* , §. *a patre* , ff. *ad Trebell.* Unde Philippus Junior Macedonum Rex ita queritur cum filiis apud Livium *lib. 40. Vi-vo & ſpirante me hereditatem meam ambo & ſpe & cupiditate improba creviſtis* . Et respondendum eſt , Primum poſſe cogi adire .

Hoc ſane eſt , quod hic habet Alphenus , cujus verba ſunt : *Interdum etiam pupillaris testamenti causa compellendum heredem inſtitutum adire hereditatem , ut ex ſecundis tabulis fideicommiſſum convaleſcat , ut puta ſi jam pupillus deceſſit* . Ratio dubitandi fuit , quia fideicommiſſum ex filii exheredati bonis relictum nullius eſt momenti . Quod habetur ex Papiniano in *l. coheredi* 41. §. *quod ſi* , ff. *cod.* ubi ſi pater filium exheredaverit , & ei nihil reliquerit , nullum fideicommiſſum erit . Filio ergo exheredato pupillariter ſubſtitui poteſt , quia ſubſtitutio favor & honor eſt : fideicommiſſi vero non poteſt , quia fideicommiſſum onus eſt , & onerare non poſſum , quem non honoro . Hæc tamen ratio ceſſat in ſpecie noſtra , ubi ſubſtitutus impuberis , eſt etiam heres inſtitutus patris ; propterea recte ab eo ſubſtituto fideicommiſſum relinquitur , ut monuit Goveanus hic *num. 2.*

Hujus quoque fideicommiſſi cauſa cogetur adire a Præto- re , qui fideicommiſſa tuetur , non vero cauſa ſubſtitutionis pupillaris ; ſubſtitu-
tiones

tiones enim, prout a Jure civili admiffæ, ad Prætoris curam non pertinent. Et verum est, modo fideicommissum universale sit; nam propter singularia fideicommissa non cogit Prætor adire, *l. cogi, ff. ad Treb. l. si quis omiffa, ff. si quis omiffa causa testamenti*.

Ceterum hic obiter meminisse oportet, ut filii in officio contineantur, duo patri a legibus permiffa esse, unum dum vivus ipse est, alterum cum moritur. Licitum est enim patri vivo abdicare filium, quem vestibus spoliatum e domo ejicit, qui a quoquam recipi non potest sub pœna læsæ Reipublicæ; etsi ab eodem patre, gratia inita, recipi iterum possit. Causæ abdicandi sunt, si filius noctu foris cubuit, si comminatur, si libidini incumbit, & similes. Hæc tamen abdicatio hodie sublata est, *l. abdicatio, C. de patria potestate*, ubi Gothofred. Alciat. 2. *dispunct. 28*. Est quoque licitum patri, cum moritur, filium in testamento exheredem scribere. Et hæc exheredandi potestas olim ampla erat; nam pater novercæ blanditiis delinitus filium poterat exheredare, licet filio succurreretur quærela testamenti inofficiosi, *l. 4. ff. de inoff. testam.* Hodie exheredatio, nisi ex vitiò ingrati, licita non est; quare cum in filium impuberem id vitium non cadat, ejus exheredatio hodie non valet, saltem quia per heredem scriptum causa ingrati vera probari non potest, *§. aliud quoque, aut b. ut cum de appellat.* Hæc notata volui, ut intelligamus, hujus nostri *§.* casum hodie consistere non posse.

Secundus casus est, ubi filius est institutus heres. Et hic iterum dividitur in duos; nam vel fideicommissum in summa cera relictum est, vel in ima.

Primo itaque dicamus, ubi fideicommissum in summa cera relictum proponitur. Finge, Pater institutum filium pupillum rogavit hereditatem restituere: tum in ima cera ex pupillari eidem substituit. Quo casu, si filius abstinet se, corrumpit institutio, & cum ea fideicommissum in summa certa relictum. Ne id accadat, succurrit fideicommissario Senatusconsultum Trebellianum, ut filius a Præторе compellatur miscere se hereditati, sic deinde restituere, Ulpianus in *l. recusare 6. §. 1. ff. ad Trebell.* Ex quo etiam pupillares tabulæ suscitantur; nempe, quia pars sunt prioris testamenti; quæ sententia contra Scævola obtinuit, teste Paulo in *l. qui plures 38. §. 1. ff. de vulg. & pupill.*

Ratio hujus coactionis est; quia fideicommissorum restitutiones, quæ misti imperii sunt, & ut introductæ ex bono & æquo, jubebantur a Prætoribus iis, qui specialiter dicti sunt *Prætores fideicommissarii*, quos duos D. Claudius constituit, unum Titus detraxit, *l. 2. §. deinde Cornelius, ff. de orig. Jur.* Coram his fideicommissarius cogebat heredem adire, & restituere, *l. 4. l. 13. & passim in tit. ff. ad Trebel.* Jam ubi filius institutus heres, beneficio Prætoris se abstinet, licet adhuc de Jure civili heres sit, a Præторе tamen amplius pro herede non habetur, *l. 1. §. qui sunt, ff. si quis omiffa causa testamenti*. Quod mirum non debet videri iis, qui diversas vias, per quas Prætor, & Jus civile procedunt, non ignorat. Ecce, qui de non pe-

petenda pecunia cum creditore suo paciscitur, eam adhuc de Jure civili debet: at de Jure Prætorio jam liberatus est, l.3. §.1. ff. de constit. pecun. l. creditori, C. de pactis; Prætor enim in edicto proposuit, *Pacta conventa servabo*, l. Jurisg. §. Prætor, ff. de pactis. Testamentum, ubi filius in potestate est præteritus, de Jure civili nullum omnino est: Prætor tamen ut validum habet, & contra illud bonorum possessionem Contra tabulas impetratur, l. maximum vitium, C. de lib. præter. Nempe, quia de Jure Prætorio testamentum validum est, si ob signatum sit, Ulpianus in fragm. tit. de possessionibus dandis, §. etiam si. Etiam si, inquit, Jure civili non valeat testamentum, forte quod familia mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit, non minus quam septem testium Civium Romanorum signis, bonorum possessio datur. Nam præter eam solemnitatem, nullam aliam Prætor exegit, §. sed prædicta, Institutionibus de testamentis, l.2. §. exegit, ff. cit. tit. Videndus Ulpian. in l. filius præteritus 12. ff. de injusto rupto, & in l. patris 20. ff. hoc tit. Modestinus in l. si filius familias 19. ff. de testamentis.

Itaque, ut ad lineam redeamus, quia universalis fideicommissi restitutio injuncta est heredi, & ab herede ex Senatusconsulto Trebelliano facienda est: & quia Prætor filium, qui se abstinet, pro herede non habet; ideo eum se immiscere cogit, ut ita heres de Jure Prætorio factus, restituat, d. l. recusare, §. 1. Sic multa ex suis Edictis Prætor Juri civili immiscebat. Exemplum ex hoc ipso Senatusconsulto proferam: quod de iis actionibus transferendis loquutum est, quæ Jure civili heredi, & in heredem competunt; tamen dum Prætor fideicommissum restitui jubet, etiam actiones honorarias, quas ipse in Edictis proposuit, Juri civili incognitas, transire voluit: imo naturales quoque obligationes, quas æquitate motus tuetur, l. quamvis 40. ff. ad Trebell.

Interim me non latet, Prætoris cognitionem esse solum, ubi de minoris summæ fideicommissis agitur: majorum vero cognitionem sibi vindicasse Consules, ut monet Cujacius 21. obs. 34. ex Quintil. Instit. 6. Non debes, inquit, apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consules; major enim prætoris Jurisdictione summa est. Et huc referenda sunt verba l. cum quidam, §. 1. ff. de Jurisdictione. Quoties de quantitate ad Jurisdictionem pertinente quaritur, semper quantum petatur querendum est, non quantum debeat. Quæ delumta sunt ex Ulpian. lib. 6. fideicommissorum. Hinc intelligimus, quod nemo notavit, cur idem Ulp. in l. ille a quo 13. §. penult. ff. ad Trebell. quaesierit, an Consul institutus heres, si suspectam hereditatem dicat, cogi per Consulem possit adire, & restituere, & an Prætor per Prætorem? Statuit Principale auxilium implorandum esse. In Provinciis fideicommissum præstatur per Jurisdictionem (non quidem simplicem, sed missam) Præsidis, l. si res obligata, ff. de leg. 1.

Hæc ipsa locum habent, ubi fideicommissum in ima cera relictum est:

est: puta si substitutus filio pupillo, fideicommissum restituere rogatus est. Egit de hac re Ulpianus in *Lapud Julianum* 11. §. 1. ff. ad Trebell. Proponit duos heredes simul cum filio impubere institutos, eodemque substitutos filio, & fideicommisso gravatos. Dubitat, an fideicommissario liceat institutos ad adeundum cogere? Et respondet, *sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem*. Et rationem in hæc verba reddit: *Hoc enim factò, confirmatisque primis tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, & restituere hereditatem*. Ubi vides discrimen inter Jus civile, & prætorium. Ex illo nudum sui heredis nomen confirmat tabulas pupillares: ex isto id satis non est, ubi scilicet in secundis tabulis fideicommissum relictum est, quod ex Prætoris Jurisdictione restituendum sit. Nam filius ex Prætoris heres non est, ubi abstinet; de Jure tamen civili adhuc heres est, ut jam diximus. Et hæc est vera hujus legis interpretatio, quæ ab omnibus desperata dicitur a Schif. lib. 2. tract. 2. qu. 7.

Hæc tamen omnia Julianus ipse, sibi parum constans, subvertere videtur in *Lita* tamen 27. §. si pater, ff. ad Trebell. ubi: *Si pater filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit, & ab eo petierit, ut hereditatem Sempronio restitueret, isque suspectam sibi esse dicat, poterit ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restitui. Quare etsi non immiscuerit se hereditati, nihilo minus actiones, quæ ei, & in eum competeant, ad Sempronium transferentur*. Ut ab hac difficultate se expediat Schif. q. 9. discrimen statuit inter spontaneam fideicommissi restitutionem, & coactam: illam ait fieri posse a filio suo herede, etsi se non immiscuerit, cum fiat ex Jure civili, quod fideicommissa rata esse jubet: hanc, nisi præcesserit immistio, fieri non posse; quia cum Prætor ad eam, suam interponat auctoritatem, opus est, ut filius coactus ad eat, ut sit heres, & fideicommissum confirmetur. Sequutus est Santo, latria num. 18.

Quæ solutio videtur infirmari ex eo, quia filio se abstinente, legata corruunt, *l. virilis portio* 8. §. si adierit, ff. de legatis præstandis. Cur ergo fideicommissum non corrumpit, & filius sciens volens, non expectato Prætoris Jussu, illud recte restituit? Responderi tamen potest, discrimen versari inter legata, & fideicommissa; nempe filio abstinente, legata omnino corrumpi, nec a filio etiam volente restitui posse, quia legata Prætor non tuetur, nisi quis in fraudem hereditati renunciaret, ut ab intestato heres sit, l. 1. ff. si quis omisa causa testamenti, &c. secus vero esse in fideicommissis, quæ filio abstinenti permittitur restituere, si velit; nam si nolit, cogetur a Prætoris adire, & restituere. Itaque legitimus testatoris heres, qui filio remoto succedit, vel substitutus vulgariter filio, queri non potest de fideicommisso sponte restituto a filio, cum a Prætoris ad restituendum filius cogi potuisset: at juste quæretur de solutis spon-

sponte legatis, ad quæ præstanda filius per Prætorem cogi non poterat.

Substitutus ex pupillari succedit, teneatur respondere creditoribus.

Q U Æ S T I O XVI.

Ad L. si filius 12. ff. de vulg.

I Nstituta hæc pugna est primum inter Marcellum, & Julianum: tum gravissime exarsit inter Jurisconsultos, qui sequuti sunt, aliis pro Marcello stantibus, aliis pro Juliano. Sed nunquam fortius vexata, quam hisce nostris temporibus. Nos de aliorum opinionibus parum solliciti, eam sedare, & componere conabimur, distinguendo casus, qui jure merito debent distingui.

Species ita ex Juliano proponenda est. Pater, qui duos habebat filios, Primum, & Secundum, vel Primum ex asse instituit, exheredato Secundo, vel utrumque sibi scripsit heredem. Primus suspectam dicit hereditatem patris, & recusat: ut ita hereditas ex integro delata sit Secundo, vel jure accrescendi, ex testamento si fuit pro parte institutus: vel ab intestato, si fuit exheredatus. Tum in ætate pupillari decessit, & ei ex substitutione quam pater fecerat, succedit frater, idest Primus. Quæritur, an is creditoribus paternis respondere teneatur? Hanc esse speciem Juliani, patet ex Ulpiano in *l. quasitum* 40. ff. de acq. hered.

Julianus scripsit: *Incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati. Nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi.* Intelligit Edictum Prætoris, *Si quis omissa causa testamenti, ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem;* quod et si loquatur de eo, qui omittit causam testamenti, ad hoc ut eos circumveniat, quibus quid ex judicio defuncti relictum videri potuit, tamen Jurisconsulti ex mente Prætoris, illud etiam in eum casum traxerunt, cum quis institutionem omittit, ut creditoribus defuncti fraudem faciat, ut hic, & in *d. l. si pupillus* 42. ff. de acq. hered. Ceterum ille non dicitur omittere causam testamenti in fraudem, qui quasi ex voluntate testatoris videtur omisisse, *l. quia autem* 6. in princ. ff. si quis omissa causa testamenti. Exemplum esto ex *l. 1. §. si proponatur*, ff. cit. iit. ubi qui fuit institutus, & si heres non erit, ipse idem sibi substitutus, prætermisit institutionem, & adiit ex substitutione. Dicitur non incidere in Edictum, *quasi testator hanc ei dedit facultatem, qui eum substituit;* videtur enim eum voluisse vel institutum, vel substitutum. Ex his vis argumenti, quo Julianus usus est, jam apparet; nam in spe-

specie Juliani, cum testator non substituerit institutum sibi ipsi, sed fratri, videtur cum voluisse & institutum, & substitutum; quare ubi omittit causam testamenti, ut institutus, jam videtur impugnare iudicium parentis. Facit ergo contra Edictum, si ex substitutione velit succedere fratri: proinde creditoribus paternis respondere cogitur.

Idipsum sensit Julianus in alia specie, quæ habetur in *d. l. si pupil. l. 42*. Pone pater filium impuberem, quem solum habebat, instituit heredem, eidemque Titium pupillariter substituit. Pupillus paterna hereditate se abstinuit, & antequam in suam tutelam venisset, obiit. Julianus voluit, substitutum compellendum esse creditoribus paternis respondere, & patris onera subiturum: non etiam legitimum heredem, si forte substitutus desit. Tamen ratio, qua motus Julianus est, ibidem non exprimitur. Et sane ea esse non potuit, quam in superiori specie protulit; non enim hic substitutus in Edictum incidisse dici potest, ut qui institutus non fuit, sed substitutus solum. Nec ea certe fuit, quia filius in potestate, ubi beneficio Prætoris abstinet, adhuc de Jure civili heres est, *l. 1. §. qui sunt, ff. si quis omissa causa testamenti*. Et beneficium non concessum causæ, sed personæ, in heredes non transit, *l. privilegia, ff. de reg. Jur.* Non, inquam, fuit; quia eadem de causa, legitimus heres creditoribus paternis pupilli respondere obligaretur.

Verius est, Julianum nixum eo, quod substitutus venit ad hereditatem pupilli iudicio patris substituentis, non etiam ex sola legis dispositione, sicut venit legitimus; quare absurdum non est, eundem substitutum creditoribus ejusdem patris obligari.

Ceterum has species, primam, & secundam, diversas esse, & longe inter se abire, palam est; tum quia prior proponitur in *l. 40.* posterior in *l. 42.* tum etiam, quia diversa est decidendi ratio in una, atque in altera: tandem, quia Notæ Marcelli diversæ sunt, ut jam videntum est.

Itaque Marcellus ad primam speciem Juliani notat, referente Ulpiano in *d. l. 40.* *Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte: ut si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione, impuberis hereditatem amplecti.* Duo ait, unum tacite, alterum expresse. Tacite, ut hinc exordiar, si filius sit ex asse institutus, fratre pupillo exheredato, & eidem sit pupillariter substitutus, & accadat, institutum omittere hereditatem, quæ tota alteri ab intestato obveniat; cum is idem fratri ex substitutione vult succedere, cogitur patris onera subire. Et in hac Marcellus Juliano consentit; quare in hac specie Juliani ratio recte procedet, idest, substitutum incidere in Edictum.

Expresse. Si ambo filii sint a patre instituti heredes, & alter ex his partem suam recuset, itaut tota Jure accrescendi fratri deferatur; ubi

ubi factus est substitutionis casus , potest sine metu creditorum impuberis hereditatem amplecti . Et hic a Juliano Marcellus dissentit . At quid est , quod ait , *Remota patris successione* ? Ad quæ verba vulgo non attendunt . Nempe tunc non adesse metum , ne vexetur a creditoribus , si petat separari bona pupilli a bonis paternis , ut istis remotis , ea quæ fuerant pupilli , solum accipiat . Hoc est , *removere patris successione* . Quare si frater istam separationem non petet , reincident res ad primum casum , & substitutus incidet in Edictum .

Et hæc interpretatio est Papiniani in *l. si filius* 12. ff. de vulg. quæ hic expendenda est : verba sunt : *Si filius , qui patri , ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit , hereditatem patris recuset , fraternam autem retinere malis , audiri debet . Justius enim Prætorem facturum existimo , si fratri separationem bonorum patris conceperit .* Species eadem est , quæ Juliani , decisio eadem , quæ Marcelli . Sermonem habet Papinianus de filio , qui patri heres extitit , scilicet ipso Jure , ut qui suus heres erat ; de facto tamen , postquam heres extitisset , abstinuit ; prorsus ut tota hereditas paterna tota ad fratrem pervenisset ; de quo Papinianus nihil habet , utrum institutus fuerit , an exheredatus ; nihil enim interest : quippe semper eadem decidendi ratio erit , sive frater hic sit ex asse heres ab intestato , sive partim Jure institutionis , partim Jure accrescendi . Deinde frater antequam in suam tutelam venisset , decedit ; relicto substituto pupillari fratre suo , qui coram Prætore petiit , ut sibi liceret retinere bona propria fratris , & rejicere bona paterna , quæ ad eundem fratrem pervenerant . At cur , coram Prætore ? Nempe , quia de Jure civili certum est , frustra omnino hanc separationem petiti ; cum enim substitutus pupillaris sit heres pupilli , §. igitur , *Inst. de sub. pupill.* in omne Jus pupilli succedere debet , *l. nihil est* , ff. de verb. signif. ubi enim bona paterna ad filium pervenerunt , jam in filii patrimonio sunt ; unius enim unum est patrimonium , *l. juriscons. §. 1. ff. de excus. tut.* Hac ergo de causa , frater Jure civili omisso , adiit Prætorem , & ab eo separationem bonorum patris , & fratris petiit . Quæsitum est , an eam Prætor ex æquitate concedere posset ? Respondet Papinianus posse . Et hoc est , quod dixerat Marcellus , fratrem , *remota patris successione* , posse ad bona fratris tantum admitti , ex substitutione pupillari . Eadem ergo species est , eadem decisio . Et notanda sunt Papiniani verba , cum ait : *Justius enim Prætorem facturum existimo , si fratri separationem bonorum patris conceperit* ; etsi enim justum Jus civile sit , justum etiam Prætorium ; tamen Prætorium justius dicitur . Aristoteli βέλτιον μέλις δίκαιον βέλτιον δίκαις . Justum melius justo .

Rationem hujus decisionis prætermisit Marcellus ; nam , ut Seneca ait , Jurisconsultorum responsa valent , etiamsi ratio non reddatur . Eam tamen nobis non invidit Papinianus , qui unam , & alteram affert . Prior est : *Etenim Jus dicentis propositum est , liberos oneribus hereditariis non*

sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere. Sensus est, si Prætor hanc bonorum separationem fratri non tribuit, utique eum invitum arceret a bonis fraternis; cogeretur enim is ea recusare, quando alia via a creditoribus patris se eximere non potest. Hoc autem est contra Prætoris propositum, qui beneficio suo liberis concedit posse se abstinere a bonis patris, ne ab ejusdem creditoribus vexarentur. Adde, filius, qui abstinuit ab hereditate patris, inane hoc beneficium experiretur, si deinde bona patris a fraternis non separet; cogeretur enim creditoribus paternis respondere, quorum tamen metu abstinuit.

Posterior Papiniani ratio est: *Præsertim, cum remotis secundis tabulis, legitimam haberet fratris hereditatem. Vis argumenti in eo est. Cum Prætor substat secundas tabulas ob utilitatem ipsius pupilli, certe videretur id facere in odium fratris, si separationem denegaret, Fac enim, secundas tabulas corrumpere, ad pupilli bona frater ab intestato admitteretur. At separatione denegata, frater ob metum creditorum patris, ab omni pupilli hereditate arceretur, & bona etiam fraterna amitteret. Quare substatentur hoc casu tabula pupillares in odium fratris. Quod non videtur dicendum.*

Fuit bonorum separatio a Præatore introducta pro hereditatis creditoribus, quibus sufficiunt bona defuncti, quæ non sufficerent, si & in eorum possessionem mitterentur proprii creditores heredis, forte mediocri, vel egeni, ut in *l. i. ff. de separationibus*, Hoc quia æquissimum visum est, translatus deinde fuit ad alios, veluti ad necessarium heredem, ne creditores hereditarii etiam vendant bona ejus propria, quæ post domini mortem acquisivit, vel quæ ei dominus debuit: ita etiam ad legatarios, & ad patronum heredem libertæ, quæ Titio exempli gratia heres extitit, ne creditores Titii etiam vendant alia libertæ bona: sic etiam ad castrenses creditores, ut separentur a paganis, aliosque, quos recenset Accursius in *d. l. i. in princ. v. Decreto Prætoris*. At jam vides, concedi etiam ei, qui fratri pupillo sit substitutus.

Ex his Papinianus ita concludit: *Itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis præstari debent, habita ratione facultatum in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis. Nempe ubi frater substitutus petit, & impetravit a Præatore separationem bonorum patris, & fratris pupilli, utique ex hoc beneficio consequitur, ut non obligetur præstare legata in primis tabulis a patre relictis, & quæ ipsam patris substantiam onerant. Obligatur solum præstare legata relictæ in secundis tabulis, quæ pupilli hereditatem afficiunt. Proinde in ineunda ratione legis Falcidiæ, videndum est, an legata excedant dodrantem bonorum ipsius impuberis. Quod si separatio petita non fuisset, tunc licet legata secundarum tabularum de pupilli hereditate præstentur, tamen ratio habetur facultatum ipsius testatoris, *in ratione, §. quod vulgo, ff. ad l. Falc.* ubi Goveanus.*

Alia

Alia longe diversa est nota Marcelli ad secundam Juliani speciem, eaque refertur ab Ulpiano in *d.l. si pupillus* 42. quæ in Pandectis Florentinis incipit, Julianus. Itaque cum Julianus dixisset, ut jam retulimus, substitutum extraneum pupilli abstinens debere patris pupilli onera subire, & paternis creditoribus respondere; impugnat eum Marcellus l. ex absurdo, quod inde oriretur. Absurdum est, quia substitutus metu onerum, hereditatem pupilli ex substitutione non adibit; quare impugnat utilitatem pupilli, hoc est, privat eum testamentario herede; ergo docet substitutum pupilli abstinens cogi patris pupilli creditoribus respondere. II. impugnat, quia si ille frater esset, & omitteret causam testamenti, & ab intestato vellet ut legitimus heres succedere, utique creditoribus paternis non obligaretur, neque in edictum incidet, nempe quia in sola fratris bona succederet, non etiam testatoris: ergo a pari extraneus, quando in sola filii bona admittitur, creditoribus patris non erit obnoxius. Quæ rationes extant & apud Papinianum in nostra *l. si filius*, ut visum est.

Ex hætenus disputatis apparet, Juliani sententiam fuisse, substitutum filii pupilli abstinens ab hereditate paterna, cogi semper & indistincte facere satis creditoribus patris. At vero ex Marcello tres casus debere distingui. Primus est, fratrem ex asse institutum, & repudiantem, dum fratri exheredato ex pupillari succedit, obligari creditoribus paternis. Secundus est, fratrem ex parte institutum, & repudiantem, dum fratri coheredi ex pupillari succedit, non teneri iisdem creditoribus respondere, si bonorum separationem petat, ut in *d.l. quæsitum est*, & in nostra *l. si filius*. Ultimus est, extraneum pupillo abstinens substitutum, indistincte a prædictis creditoribus conveniri non posse, *d.l. si pupillus*.

Una modo difficultas manet, de sententia Jaboleni in *d. l. paterfamilias, de privilegiis creditorum*, quæ alias est sub *tit. de bonis auct. Judicis possidendis*. Dubium enim est, cuinam ipse adhæserit, Juliano, an Marcello? Doctores in diversa tendunt. Et quidem Antonius Faber *dec. 32. err. 2.* opinatur, Jabolenum sententiam Juliani amplecti, quod sequutus est Santolaria *interpretat. 10. num. 24.* Quod verum est.

Hæc ut clare consent, primo loco Jaboleni speciem proponemus. Ea ita se habet, Paterfamilias testamento condito filium pupillum, quem solum habebat, instituit heredem, eique extraneum pupillariter substituit. Mortuo patre filius metu creditorum ab hereditate abstinuit, & in impubertate decessit, ad cujus successionem venit substitutus. Ex quibus constat, hanc speciem omnino convenire cum ultima jam proposita ex *d.l. si pupillus*. Super qua re epistolam Jurisconsultus quidam Jaboleno scripsit, quæsitumque ab eo, an in substitutum actio creditoribus paternis danda esset. Et quidem Jurisconsultus ille putabat dari, ea motus ratione, quia patri, & filii unum testamentum est, *§. igitur, de*

pup. subst. Certe hæc ratio non producitur a Jaboleno, ut opinantur; sed a Jurisconsulto, qui epistolam scripsit, ut satis ex ipso verborum contextu apparet.

Videamus jam quid Jabolenus rescripserit. Ejus hæc verba sunt: *Respondi. Quod Prætor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, præstat, ne, bonis patris ejus venditis, in eum actio detur.* Tum addit: *Idem in substituto filio herede servandum non est;* quæ verba ita construenda sunt. Idem in eo herede, qui substitutus est ipsi filio, servandum non est. Tandem sui dicti rationem reddit in hæc verba: *Quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam filii bona veniant.* Sensus apertissimus est, nempe a Prætore præstari quidem filio abstinenti, ne conveniatur a creditoribus patris, at idem in extraneo pupillariter substituto non præstari, qui creditoribus iisdem erit obnoxius; nam hoc beneficium a Prætore excogitatum est gratia filii, cujus pudori parcitur: ergo beneficium personale est, & per consequens non transit ad alios, *l. privilegia, ff. de reg. Juris;* quare eo non gaudebit extraneus filio substitutus.

Non me latet, nonnullos a prædictis Jaboleni verbis delere negationem, & legere, *Idem in substituto filio herede servandum est.* Sed isti non animadvertunt, ita legendo, dictum repugnare rationi, quæ mox subjicitur, & rationem dicto; nam ratio probat, privilegium ne a creditoribus paternis conveniatur, esse solum filio abstinenti a Prætore concessum, & tamen in dicto haberetur oppositum, nempe idem privilegium servandum esse etiam in substituto.

De Nepotibus postumis, & iis, qui postumorum loco sunt, heredibus instituendis.

Q U Æ S T I O XVII.

Ad Scaevolam in l. Callus 29. ff. de lib. & post. lib. 28. Tit. 2.

Olim postumus institui heres non poterat, ob incertitudinem personæ, ut qui non tam animal videtur, quam spes animantis, *l. 1. ff. de ventre in poss. mitt.* & solum habetur, ut pars viscerum matris, *l. 1. §. 1. ff. de ventre inspiciendo.* Et hanc esse hujus prohibitionis rationem collegit Raphael Cumanus ex *§. postumo quoque cum antecedenti, Institutionib. de legat.* quam tamen clarius ibidem docet Theophilus. Cur autem incerta persona nequiret institui, non una ratio est; nam Alciatus hic *num. 1.* ideo factum putat, quia facultatem testandi a le-

a lege Decemvirali concessam, visum est Jurisconsultis anguste interpretari, utpote ex qua disponit quis de re in eam casum, quo mortuus sit, nec amplius ipsius rei dominus, Gloss. in *lilla institutio*, ff. de *hered. inst.* quocirca est hæc potestas concessa ex quadam humanitate, & per viam dispensationis, contra naturalem rationem, & ideo rigore interpretanda. Aliam causam reddit Faber 9. *conject.* 1. quia testandi potestas est in testatore per modum legis, *l. verbis*, ff. de *verb. signif.* & maximum legis vitium est incertitudo: quippe Jus finitum & certum esse debet, *l. 2. ff. de Juris & facti ign.* Proinde Ulpianus in *frag. tit. 22. §. incerta*, ait incertam personam heredem institui non posse, quoniam certum consilium debet esse testantis.

Verum cum postumus suus ab intestato omnino succederet, rumperetque testamentum, *l. intestato*, §. *fin. de suis & leg.* cœpit ab isto summo Jure, & nimia religione recedi, factumque est, ut institutio postumi sui sive filii, sive nepotis permitteretur ex eadem humanitate, ex qua potestas testandi concessa est. Unde intelligimus Ulp. in *l. placet*, ff. *ead.* cum ait: *Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere*; nam verbum, *placet*, est novum Jus inducentis, sub cujusdam interpretationis prætextu, *l. placet*, C. de *Sacrof. Eccl.* ut idem Alciat. *loc. cit.* observat, licet in sententiis criminalibus verbum *placet*, alio sensu accipiatur, ut *relegari in insulam placet*, *l. metrodorum*, ff. de *pœnis*, & in vita D. Cypriani, *In fœcium Cyprianum gladio animadverti placet*, Cujacius ad *l. 8. ff. qui testam. fac.*

Secus fuit in nepote postumo alieno, qui ex veteris Juris rigore nequit institui, quamvis institutus ex edicto Prætoris habeat bonorum possessionem secundum tabulas, & præteritus contra tabulas; sicut enim Prætor succurrit filiis emancipatis, ita & nepotibus prædictis, *l. extraneo*, *l. abicumque*, §. 1. *cul. ult. ff. de ventre in possess. mittendo*, *l. postumus*, §. 1. *ff. de inoff. testam.* Et juxta Prætorium Jus intelligendum est, cum in *l. Titius*, §. *ult. ff. eod.* & in §. *postumus*, *Institutionibus de legatis*, legimus, postumum alienum olim institui heredem potuisse, ut recte Accursi. & Bart. interpretantur, quos sequitur Faber 9. *conject.* 2. *in fine*.

Itaque duplex est postumorum genus: quidam sunt sui, quidam alieni. Sui sunt, qui si eo tempore nascerentur, quo testamentum fit, dummodo concepti sint, inter suos heredes testatori futuri essent, idest essent in ejus potestate, & primum gradum in successione occuparent. Ita Faber *loc. cit.* ex Ulpiano *tit. 22. §. postumi*. Itaque nepos, qui ex me testante conceptus est ex filio meo familias, eodem filio mortuo, aut aliter e medio sublato, suus mihi postumus est.

Alieni sunt, qui concepti testamenti tempore, si nunc nascerentur, non essent testatori inter suos heredes, idest aut non essent in testatoris potestate, ut postumus conceptus ex filio emancipato: aut
quam.

quamvis in potestate essent, primum tamen locum in successione non occuparent, ut postumus ex filiofamilias, qui adhuc vivus est.

Verum nepos postumus, qui tempore testamenti solummodo conceptus erat, vel nascitur post avi mortem, & dicitur postumus Aquilianus, quia de eo Gallus loquutus est: vel nascitur avo etiamnum vivente, & est postumus Velleanus, de quo scilicet lex Junia Vellea cap. 1. sermonem habuit.

Interea non omiserim, dari quoque postulum Cornelianum, ut eum quidem eleganter vocat Cujac. ad *l. lege Cornelia*, ff. *qui testamentum facere*; quoniam enim lex Cornelia mortis & captivitatis tempora conjungit, ideo qui post captivitatem nascitur filius, post mortem patris nasci videtur, & rumpit testamentum in civitate conditum, etiam si ante moriretur, quam pater, *Qui uxorem*, ff. *de injusto rupto*. Quia ergo lex Cornelia patrem tempore captivitatis mortuum fingit, recte filius post captivitatem ortus, licet vivo patre, postumus Cornelianus dicitur.

Quoniam vero postumus suus necessario erat instituendus, aliter præteritus nascendo testamentum rumpebat, alienus vero institui nequibat: & sæpe accideret, ut qui tempore conditi testamenti alienus erat, deinde vero post testamentum conditum fieret suus; ideo sæpe etiam accidebat, ut testamenta rumperentur in grave testatorum præjudicium. Quare ut huic malo obviam irent, laborarunt, partim C. Aquilius Gallus, eximius Jurisconsultus, Ciceronis collega, cujus etiam sunt formulæ illæ de dolo malo, & de stipulatione, quæ dicitur Aquiliana: cui etiam nonnulli tribuunt Legem Aquiliam de damno injuria, quos tamen decipi putat Anton. August. in libro *de legibus*, & *Jurisconsultis*: partim vero occurrit lex Junia Vellea, de cujus auctore, & specie non satis constat. Est autem non lex Consularis, sed Tribunitia, ut Falcidia, Voconia, & similes, Manutius *de legibus Roman.* pag. 63.

Itaque tam de consilio seu formula Galli, quam de lege Vellea agit Cæribidius Sævola *lib. 6. questionum*, relatus in nostra *l. Gallus*, quæ propterea in duos tractatus distinguitur. In primo proponitur Galli formula, & id statim initio. Et hic subdividitur in 7. partes; nam Sævola formulam Galli extendit 6. modis: restringit, seu declarat uno dumtaxat. In secunda proponitur lex Vellea, in *§. nunc de lege*: & hæc subdividitur in tres partes; agitur enim primum de primo capite legis, tum de secundo, & tandem de sententia Juliani, duo capita legis Velleæ commiscens. Singula quatenus opus & usus erit, explanabimus.

TRACTATUS PRIOR

De Formula Galli.

Gallus Aquilius sic posse institui postumos nepotes induxit: *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes sunt.* Hactenus Scævola. Ex quibus constat, Gallum loqui de nepote, qui tempore testamenti duo habet, primo ut sit conceptus, alioqui non posset attento naturæ ordine intra decimum mensem nasci: secundo ut alienus postumus sit, ut qui patrem vivum habet, & ideo si nasceretur, primum gradum in successione non occuparet, cum eum pater præcedat. Constat etiam loqui de eo nepote, cui post testamentum conditum duo accidunt. I. ut pater moriatur vivo avo. II. ut ipse post avi obitum nascatur. Hic ergo nepos tempore testamenti nequit institui, ut alienus: tempore quo nascitur, debet institui, ut jam factus suus, & inveniens se præteritum, avi testamentum rumpit. Cui incommodo occurrit Gallus subtiliter inventa verborum formula, qua nepos postumus alienus institueretur, non cum alienus manet, sed cum fiet suus; quippe tota formulæ vis consistit in articulo temporis, *Tunc*, idest eo casu & tempore postumus instituitur, cum patre mortuo ex alieno fit suus; significat enim extremitatem temporis, argumento ex *l. ult. ff. de condit. & demonstr.* ut recte monet Faber 9. *conject.* 1.

Unde colligitur primo, nepotem non institui ex tempore testamenti, sed in tempus, quo pater moritur, quod est quidem contra Juris rigorem, sed tamen ex æquitate receptum est, ut probatur ex Modestino in *l. in tempus, ff. de heredibus instituendis*, cum ait: *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse, benevolentia est.* Ubi duo habemus, heredem posse institui non ex die conditi testamenti, sed ex die, quo capax acquirendi erit, veluti L. Titius cum capere poterit, heres esto; & præterea hanc institutionem ex benevolentia, seu benignitate substineri, cum ex rigore Juris nulla sit; tribus enim temporibus heres capax esse debet, tempore conditi testamenti, mortis testatoris, & aditæ hereditatis, *l. si alienum, §. 1. ff. cit. tit.* Eodem modo nepos Aquilianus instituitur in tempus, quo fiet suus: quare & hæc institutio ex benevolentia valida est; nam Gallus Aquilius, ut inquit Cic. 3. *de officiis*, Juris civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxit.

Ex his intelligimus textum Africani in *l. si ita scriptum, §. 1. ff. de hered. inst.* Species est; quidam testamento ita heredes instituit, *Filia mea heres esto. Si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur, tunc*

tunc ex dodrante heres esto, dicitur filia instituta ex asse. Quod contrarium est eo, quod habetur in *l. qui non militabat, §. filiis, ff. cit. tit.* ubi uno herede in parte scripto, ex. gr. in dodrante, alter heres, qui sine parte instituitur, in reliquum assis vocatus intelligitur. A qua difficultate se expedire non potuit Cujacius ad Africanum in *d. l. si ita scriptum, §. 1.* ubi tamen filia sine parte scripta heres, ideo ipsi as datus intelligitur, quia tempore testamenti nullum habet coheredem; postumus enim erit coheres tunc cum nascetur, ex formula Galli. Itaque censetur testator transisse ad dupondium; nam filia est instituta in asse, postumus in dodrante; quocirca hereditatis fient partes 7. quarum 4. habebit filia, postumus tres, quæ est ratio sesquitertia, ut eadem ratio est inter 12. & 9. uncias, ut ibi Africanus ait. Secus est in specie *d. l. qui non militabat, §. filiis*, ubi non solum heres natus erat, sed erat coheres, propterea is, qui sine parte scriptus est, ad reliquum hereditatis, quæ vocat, vocatus censetur.

II. Regulam, Quæ ab initio non valent, tractu temporis non reconvalescunt, cessare in prædictis casibus, quia institutio refertur ad initium validum, scilicet cum hæres capax erit, cum postumus fieri suus; habere vero locum, cum institutio ad initium invalidum conferatur, ut si qui incapax est, simpliciter instituatur, heres esto, *d. l. si alienum §. 1.* ita quoque inutiliter alienus postumus absolute instituitur, licet deinde suus fiat, ut ex citatis Juribus patet.

III. Postumum Aquilianum non esse alienum, sed suum; habito nempe respectu non ad testamenti tempus, sed ad effectum institutionis, instituitur enim tunc, cum hujus nepotis pater morietur, quo certe tempore postumus suus est. Et licet verum sit, institutionem ex certo tempore fieri non posse; id tamen est, cum ex ea institutione quis partim testatus fieret, partim intestatus, contra textum in *l. Jus nostrum, ff. de reg. Juris*. Quod utique non accidit in specie nostra, ubi nepos instituitur quidem ex certo tempore, sed id tempus vivo testatore accidit, ut patet ex illis verbis, *Si filius meus vivo me morietur*; quocirca cessat in ea ratio absurdi.

Interim non negamus, Aquilianum postumum, si accipiat respectu testamenti conditi, esse alienum, ut explicandus est Paulus in *l. pen. ff. de leg. 1.* in illis verbis: *Et obtinuit sententia Galli, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*

His ita explicatis, progrediamur ad oppositiones, quæ contra hanc Galli formulam fieri solent.

Prima oppositio est contra illa verba, *Si filius meus*; quibus verbis filius non instituitur, sed sub conditione ponitur; conditio autem non disponit, nec institutionem inducit, *l. ex facto 1. ff. de hered. instit. l. si quis eum, §. ult. ff. de vulg.* quocirca filius est præteritus, & in consequens testamentum est nullum, adeo ut nec Jure Prætorio reconvalescat,

scat, *l. si filius in potestate*, ff. *cod.* Vanum igitur est Galli consilium : quippe etiam nepotis institutio nulla est, utpote in testamento nullo facta.

Varia comminiscuntur DD. pro hac difficultate removenda. Verius est, quod Acc. ait, a Gallo præsupponi cetera habilia præcessisse, adeoque filii institutionem, de qua ideo non meminit Gallus, quia non formulam instituendi filium, quæ nota erat, at formulam instituendi nepotem invenire studuit. Remque ita se habere patet ex declaratione Scævolarum hic §. *in omnibus*, cum ait: *In omnibus his speciebus illud observandum est, ut filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus*; scilicet in formula Galli filium non institui, sed supponi antecederet institutum, in aliqua hereditatis parte, ut in *l. cum in testamento*, ff. *de hered. inst.* ubi Acc. Imo Hotom. *de verbis Juris* refert, in quibusdam libris manuscriptis, formulam Galli a filii institutione ordiri, ita: *Filius heres esto*, &c.

Secunda oppositio est adversus verba illa, *Vivo me morietur*; nam cum heres institutus vivo testatore decedit, testamentum fit caducum: & olim ex *l. Papia* de caducis, hereditas Fisco quærebatur, *Item veniant, §. cum antequam*, ff. *de petit. hered.* quamquam hodie deferatur vel substitutis, si qui sunt, vel legitimis heredibus, *l. un. §. pro secundo, C. de caduc. toll.* Frustra ergo Gallus laboravit, ne postumus rumperet, quod jam caducum est.

Quidam respondent, filio coheredem datum, & ideo testamentum substineri, de qua re infra. Interim notandum cum Alciato hic, Galli formulam multis ante annis inventam esse, quam lex Papia conderetur: ille enim sub Julio Cæsare floruit, hæc sub Augusto jam sene lata est, Tacitus *lib. 3. hist.* Dio, aliique. Immo lex Papia, ubi lata deinde fuit, consilio Galli non obfuit, quia excludebat fiscum, cum de hereditate filii, nepotis, vel pronepotis ageretur, *d. l. un. in princ.*

Tertia oppositio pendet ex eo, quod postumi alieni, si fuissent ab avo instituti, ex edicto Prætoris habent bonorum possessionem secundum tabulas, *l. postumus*, §. 1. ff. *de inoffic. testam.* ut jam supra notavimus. Unde fit, ut Galli consilium inutile & supervacuum sit.

Sed dato Prætoris edictum ante formulam Galli propositum fuisse, de qua tamen re non constat, non inde fit Galli consilium esse inane; sicuti inanis non est bonorum possessio, quam Prætor filiis etiam in potestate constitutis concessit, qui alioqui Jure civili satis tuti sunt. Prodest enim duplicem habere paratam viam succedendi, alteram de Jure civili, alteram ex edicto Prætoris, ut latius post Theophilum explicant DD. in *tit. Institution. de bonorum possessionibus*.

Quarta oppositio ex alio etiam capite Galli formulam fuisse superfluan, quia validitati testamenti, filio moriente vivo patre, satis immo plenius consulitur substituto vulgariter nepote; nempe quia Gal-

li formula providit uni tantum casui mortis, at substitutio, Si heres non erit, latissime patet ad servitutem, deportationem, repudiationem, & similes.

Respondetur substitutione nepotis substineri quidem testamentum, sed non in totum; nepos enim jam factus postumus suus, esset præteritus in primo gradu; quare nascendo rumpet testamentum in primo gradu, utpote quod vim solum haberet ex secundo substitutionis gradu. Neque hoc parum interest; nam si ponas filio in primo gradu instituto datos fuisse coheredes, tum filio vivo avo morienti substitutum nepotem postumum; quia nepos hic nascendo rumpit primum gradum, ubi est præteritus, sit ut coheredes filio dati amplius non succedant, sed solus nepos ex secundo gradu heres erit. Probatur id ex simili in *Lex facto*, §. *Lucius*, ff. *de vulg.* ubi quidam cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, & ei substituit filios. Paulus ait, eum gradum, a quo filii præteriti sunt, nullius esse momenti; substineri vero testamentum ex solo substitutionis gradu. Concordat textus in *l. 3. §. ult. cum duob. ll. seqq. ff. de injusto rupto*, & in *l. si a primo*, ff. *cod.* Huic ergo incommodo providit Gallus, excogitata formula, qua nepos in primo gradu institutus, facit, ut totum testamentum firmum sit.

Ex quibus etiam constat, postumum Aquilianum non esse substitutum, sed institutum, ut Goveanus, Alciatus, & Cujacius hic in princ. docent, & Fab. 9. conject. 11. quippe si esset substitutus, non omnino avitum testamentum subsisteret. Et sane ubique in nostra lege institutus dicitur, ut & in *l. si mater*, §. *ult.* & *l. cum in testam.* ff. *de vulg.* In id ergo omnino Gallus incumbit, ne avus cogereetur nepotem substituere, inventa formula, qua eum institui posset.

Nec obstat, quod Acc. Bart. & alii hic obijciunt ex *l. cum in testamento*, ff. *de hered. instit.* ubi Julianus ait, in formula Galli duos gradus heredum esse; quare postumus erit in secundo gradu, & ideo substitutus; respondemus enim duos gradus dici non ratione substitutionis, sed quia simul esse non possunt; ut, idem Julianus explicat, ibi: *Duo heredum gradus sunt, nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur*. Unde si nepoti datus sit substitutus vulgaris, & filius patri heres existat, ex quo nepos heres non est, nequit substitutus una cum filio admitti, quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur, ut ibidem habetur. Hinc si quis instituat postumum, eique alium substituat: postumo non nato, non substitutus, sed legitimus heres erit admittendus.

Potest itaque postumus is, de quo sermo est, ex formula Galli institui in secundo gradu; potest etiam vulgariter patri substitui: potest denique simpliciter institui simul cum patre, ex novo Jure Justiniani in §. *postumo quoque*, *Institutionib. de legatis*. Nec tamen inde fit, ut Galli consilium hodie inutile sit; est enim utile, imo necessarium, cum quis

quis velit filium ex parte heredem , & quo casu filius se vivo decedat ; velit sibi heredem nasciturum ex eo nepotem . Qui tamen casus varios sortiuntur effectus , ut jam explicatum est.

De explicationibus Scævolaë .

Propositam a Gallo formulam pluribus modis Scævola hic explicat , & extendit .

Et primo quamvis Gallus doceat postumum sub duabus conditionibus posse institui , *Si filius vivo me moriatur , & nepos ex eo nascatur* , interpretatur Scævola id verum esse , si ad effectum attendamus ; si vero ad verba , posse primam illam conditionem , *Si filius moriatur* , omitti , tanquam ex natura actus subintellectam . Ponas ergo testatorem dixisse : *Filius heres esto : qui mihi ex filio nepos post mortem meam nascetur , heres esto* . Hoc etiam casu , nepos videtur vocatus , moriente filio , §. *quidam recte* .

Id tamen censeretur falsum , quia injunctus potius filio nepos ut coheres videtur , quam post patris mortem vocatus ; nihil enim hic est , quod ordinem successivum demonstret ; quare potius simul vocati sunt , quisque ad semissem .

Respondet Acc. hæc vera esse , quando conjectura ex mente testatoris desumpta aliud non suadeat ; conjectura autem in specie proposita est ; quia avus videtur instituisse nepotem , ne testamentum rumpere ; quare nepos eo solum casu succedet , quo nascendo testamentum rumpere posset , idest patre suo avi mortem pervertente ; quam responsionem exornat Alciatus in d. §. *quidam recte* , in princ.

Hinc factum est , ut longissimis disputationibus hic digladientur DD. circa hujuscemodi conjecturas . Quæ omnia vanissima sunt , ut quæ ortum habent ex non intellecto Scævolaë responso . Non enim dubitandum est , duos simul institutos esse coheredes , cum nihil obstat , quo minus simul succedant , & nihil adest , quod unum non nisi alio deficiente vocet . Quod sane adest in specie nostra ; nepos enim , qui ex filio meo nascetur , heres a me nequit institui , ut qui postumus mihi alienus est : quocirca cum eum simul cum filio meo instituo , ejus institutio de Juris rigore nulla est . Huic rigori se opponit æquitas , quæ testantis voluntatem interpretatur , nepotemque non simul cum patre institutum intelligit (quo casu institutio rueret) sed tunc , cum potest institui , nempe si pater ejus vivo me decesserit , & nepos ex alieno fiet suus . Hæc enim institutio ex Galli formula valet . Hæc est vera sententia Scævolaë in d. §. *quidam recte* .

Hæc tamen interpretatio hodie amplius locum non habet ; quia enim Justinianus postumi alieni institutionem firmam vult , etiam cum

alienus est, *d. §. postumo quoque*; inde fit, ut hodie cesset ratio, ex qua Scævola motus statuit, filium & nepotem ex eo nasciturum non intelligi simul vocatos; ea enim, ut diximus, tota pendebat ex eo, quod nepos postumus simul cum filio nequibat institui. Cum ergo hodie simul institui possint, certe simul vocati erunt. Falluntur itaque DD. qui etiamnum Scævolæ sententiam locum habere credunt: & multo magis fallitur Acc. & Alciatus, dum putant, si testator filium & nepotem jam natum instituat, dicendo, Filium & ex eo nepotem instituo, videri ordine successivo institutos, ut scilicet nepos sit filio vulgariter substitutus. Quam sententiam merito rejiciunt Aretinus, Jason, & Cujacius hic.

Reliquæ Scævolæ interpretationes ad formulam Galli faciliores sunt, & eas hic enumerasse sit satis. II. enim producit, ut quod de filio dictum est, etiam in nepote procedat, & pronepote, *§. idem credendum*. III. & IV. licet in formula dicatur, *Si filius vivo me morietur*, id tamen non solum capiendum est de morte naturali, sed etiam de civili, ut est servitus, aquæ & ignis interdictio, seu deportatio. Quam interpretationem Scævola ait, desumptam esse non tam ex Gallo, quam ex sententia legis Velleæ, *§. & quid si tantum, cum seqq.* & nos infra. V. idem est in nepote nato apud hostes vivo avo, sed redeunte post mortem avi, *§. si ejus*, de qua re infra latius. VII. id ipsum viget, si post institutum filium, instituatur pronepos, præterito nepote, qui tamen nepos deinde ante patrem moriatur, *§. forsitan*. VIII. tandem addit Scævola, hæc omnia locum habere, si testamentum valuerit, veluti si filius ex aliqua parte sit heres institutus, *§. in omnibus*.

Petes, cur Scævola dicat, filium oportere ex aliqua parte esse institutum heredem. Cujacius interpretatur, *vel*, seu saltem *ex parte aliqua*. Quæ interpretatio coacta nimis est, & duo tribuit Scævolæ, qui unum dicit; tribuit enim, filium institui debere vel ex asse, vel ex parte aliqua, cum Scævola ultimum tantummodo ex his dicat. Putem ergo Scævolam respexisse eum solum casum, quo formula Galli est necessaria, qui est cum filius coheredem habet; tunc enim opus est, nepotem ex formula Galli instituere: nam si coheres filio datus non sit, satis est nepotem ex eo vulgariter substituere, si mortuo patre, & avo nascatur; nihil enim hoc casu interest, si nascendo rumpat tanquam præteritus primum gradum. Secus est in priori casu, ubi multum interest primum gradum non rumpi, ne scilicet coheredis institutio ruat. Ne id ergo accadat, necessaria est formula Galli, qua nepos non substituitur, sed instituitur, ut ex his, quæ supra dicta sunt, jam satis constare puto.

TRACTATUS POSTERIOR

De Lege Julia Vellea .

QUoniam Galli Aquilii consilium ad eos solum nepotes pertinet , qui post avi mortem nascuntur , succedentes in locum sui heredis , ut propterea non omnes casus , qui in hac re accidere possunt , comprehenderit ; nam aliquando in sui etiam heredis locum succedit nepos , qui vivo avo nascitur , sed post testamentum conditum : aliquando etiam , qui ante testamentum natus est : quare nisi instituantur , testamentum rumpunt . Ideo , ut huic Galli defectui obviam iretur a Junio Velleo , lex Julia Vellea lata est , ut quidem appellatur in Pandectis Florentinis , & a Cajo *lib. 1. Instit.* licet in nonnullis libris Julia Velleja dicatur . Hæc igitur in duo omnino capita distincta est , de quorum utroque agemus .

Verba primi capitis referuntur hæc : *Qui testamentum faciet , is omnes virilis sexus , qui ei sui heredes futuri erunt , cum nascerentur , instituendi necessario , potestatem habeat , etiamsi parente vivo nascantur , §. nunc de lege* , ut recte legit , & emendat Cujacius hic retrahens prima verba §. sequentis .

Itaque ne qui nascitur post avi mortem nepos , testamentum rumpat , providit Gallus excogitata formula , qua nepos institueretur ; at nihil cogitavit de altero casu , quo nepos idem vivo adhuc avo nasceretur . Huic incommodo occurrit Velleus in priori capite suæ legis , ubi avo impartitus est potestatem instituendi nepotem ex filio nasciturum , si nepos is , mortuo filio , se vivo nasceretur , ut explicat Scævola hic *d. §. nunc de lege* .

Dicitur in lege , *Omnes virilis sexus* , non quod neptis ex filio ex lege Vellea heres institui nequeat , non enim dubitandum est , posse , sicut etiam potest ex formula Galli . Sed ita dicitur solum , ut demonstraretur necessitas nominatim instituendi , vel exheredandi ; soli enim postumi mares nominatim exheredandi sunt , cum postumæ feminae etiam inter ceteros exheredari possint , cum adjectione legati , *§. postumi , Institut. de exhered. liberor. l. ult. C. de liber. præteritis* . Hodie ex Constitutione Justiniani in *ant. ut cum de appellat.* postumi cujuscunque sexus , nec nominatim exheredari possunt , quia sine elogio nulla exheredatio est : elogium autem postumo adscribi nullum potest , Cujacius in *l. 4. ff. eod.*

Ceterum nepos is , qui avo vivente post testamentum nascitur , etiam postumus appellatur , & est Velleanus , longe distinctus ab Aquiliano , ut satis constat ex Ulpiano in *l. 3. §. 1. ff. de injusto rupto , cum*

cum ait: *Postumos autem dicimus eos (dumtaxat) qui post mortem parentis nascuntur. Sed & ii, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleam, &c. Et clarius infra in §. nominatim: Sed etsi ita dixerit, Postumus exheres esto, natus vel post mortem, vel vivo testatore, non rumpet. Ita quoque l. si quis ita, §. fin. ff. de testamentaria tutela, idem Ulp. ait, tutorem datum postumo, intelligi datum ei quoque, qui vivo patre nascitur, Cujac. 3. obs. 4. Ant. Aug. de legib. pag. 143.*

Secundi capituli legis Velleæ verba mutila sunt, non enim a Scævola relata sunt, nisi hæc: *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desiderit, liberi ejus, &c. in locum suorum sui heredes succedunt, §. & bene, & §. videndum.* Hic, ut recte Cujac. loc. cit. advertit, sermo est de nepotibus iis, qui postumorum loco sunt, idest qui tempore testamenti avi nati sunt, nec tamen eo tempore sui sunt, sed postea vivo eodem avo, in sui heredis locum succedunt. E.g. habeo filium in potestate, & nepotem ex eo jam natum, condoque testamentum instituto filio, si me vivo filius meus decedat, nepos jam postumi loco habetur, & mihi sui heredis locum subit. Quocirca ne præteritus rumpat testamentum, lex Vellea avo potestatem instituendi eum post filii mortem concessit, §. etiamsi vivente.

Dices, nepotes, qui jam nati sunt, possunt ex veteri jure institui, ut hic, §. ille casus. Nihil ergo novi lex Velleja induxit. Respondet Cujacius hic, induxisse, ut succederent in locum suorum, ut si essent præteriti, successione testamentum rumperent, ut instituti, vel nominatim exheredati, non rumperent.

Unde colligit Scævola, eum etiam nepotem succedere in locum sui, cujus pater apud hostes sit: idque tam si pater iste vivo testatore decedat, quam si post ejus mortem ab hostibus non redeat; nam induta fictione legis Corneliæ videtur filius vivo testatore decessisse, d. §. videndum.

Supereff, ut de sententia Juliani videamus, qui duo hæc capita Legis Velleæ, quorum alterum de nascituro, alterum de jam nato loquitur, simul commiscuit. Species est. Post testamentum me vivo nepos ex filio nascitur non suus, quoniam & vivo filio meo nascitur: deinde mortuo testatoris filio succedit in locum sui. Quæsitum est, an ejus nepotis pure facta institutio valeat? Et videbatur non valere: non quidem ex primo capite legis Velleæ, quia etsi vivo testatore nascatur, tamen suus non nascitur: non item ex secundo, quia id caput est de his, qui nati cum essent tempore testamenti, mox in suorum locum successerunt; hic autem nepos tempore testamenti nondum natus erat.

Juliani tamen sententia, quæ moribus recepta est, fuit valere, ne scilicet aliter testamentum rumperetur. Qua in re Julianus duo capita legis Velleæ quasi commiscuit; nam partim videtur hic nepos aliquatenus ad primum caput pertinere, quod scilicet post testamentum

vi-

vivo avo nascatur : partim ad secundum , quod nascatur patre vivo , & in locum ejus succedat . Quasi igitur ad utrumque caput quodammodo pertineat , hoc colore si institutus sit , recte institutus intelligitur , ut verba Cujacii sunt , §. *pen.*

Hinc quaesitum a Scævola est , si hic nepos vivo patre emancipetur , an deinde sponte , ut heres voluntarius adire possit ? Et respondet Scævola posse ; quoniam enim receptum est ex sententia Juliani institutionem valere : erit ergo heres , sed non suus , quia Jus sui heredis emancipatione sublatum est . Quare reliquum est , ut voluntarius heres sit , §. *ult.*

Placet hic , tanquam pro coronide , latius explicare duo , quæ supra a Scævola disputata sunt in §. *si ejus* , & in *d. §. quod si tantum* , cum seq. quæ ideo duo sunt a nobis translata , quia post legis Vellejæ explanationem , commodius intelligi possunt . Species textus in *d. §. si ejus* ita se habet . Quidam filium habebat , & nurum prægnantem , conditoque testamento , filium , & ex eo postumum nepotem instituit pure . Nurus prægnans ab hostibus capta est , ibique vivo testatore , & ejus filio , peperit . Deinde post mortem avi & patris nepos redit . Quaesitum est , an nepos reversus avi testamentum rumpat ? Negat Scævola ; nempe quia non est ab avo præteritus , sed institutus . Quaesitum quoque est , utrum hoc casu nepotis postumi institutio firma sit ex lege Vellea , an potius ex Jure antiquo ? Jus antiquum hic in nostra lege sæpe appellatur formula Galli , habito respectu ad L. Velleam , quæ recentior est , ut recte Acc. observat . Hæc quaestio ambigua visa est Scævolæ ; & licet eam proponat , tamen non solvit ; nam ex una parte , quia nepos post avi mortem reversus est , videtur etiam post avi mortem natus : quod si admittamus , jam hic casus ad Jus antiquum , seu ad Galli formulam pertinebit . Ex parte alia , quia idem nepos avo vivente natus est apud hostes , & reversus fingitur retro in civitate fuisse ; propterea ejus institutio ex lege Vellea substineri videtur .

Quod insolutum Scævola reliquit , DD. solvere conati sunt . Et Acc. quidem ad Galli formulam refert , quia ea tria , quæ exiguntur ex Gallo , omnia hic adsunt ; nempe testamentum conditum est filio vivo , & nepote concepto : item filius mortuus est , vivo avo : tandem post obitum patris & avi nepos videtur natus ; nam adnasci videtur , cum revertitur .

Contrarium verius opinatur Cujacius hic , nempe institutionem valere ex primo capite legis Velleæ , quia conceptus in civitate postliminii Jure gaudet , l. *pen. ff. de statu hominum* , ibi : *Et si mulier prægnans ab hostibus capta fuerit , id quod natum est , postliminium habet* . Quamobrem , si redeundo , Jure postliminii , habetur ut natus in civitate , utique vivo avo natus est . Qui est casus legis Velleæ .

Mihi videtur , hanc speciem pertinere potius ad sententiam Juliani ,

ni, qui capita legis Velleæ commiscuit: nepos enim hic, quamvis verum sit ex postliminio fingi in civitate natum, tamen non est natus suus, utpote qui a Scævola natus dicitur viventibus patre & avo. Itaque deinde post mortem patris factus est suus avo adhuc vivo. Primum autem caput legis Velleæ est de postumo, qui vivo avo suus nascitur: ergo ad illud hic casus non pertinet, sed ad sententiam Juliani, qui docuit valere institutionem nepotis, qui vivo patre, & avo nascitur, sed mox mortuo patre, vivente avo fit suus.

Secundo, quod attinet ad d. §. *quid sit tantum*, cum seq. prænotanda sunt duo discrimina inter formulam Galli, & alterum caput legis Velleæ: primo Gallum loqui de nepote nascituro post avi mortem, Velleum vero sermonem habere de nepote, qui tempore testamenti natus sit: Secundo a Gallo non commemorari, nisi unum casum mortis filii instituti, verbis illis, *Si filius vivo me morietur*, nihil vero haberi de interdictione aquæ & ignis, de emancipatione, de servitute, aut de aliis modis, quibus filius de medio tolli possit: e contrario in lege Vellea hos omnes casus comprehendi, non quidem sigillatim, sed verbis illis generalibus, *Si quis ex suis heredibus suus heres esse deserit*.

Quæsitum ergo est, quid dicendum sit in casu Galli, si filius non moriatur, sed vivo avo interdictus e.g. sit aqua, & igni? quid si filius tempore conditi testamenti reperiatur captivus, & in captivitate obeat post testatoris mortem? Et I. Scævola ait, hos casus a Gallo omissos, non posse trahi ad alterum caput legis Velleæ, quæ licet generatim dicat, *Suus heres esse deserit*, tamen loquitur de nepote jam nato tempore testamenti, non de nepote post avi mortem nascituro, qui est Galli Aquilii casus. II. addit, hos eisdem casus deportationis, captivitatis, & similes, esse admittendos in formula Galli, ex sententia tamen legis Velleæ.

Quæ verba DD. vulgo ita accipiunt, ut in formula Galli casus mortis expressus, porrigatur ad ceteros casus non expressos, interdictionis aquæ & ignis, captivitatis, & ceteros, qui similes casui mortis sunt. Verius tamen est, quod tradit Faber *loc. cit.* nempe a Scævola id tantum statui, quod sicut in lege Vellea generatim dictum est, *Suus heres esse deserit*, ita in consilio Galli, immutata antiqua formula, possit dici generatim, *Si filius vivo me suus heres esse deserit*, aut simili modo. Non ergo vult Scævola sub casu mortis comprehendi alios casus; sed a formula Galli posse tolli casum specialem mortis, & in ejus locum substitui verba generalia, ea scilicet, quæ sunt in lege Vellea. Constat hoc ex ipso Scævola, qui tandem in §. *quod si is*, docet formulam Galli ita concipere, *Nepos qui mihi post mortem suus nascetur*: vel etiam generalius, *Quicumque natus fuerit, heres esto, si suus heres nascetur*.

Itaque si testator non utatur hac Scævolæ formula, sed adhibeat verba Galli dicendo, *Si filius vivo me morietur*; & accidat filium de me,

medio tolli per deportationem, utique nepos non intelligitur institutus, & nascendo tanquam præteritus, rumperet testamentum. Ratio est, quia casus expressus non comprehendit omissum, *l.commodissime, ff. eod. l.pater Severinam, ff. de conditionib. & demonstrationib.* Verum de tota hac re latius disputavimus supra, cum vidimus, utrum substitutio vulgaris in unum casum concepta, trahi possit ad alterum.

Fragmentum repertum in Authographo.

Filium non semper statim suum heredem esse.

QUamvis regula sit, filios statim a morte patris suos heredes esse; *l.1. §. qui sunt, ff. si quis omissa causa testamenti, l.in suis, ff. de liber. & post.* Quod verum est, etsi Jure Prætorio abstineant; nam Prætoris beneficium non tollit Jus sui, licet tollat Jus necessarij heredis, *l.cum quasi, §. sed etsi, ff. de fideic. lib.* tamen aliquando non statim suus heres est, ut constat ex *l.1. §. si pater 1. ff. ad Syllanianum*, ubi si Post mortem patris filius antequam suus ei heres existat, occisus fuerit, questio de servis paternis haberi potest; nam licet non fuerit suus heres, tamen erat futurus, & S. C. Syllanianum plenius accipiendum est. Ita ibi ex Scævola Ulp. docet.

Hoc Scævola's responsum multos torfit, qui putant, filium semper statim a morte patris suum heredem intelligi. Sed recte Josephus Santolaria interpretat. 11. docet, multos in Jure nostro extare casus, in quibus filius suus heres non statim existit, post Bart. in *l.fin. ff. de condit. instit. ex nam.5.*

I. Si filius jam natus institutus sit sub ea conditione, quæ in arbitrio & potestate ejus est; id enim licite fieri potest, & filius conditionem non adimplendo, submovetur ab hereditate patris: secus si adimpleat, & eam adimplere potest, donec vixerit, *l.4. ff. de hered. inst. l.fin. ff. de condit. institut.* Dixi, filius jam natus; nam postumus sub nulla conditione institui potest, *l.cum postumus, ff. de liber. & post.* Et ratio est, quia conditio, ut in potestate instituti, talis debet esse naturæ, ut facile possit impleri, *d.l.4. §. pen. at nulla est conditio tam facilis, quæ a postumo recenter nato queat impleri.*

Itaque filius ita institutus, antequam conditionem impleat, suus heres non est, & medium tempus est vacuum.

II. Quando Filius est exheredatus; donec enim heres institutus deliberat, tempus vacuum est. Ponas enim heredem repudiare, filius tunc suus heres patri ab intestato est, *l.1. §. sciendum, ff. de suis & legit. l. rescripto 6. ff. unde liberi, l. filium 20. ff. de bonorum possess. contra tab.*

III. In postumo, quo in utero manente, tempus vacuum est, cum interim nihil ei lex deferat, & hereditatem conservat in tempus natiuitatis, l. 3. ff. si pars hereditatis petatur, l. cum quidam 30. §. suum, ff. de acq. hered. itaut si vivus in lucem non prodeat, testamentum non rumpat, l. quod certatum, C. de postumus, l. venire, ff. de acq. hered. l. si filius, ff. de lib. & post.

Objicies: in suis heredibus nulla hereditas est, Paulus l. in suis 11. ff. de lib. & post. ubi in suis heredibus nulla videtur hereditas fuisse, quasi jam olim domini fuissent; quare hi hereditatem non percipiunt, sed magis liberam bonorum administrationem, l. 2. §. ult. ff. pro herede, l. 1. §. 1. ff. pro donato.

Verum in verbis Pauli attendendum est verbum illud, *Videatur*, ait enim: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem producere, ut nulla videatur hereditas fuisse*. Nam verbum *videri*, improprietatem denotat. Vel dici potest, id regulam esse, non axioma, ne Paulus sibi ipsi contradicat, qui alibi in suis heredibus hereditatem esse docet; nam in *Antiquitas*, ff. si pars hereditatis, libero ventri integra reservari Jura hereditatum ait.

Hæc habet Autbographum.





DOMINICI AULISII

J. C. C L A R I S S I M I,

De Mora .

*Ad explanationem lib. XXII. Pandectarum , Tit. I.
de Usuris .*



IN Jure nostro semper peccatum est , vel vitiis , vel remediis , Inam ante Justiniani tempora materię , quę in Jure tractantur , longe lateque erant a Jurisconsultis discussę : at vero sub Justiniani Imperio dum Jus compendio docere studet , sæpe nonnullę res ita truncę & breves relictę sunt , ut potius ostensę nobis , quam traditę videantur .

Hoc autem perspicuum est tum sæpe alias , tum præcipue in tractatu de Mora , de qua in titulo nostro pauca admodum leges loquuntur , ita ut nec ipsa , ut cetera omittam , definitio usquam compareat , unde tot tantęque subortę sunt circa rem hanc Interpretum controversię . Verum tamen est passim in nostro Jure & sub aliis titulis varias leges haberi , quę de Mora agunt ; eoque nos eas hinc inde colligemus in hoc tractatu , inque nostrum usum vertemus . Et hoc sane faciendum erat a nostris Interpretibus , qui a Justiniano potestatem habent in singulos titulos nostri Juris conscribendi paratitla ; ut habetur in *præfationib. Digestorum* , & in *ff. de concept. & confirmat. Digestorum* ; etenim male putavit Cujacius paratitla esse titulorum summaria , cum re vera non sint nisi suppleore ex reliquis titulis , quę ad unum aliquem titulum pertinere videntur , ut ex *Diodoro Diacono* , & *Matthæo Monacho Jurisconsultis gręcis* , docet *Ægidius Menagius* in libello *de Amœnitatib. Juris civilis* , cap. 15. Igitur hoc modo nos , quę ad hunc titulum de Mora deesse putamus , operam dabimus ut suppleantur aliunde ex ipso Juris corpore . Ita hic tractatus suum complementum habebit . Dividemus autem in 4. omnino capita , ut pri-

mum sit de definitione & natura moræ, alterum de ejusdem divisione & quomodo contrahatur, tertium de effectibus moræ, quartum quibus modis purgetur. Ita nihil deerit, quod merito desiderari possit. Est interim tractatus hic, si quis unquam alius, utillimus, æque ac difficillimus, adeut viri egregie docti non dedignati sint in eo explicando bonas horas impendere. Nam & Æmilius Feretus, & Franc. Hotomanus, & Hugo Donellus, & Stephanus Forcatulus, de eo singulares libros reliquerunt, ut omittam illos qui multa in aliis operibus hac de re inserere voluerint. Sed hic amplius immorandum non est. Sit ergo,

Definitio Moræ.

C A P. I.

Vetus opinio est, Moram non posse definitione comprehendere. Ita primus omnium, quod sciam, docuit Ulderius Azo in *summa tit. C. de usur. num. 6.* eumque secuti sunt Acc. Bart. & frequenter Interpretes alii. Atque ita accipiendus est cum Acc. textus in *d. l. omnis definitio, ff. de reg. juris*; ubi dicitur, omnis definitio in Jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit.

Cujacius in *comment. ad tit. ff. de usuris*, Moram ita definit. Mora est injusta tarditas ejus, qui opportune interpellatus de re, aut pecunia, cujus nomine in eum actio est, non satisfacit, vel quidquid etiam opportune offertur, non accipit. Dixi, injusta, quo verbo significatur mala fides: nam si rem solvere distulerit bona fide, non est mora, *l. 21. l. mora, ff. de usuris*.

Mora apud alios est dilatio cum dolo malo, vel lata culpa in solvendo, recipiendove debito. Explicatur definitio. Dicitur dilatio; quod ipsum moræ nomen demonstrat, cum mora differendi causa fiat, & quod debitor repræsentare debet, vel creditor statim accipere, in aliud tempus protrahitur, *l. sciendum, ff. de usuris*. Unde spes creditoris, vel debitoris decipitur, & frustratur. Quare etiam mora dicitur frustratio in *l. in fideicom. §. fin. ff. eod. tit. l. hominem, ff. mandati*. Quare Cujac. in *l. 23. ff. de verb. oblig. in princ.* utrumque verbum conjungens, moram appellavit, frustratoriam dilationem. Verum fallitur Hotom. hic, cum moram definit esse culpam, cum verum sit, moram esse sub genere dilationis.

Dicitur dolo, vel lata culpa; quamvis enim moræ nomen generatim sumtum, omnem dilationem etiam innocuam significet, *l. etiam, ff. ut legatorum nomine caveatur. ant. sed & lis, C. de tempor. appellat. cop. mora, de reg. jur. lib. 6.* Generaliter tamen mora intelligitur ea, quæ vel dolum malum habet adnexum, ut in *l. qui sine, ff. de reg. jur.* vel latam cul-

culpam, *l. quod te, ff. de reb. creditis*. Moræ enim nomen dupliciter sumi potest; naturaliter significat omnem dilationem etiam innocuam, ut quæ fieri solet ex iudicio non temere instituto, *l. etiam, ff. ut legatorum nomine caveatur*.

Dicitur in solvendo, recipiendove debito; mora enim contrahitur aliquando ex parte debitoris, cum hic tempore congruo rem non solvit: aliquando ex parte creditoris, qui rem a debitore oblatam noluit recipere, ut patet ex *l. hominem, ff. mandati*. Verum hic notandum est, quod licet nomen Debiti in specie accipiatur pro ea re, quæ nobis non ratione domini, sed obligationis debeatur, hoc est ex maleficio, vel contractu, *l. omnem obligationem, ff. de iudic. l. creditores, cum duab. seqq. ff. de verb. signif.* tamen in genere accipitur pro quacumque re ex quocumque capite ad nos spectante. Quod clare ostendit Ulpianus in *l. pecunia verbum, ff. cit. tit.* ubi habet, Hoc verbum, debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. Atque ita in genere debiti nomen in nostra hac moræ definitione accipiendum est. Nomen crediti proprie mutuum, ut in *ff. de reb. creditis*. Sed extenditur ad omnes, quibus ex aliqua causa debetur, *l. creditorum, ff. de verb. signif.* etiam dominus, cui iniustus possessor lege obligatur suum reddere. Ita Fortianus hic *par. 1. num. 1. ex l. obligamur, §. lege, ff. de O. & A.* Obligamur lege, Jure honorario, necessitate, peccato, nudo consensu, nutu solo.

Hæc est moræ definitio & perspicua simul, & exacta, quam Interpretes investigatu difficilem, inventu pene impossibilem credebant. Sed antequam alio stylum vertamus, pro uberiori hujus rei intelligentia, una & altera difficultas ad examen vocanda est. Sic ergo.

Utrum Mora nonnunquam sine dilatione ulla contrahi possit.

Q U Æ S T I O . II.

ET nos plane credimus, moram sine dilatione non esse, ut ipsum moræ nomen satis per se declarat; atque ita etiam patet ex *l. sciendum, ff. de usuris*, ubi aperte mora appellatur. Dilatio. Sunt tamen qui in contrarium nituntur, & putant posse moram sine dilatione committi, uti est servi occisio, quam passim inter moræ species computant. Ita Æmilius Ferretus hic *num. 5.* & alii cum Joann. Saporita hic *cap. 1. num. 8.*

Probant id *l. ex l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* ubi cum Pomponius dixisset, debitorem teneri de Stichi interitu, si per ipsum steterit, quominus vivo eo, cum creditori daret; subdit hæc verba: Quod ita fit,

si

si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. Ubi videtur Pomponius duplicem rationem contrahendæ moræ distinguere, interpellationem, & occisionem, ubi nulla dilatio. Idem habetur in *l. si servum, ff. eod.* Respondet Jos. Giball. 2. *de usur. art. 6. c. 1. num. 1.* in occisione dilationem quoque posse intelligi: neque enim est exhibitus suo tempore servus debitus, qui ante fuerat occisus, utpote qui nec exhibi potuit: & de illa mora tenetur, qui illum & debebat, & occiderat. Sed si recte perpendamus, hæc responsio non procedit, quia Pomponius in ea lege aperte ostendit, debitorem teneri ex ipso statim momento occisionis, non secus ac tenetur ex ipso interpellationis. Unde falsum est asserere, eum obligari non ex die occisionis, sed ex mora, quam deinceps necessario contrahet, quia a debitore interpellatus, servum occisum præstare nequit.

Itaque pro responsione observandum est Pomp. loqui non de debitore, qui sit in mora, sed generalius de eo, cujus culpa factum est, ne res debita præstetur; potest enim per me fieri ne præstem, & tamen in mora non sum; ut si debeam tibi 100. & tamen omnem meam substantiam dilapidem; tunc utique per me stat, & tamen statim in mora non sum. Itaque in ea lege Jurisconsultus hoc agit, ut explicet, quando dicatur per debitorem stetisse ne res tradatur, & duos modos assignat, nempe moram, & rei interitum; primus continetur illis verbis, si interpellatus non dedisti; secundus illis, occidisti eum. Ita recte explicat ibi Giphon. *num. 10.* Quare omnino negandum est, servi occisionem inter moræ species esse, licet statim occisor teneatur.

Hujus responsionis veritas patet ex eo, quod alias in Jure nostro aperte distinguitur occisio a mora, quod mirum est Interpretes non animadvertisse, cum id clarum sit in ipsa *l. si servum*, & clarius in *l. si fidejussor, ff. de dolo*, in hæc verba: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit; quare occisio mora non est. Cum liberetur debitor, per consequentiam dimittitur fidejussor. Et liberatur debitor si animal ante moram ab alio occidatur. Itaque fidejussor occidit, & ita liberatus est non solum debitor, sed per consequentiam fidejussor. Tenetur tamen actione doli, *d. l. si fidejussor*. Obstat textus in *l. mora, §. fin. ff. de usur.* ubi fidejussor Stichum promissum occidens, utili actione tenetur ex stipulatu, *l. mora, ff. de verb. oblig.* Responde si dolus probeatur.

Probant II. ex Marciano in *l. mora, §. fin. ff. de usur.* ubi habet: Item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur: sicuti si Stichum promissum occiderit. Sed omnino male ex hoc textu adversarii docent, occisionem moræ esse accensendam; cum ibi aperte invicem inter se hæc duo distinguantur; nam Jurisconsultus duos casus considerat, prior est, si mora per fidejussorem contracta sit: alter si servum occiderit; itaut per verbum, sicuti, non intelligitur, quasi exemplum moræ, sed alter casus denotatur moræ similis. Unde hinc etiam apparet moram ab

oc-

occisione distinguere, & per consequens habet omnes leges contra adversarios, & non cum eis, facere.

Stet ergo eum, qui promissum, vel debitum servum occidit, teneri statim creditori, non quidem ratione moræ, quam nullam admisit, sed quod per ipsum fit, ne res creditori præstetur. Idem est si debeatur equus, vel quodvis aliud animal: immo generalius de quacunque specie promissa intelligendum est, itaut si eam debitor perdat, secundo, comburendo, vel alio quovis modo, statim teneatur, cum per ipsum fiat, ne tradi possit. Hoc autem in pecunia debita locum non habet, quæ etsi deperdita, mutuam tamen functionem recipit, per subrogationem alterius pecuniæ, quæ tantundem valeat, ut latius infra manifestum faciamus, ubi de effectibus moræ.

Utrum ad Moram requiratur dolus, an satis sit culpa.

Q U Æ S T I O. II.

Non una est Interpretum sententia. Præcipua est Petri Barboſæ in *l. si mora par. 2. ff. sol. matrimo.* qui ait, debitorem, & tempore debito non solvat, excusari a mora, cum ex justa causa id facit, quæ scilicet eum ab omni culpa eximat: alias si ei culpa solum levis imputari potest, non liberabitur a mora; ut etiam eo fortius non liberatur, cum in dolo est.

Probat id. I. ex Paulo in *l. si quis solutioni. in princ. ff. de usur.* ubi si quis distulit solvere, provocando ad iudicium, non aliter excusatur a mora, quam si constiterit ex justa causa provocationem instituisse: ergo omnis culpa abesse debet; nam justa causa dici non potest, quæ habet culpam admistam.

II. Ex Cajo in *l. illud quoque. ff. de petit. heredit.* dum notat bonæ fidei possessorem non teneri de interitu rei etiam post litem contestatam, quia non videtur esse in mora; cum non sit cogendus temere Jus suum indefensum relinquere; nam per verbum, Temere, innuit, tunc demum non videri in mora, neque teneri de interitu rei, quando si Jus suum indefensum relinqueret, videretur temere facere, hoc est, sine justa causa, vel probabili. Quare docet tunc excusari a mora, quando ob justam causam perseverat defendere rem, quam bona fide possidebat, itaut nulla omnino culpa ob hoc ei imputari posset.

Sed verius puto, moram non contrahi, nisi rei debitæ solutio deferatur dolo, vel culpa, quæ dolo proxima sit, ut jam docuit Alciat in *l. quod te, num. 17. ff. si certum petatur*, & Joseph. Gibell. a. *de usur. art. 1. num. 3.* Quod novis rationibus apertum faciemus.

Et

Et primo ratione; nam ad moram puniendam variae à legibus pœnæ excogitatae sunt, tum præcipue pœna usurarum, *l. cum quidam, §. quid enim, ff. de usur.* Usuræ autem pœna gravis est, & grave malum dicitur; itaut Hebræis recte usura dicatur, Nefciech, hoc est morsus, quomiseri debitores carpuntur, & devorantur: & Aristoph. in nebulis usuram finxit belluam immanem, quæ per dies & menses argentum semper gignat. Aufonius, velox inopes usura trucidat; & quamvis hi propriè de usura conventionali loquuti sint, tamen eadem ratione hoc idem locum habere in illis, quæ ex mora debentur, nulli dubium est. Quare merito a legibus Divinis, & Canonicis usura omnis improbata est; quidquid aliter Cl. Salmasius, Hugo Donellus, Petrus Heigius, Carolus Molinæus, & alii. Cum ergo gravis pœna usura sit, certum est non debere infligi, nisi propter dolum, vel culpam gravem, quæ dolo proxima sit, non etiam pro levi, vel levissima; nam pœna delicto par esse debet.

Probatur II. ex *l. qui sine, ff. de reg. juris*, ubi qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. Unde aperte colligi potest, excusari a mora, qui litigat sive iusta causa, sive etiam injusta; nam omnis causa a dolo excusat, qui calliditatem requirit, ut in *l. ignorat, §. potest, ff. de liberali causa*. Quare fit, non posse ex culpa levi, seu levissima moram contrahi; licet secus sit de lata, quæ dolo proxima est, *l. malier, §. sed enim, ff. ad Trebell.* Ut se ab hujus legis obstaculo liberent Adversarii, nimium æstuant. Acc. in *l. quod te, ff. de reb. creditis*, putat supplendum esse, Et sine culpa; quod palam est temerarium; quoties enim utrumque leges dicere volunt, aperte id faciunt, dicendo, dolo malo, & culpa, ut in *l. item si verberatum, §. fin. ff. de reivind. l. fin. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jacta*; sive dicendo, fraude & culpa, ut in *l. si culpa, ff. de reivind. l. si liberti, C. de administrat. tutorum*. At Petrus Faber in ea lege ait, illud sine dolo, debere intelligi pro iuste, & bona fide, & non solum animo differendi. Barbosa *num. 4.* putat dolum tunc solum requiri ad moram, cum interpellans desistit. Quæ omnia meræ nugæ sunt, & vim faciunt verbis legis.

Probatur etiam ex Pomponio, *l. quod te, ff. de reb. creditis*, quæ huc illuc trahitur ab Interpretibus, & quisque pro se allegat: sed nullum adhuc rectè intellexisse puto. Itaque in ea lege habetur, debitorem post moram commissam, non liberari ob rei interitum; tunc autem in mora intelligitur, cum non tradidit, vel quia dolo malo debitoris res tempore solutionis abfuit; vel quia ipse ignorabat se debere, cum tamen ex aliqua iusta causa intelligere deberet, se dare oportere. Quare hic primo habetur de dolo, in quo omnes conveniunt; tum subditur de culpa lata in illis verbis, Etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere; ubi per illud, Intelligere deberes, lata culpa innuitur; nam ignorantia in his, quæ scire debemus,

la-

lata culpa censetur, & neminem excusat, *cap. turbatur, §. notandum 1. q. 4. gl. in cap. schisma, verbo ignorantia 24. q. 1.* & communi consensu Interpretes admittunt. Sed hic illud impense notandum est, justam causam ad latam culpam pertinere; itaut qui habet justam sciendi causam, & tamen ignorat, dicatur esse in culpa lata, quia injustam ignorandi causam habet. Verum hoc amplius explicandum est.

Si quis est prudentissimus, itaut omnia circumspiciat, & omnibus provideat, in nulla culpa est: qui vero est prudens, & magnam diligentiam, sed non omnem omnino adhibet, erit in culpa levissima: sed si forte imprudens sit, hoc est deses, & negligens, erit in levi: quod si fuerit imprudentissimus, nimirum in nimia & dissoluta negligentia, dicetur in lata culpa constitutus. Itaque hæc quatuor notanda sunt, prudentissimus, prudens, imprudens, imprudentissimus. Ad dolum vero requiritur, ut quis improbus sit, quo casu etiam in fraude esse dicetur.

Amplius qui causam habet, quæcumque sit justa, vel injusta, excusatur a fraude & dolo, *d. ligitur, §. potest*; ita tamen, ut qui justam causam habeat, non possit dici nisi prudens, vel prudentissimus: quare isto casu in nulla culpa, illo solum in levissima esse dicetur. Sed qui causam quidem habet, sed injustam, hic non potest censeri, nisi imprudens, vel imprudentissimus: eoque erit in culpa levi, vel etiam lata. Hinc fit, quod qui habet justam causam sciendi, & tamen ignorat, dicatur esse non solum in culpa lata, sed etiam aliquando in levi; nam qui ita ignorat, dicitur habere injustam ignorandi causam. Quare cum Pomponius hanc ignorantiam traxit solum ad latam culpam, utique illam restrinxit. Hoc notasse satis utile est.

Nam hinc resolvuntur argumenta Barbosæ, quæ nonnullis satis difficilia visa sunt. Et primo inquantum ad Paulum in *l. si quis solutio. ni*, ubi qui juste ad iudicium provocat, non facit moram; itaut ille tantum dicatur moram fecisse, qui injuste, seu sine justa causa provocat; respondetur verum esse hoc posse intelligi non solum de culpa lata, sed etiam de levi; tamen si Jurisconsultorum consuetudinem attendamus, non debet capi, nisi de culpa lata; etenim Pomponius in *d. l. quod te*, aperte injustam causam de lata tantum culpa accipit. Quare ita quoque intelligendus erit Paulus, & per consequens nobiscum sensiet, qui docemus, moram non contrahi nisi ex dolo, vel culpa, quæ dolo proxima sit, hoc est culpa lata. Inquantum vero ad Cajum in *l. illud quoque*, eodem modo respondemus; nam ibi dicit, qui non temere litigat, non est in mora: non temere, hoc est, cum justa causa. Quare qui injustam causam litigandi habet, est in mora, hoc est in lata culpa, ut mox cum Pomponio dicebamus. Et sane in *tit. Instit. de pœna temere litigantium*, illud verbum Temere, non accipitur nisi de eo, qui dolo, vel culpa lata ad iudicium provocat.

Hinc intelligitur Ulp. in *l. sciendum*, ff. de *usur.* cum dicit, illum qui optima ratione differt, hoc est justa causa, non esse in mora, puta si exceptionem aliquam alleget; nam hic nos docet ad moram contrahendam injustam differendi causam exigi, hoc est latam culpam; itaut Paulus in sequenti lege statim subdat de dolo; dum ait, exceptionis oppositione non contrahi moram, si idipsum fraudandi causa non simulatur.

Intelligitur etiam, quomodo accipiendus sit textus in *l. nemo rem*, §. fin. ff. de *verb. oblig.* ubi generatim habetur, moram facere, qui admonitus de re debita præstanda, vel solvenda, maluit potius litigare, & judicium accipere, quam rem debitam, aut promissam præstare, aut restituere; nimirum hoc esse per dictas jam leges intelligendum, cum promissor, sive debitor, vel dolo malo, vel lata culpa, & animo tergiversandi judicium accipit, ut recte ibidem admonet Giphanius; neque enim est novum unam legem per aliam explicare, & distinguere.

Intelligitur etiam textus in *l. dolus est*, ff. *mandati*, ubi habetur, dolus est si quis nolit solvere, cum exegerit; & sermo proprie videtur esse de procuratore, qui vel speciem, vel quantitatem meo mandato a debitoribus exegit, & eam mihi reddere, & solvere detractat; hic enim cum palam sciat se debere, ita tergiversando, cum dolo dicitur esse. Verum ex hoc textu facile colligi potest, debitorem, qui pecuniam a me accepit, cum reddere non vult, credi a lege versari in dolo saltem præsumto; nam & hic quoque se debere sine ullo dubio scit, ut ibidem Acc. advertit. Quare fallitur Jas. 3. *consil.* 34. *ad fin.* dum ex hoc textu dicit, moram semper præsupponere dolum; nam potest fieri, ut debitor qui est in mora, juste ignoret se vere debere, & eo casu non potest dici in dolo versari, ut dictum est; cum nihilominus in *d. l. dolus*, præsupponatur debitorem scire se debere, ut non solvendo dicatur esse in dolo.

De divisione Moræ, & qua ratione contrahatur.

C A P. II.

Recpta est nostrorum traditio, moram in duas veluti species dividi, quarum unam Regularem vocant, Irregularem alteram. Irregularis est, quæ contrahitur absque ulla interpellatione; sed ex æquitate in quibusdam negotiis ipso Jure contracta intelligitur, ut favore dotis, odio furis. Regularis e diverso per interpellationem contrahitur; sive interpellatio hominis sit, sive diei in contractu appositæ, Barbosa in *l. mora*, num. 8. ff. *sol. matr.* & alii passim. De singulis agamus.

I. Mo-

I. Mora ex persona contrahitur, si interpellatus quis opportuno loco non solverit, quod debet, vel non acceperit, quod sibi debetur: hoc est, si quis admonuit debitorem, ut solveret, vel creditorem, ut reciperet, quod debetur, & per adversarium steterit, quo minus id fieret, satis mora facta intelligitur, *l. mora, ff. de usur. l. quod te, ff. de reb. creditis, l. si ex legati, ff. de verb. oblig. l. qui decem, ff. de solut.* & alibi sæpe. Est porro duplex interpellatio, una judicialis, quæ fit in judicio, quæque ad moram constituendam sufficit, ex *l. nemo, ff. de verb. oblig.* ubi Ulp. ait moram fecisse videri, qui maluit litigare, quam restituere, item ex *l. 1. & 4. C. de usur. & fructib. legatorum*, ubi Cujacius notat, non duci certius moræ rationem, quam ex die litis contestatæ. Altera interpellatio extrajudicialis est, quia extrajudicium fit, & privatim a creditore, vel debitore, eaque ad moram constituendam etiam satis est, *l. 38. §. si actionem, ff. de usur. l. Titia, §. usura, ff. de leg. 2. l. qui Roma, §. coheredes, ff. de verb. oblig.* & passim alibi.

Sed quæsitum est, utrum unica extrajudicialis interpellatio ad moram constituendam sufficiat, si modo solemniter, hoc est, testato facta sit. Et responde, id non juris, sed facti quæstionem esse. Male enim hætenus digladiatum est a nostris Interpretibus circa rem hanc, dum alii credunt iteratam interpellationem exigere, ut Æmilius Ferretus hic, a 28. Corasius 2. *miscell. 6.* alii vero unam satis esse contendunt, ut Cujacius ad Africanum *tract. 8.* & ad *l. 36. ff. sol. matr.* Duarenus in *l. qui Roma, §. coheres, ff. de verb. oblig.* Fab. *loc. cit.* Forcat. hic *par. 1. num. 10. ad 13.* ut omittam Gibaliuum, Leotardum, Pichardum in *disputatione de mora*, aliosque. Errant enim ad unum omnes, cum non animadverterint quæstionem hanc propositam esse a Martino in *d. l. mora*, ubi ait, *resolvi de Jure non posse, cum ex facto pendeat apud Judicem examinando.* Quod amplius exponere operæ pretium erit. Cum statuisset Jurisconsultus moram ex persona fieri, si interpellatus opportuno loco non solverit; statim subdit: Quod apud Judicem examinabitur. Quid, quæso vos, examinandum est in foro circa rem hanc, nisi utrum interpellatio recte facta sit? nimirum an semel interpellasse fuerit satis, vel potius iterato, & sæpius id faciendum fuisset. Quod & sequentia manifeste ostendunt. Hanc ergo quæstionem Martinus hic proponit, quam nos præ manibus habemus, & eam resolvi non posse ait, cum difficilis sit hujus rei diffinitio. Hæc verba non pertinent ad illud definitionis genus, qua rei natura quam brevissime exponitur: sed ad moræ constitutionem, id est, difficile esse definire, siue statuere, & determinare in genere, quot interpellationes ad moram ex persona exigantur: nam, ut idem Jurisconsultus subdit, facti magis quæstio est, quam juris; ita ut neque constitutione ulla, neque Juris auctorum quæstionibus decidi id posse videatur. Itaque aliquando una interpellatio satis erit, ali-

quando non. Exemplum affert ipse Marcianus in eo, qui debitori suo renunciavit, sed cum is sui potestatem faceret, omissa est repetendi debiti instantia; hoc casu non dicitur moram fecisse debitor, cum ex instantiæ remissione videatur creditor deposuisse animum per id tempus debiti repetendi. Hoc autem ex facto dependet; quare recte Jurisconsultus dicit, id apud Judicem examinari deberi, & facti, non Juris quæstionem esse videre, utrum una interpellatio satis sit, an plures exigantur. Hæc est nostra circa legem illam opinio. Hinc mirari subest, qua fronte Leotardus q. 81. num. 5. dicat, quidquid veteribus visum sit, sibi tamen non videri admodum difficile esse definire, an mora contracta intelligatur. Ita sane eo quisque magis sibi sapiens videtur, quo magis ineptit.

Verum ab iis, qui sæpius interpellationem requirunt, producit Scævola in *l. qui Romæ*, §. *Seja*, ff. de verb. oblig. ubi agens de creditore, qui constituendus est in mora per debitorem, videtur non unam oblationem, sed plures exigere; ait enim, si Seja non cessasset. Quare eodem modo, ut debitor constituatur in mora per creditorem, non semel, sed iterato interpellandus est. Quæ obiectio adeo movit Alciatum, ut *1. dispunct.* 13. verba immutaverit, docueritque legendum esse, Et si Seja ante cessasset, quod & hodie in aliquibus impressis legitur: ut sit sensus, primam oblationem sufficere, etsi postea ab offerendo cessatum sit. Ego utramque explicationem falsam esse judico, cum nihil ibi Scævola de numero oblationum agat; nec sane agere potuit, cum Marcianus expresse de interpellationibus scribat, hoc nullis Jurisconsultorum quæstionibus unquam fuisse decisum. Dicam ergo quod sentio. Sed prius præfandum est, retinendam esse ex Codice Florentino vulgatam lectionem, nimirum, Si Seja non cessasset, ut monuit Ant. Aug. *1. emend.* 3. n. 35. atque ita etiam in suo M. S. legi testatur Menochius *de arbitr. casu* 220. Robertus 2. *recept. lect.* 3.

Mihi itaque videtur, illa verba, non cessasset pecuniam offerre, non denotare, opus fuisse, ut iterato pecunia offeratur, nam de hoc, uti ex Martino patet, apud Judicem quærendum erat: sed valere, non omisisset, licet semel, offerre. Ita enim Cic. locutus est ad Q. Fratrem, Si te inimici vexare cæperint, ne cessaris me certiolem facere, ut accurram: quod tantundem valet, ac si simpliciter dixisset, me certiolem facias. Ita hic, non cessasset offerre, perinde est, ac dicere; obtulisset. De verbo cessare nos in §. *fuerat*, q. 3. Vide. Quare nihil Jurisconsultus statuit, de una, vel multiplici oblatione.

E diverso, qui unam interpellationem satis esse contendunt, nituntur in *l. Titia Seja*, §. *usuras*, ff. de leg. 2. cujus hæc sunt verba: Tamen pro non mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut (usuræ) perpetuo debeantur. Verum hoc nihil facit pro hac opinione; non enim hic asseritur interpellationem semel intervenire debere, cum nulla prorsus ibi de

de interpellatione mentio habeatur ; sed loqui solum de mora , quam Paulus ait semel requiri , ut usuræ dicantur debitæ . Nihil autem miror antiquos Interpetres ita pessime his Pauli verbis usos ; miror tamen ipsos ab Antonio Fabro viro acutissimo fuisse in hac ineptia secutos , eo magis , quod jam verus illius legis sensus fuerit notatus a Corasio *loc. cit. n.3.* Ita neque quidquam statuit Marcellus in *l.tutor pro pupillo , ff.de admin. tutorum* , ubi ait : Tutor usuras præstare non debet , ex quo obtulit pecuniam ; unde quis colligere posset , unicam oblationem satis esse ad constituendum creditorem in mora : & tamen ex dictis constat , nihil hic Jurisconsultum de hac re diffinire , cum apud Judicem hoc examinandum sit .

Concludendum itaque est , ad moram nunc unam , nunc plures interpellationes exigi . Qua in re plurimum dominatur arbitrium Judicis , ut ipse scilicet videat ex aliis rerum , & personarum , ut dicunt , circumstantiis , & conditionibus , quot interpellationes , vel oblationes fuerint satis . Quod tandem Corasius *loc. cit. num.9.* veritate expugnatus , fatetur . Hinc est , quod apud antiquos Jurisconsultos , dum facti speciem nobis exponunt , nunc ajunt litigatores semel , nunc sæpius interpellasse . Ita clarissime patet ex ipsomet Scævola in *d.l. qui Romæ , in princ.* ubi ait , debitorem quemdam Romæ testato creditori dixisse , paratum se esse pecuniam numerare ; quæ verba ita concepta sunt ; ut clare innuant , unicam interpellationem factam fuisse ex vulgata *l.boves , §. hoc sermone , ff. de verb. signif.* E diverso vero in *ead. l. qui Romæ , §. coheredes* proponitur , quem sæpius testato convenisse , hoc est , non semel sed iterum , vel etiam tertio . Quod de facto ut ille sibi plenius caveret , fecit , ut notat Bart. in *d. §. Seja num.4.* Cujacius ad Africanum *d. tract.8. l. cum patris , ff. de usur.* Forcat. *l. p. num.13.*

Hoc idem Cujacius docet in quantum ad textum in *l.Æmilius , ff. de minor.* in quo agitur de fundo vendito lege commissoria , idest , ut nisi intra certum diem pretium solutum sit , fundus inemptus fiat , quæ lex statim atque commissæ est (nimirum die jam præterita) venditor statim eligere potest , utrum commissoriam velit exercere , an potius pretium petere , ita ut uno electo ad aliud redire non possit , *l. si fundus , §. eleganter . ff. de lege commissoria.* Et proinde cum pretium post diem petit , videtur emtorem a mora liberare . Itaque Paulus in *d. l. Æmilius* ait , a venditore has denunciationes sæpe fuisse datas . Quod est , ait Cujac. simplex facti expositio , non juris constitutio ; nam si semel denunciasset , adhuc fieri poterat , ut emtorem a mora intelligeretur liberasse , *d. §. eleganter .*

II. Mora ex facto est in illis obligationibus , quæ licet pure concipiantur , tamen tempore compleri videntur , ut definitur a Paulo in *l. interdum , ff. de verb. oblig.* veluti si quis insulam ædificare promiserit , neque tamen cœperit ædificare intra id tempus , quod ad incipiendam

incipiendam insulæ ædificationem sufficere potuisset, jam dicitur moram fecisse. Ita aperte in *l. stipulationes non dividuntur, §. fin. ff. eod.* Quare mirandum est de Antonio Fabro *loc. cit.* qui dicit moram non contrahi, nisi postquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuerit; cum in *d. §. fin.* dicatur attendi debere tempus, quod ad incipiendam insulam satis est, in hæc verba: nec si insulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedit: atque ita accipiendus est Paulus idem in *l. si insulam, ff. eod.* Idem prorsus est, si promiserim, quod in utero sit, aut fructus futuros; tunc enim incipit creditoris actio, & proinde debitoris mora, cum ea per rerum naturam præstari possint, *d. l. interdum.*

Sed putat Duarenus in *d. l. si insulam*, aliquæ nonnullis ex lapsu illius taciti temporis solo moram non fieri in obligatione operis, sed hoc amplius & interpellationem esse necessariam, ut in obligatione dandi, *l. mora, ff. de usur.* Verum in contrarium communis opinio nititur, & manifeste constat ex *d. l. stipulationes, §. fin.* Nec turbat, quod Martianus in *d. l. mora*, dicat moram ex persona fieri, non ex re; quoniam in eo loco sermonem Jurisconsultus habebat de ea tantum obligatione, quæ pura omnino est, hoc est de ea, ubi tempus tacitum non inest, de qua nos loquimur in præsens. Obijciunt etiam Scævola in *l. nulla, ff. de reg. jur.* ubi ait, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est; in cujus legis interpretatione tantopere se torquet Forcatul. *p. 1. num. 9.* Sed facilis responsio est, petitionem non idem esse, ac interpellationem, sed denotare Jus petendi quod sibi debetur, *l. pecunie verbum, ff. de verb. signif.* & recte ait Scævola, moram non committi a debitore, nisi jam creditor contra ipsum Jus petendi habeat.

Ratio vero cur in obligatione pura, cui tempus inest, mora ex transitu temporis committatur: in obligatione vero omnino pura interpellatione sit opus; inde pendet, quod in pura obligatione arbitrio creditoris conceditur temporis laxamentum debitori, eoque necesse est, ut ipse creditor moneat debitorem se amplius tempus laxare nolle. At vero si obligationi tempus inest, tempore adveniente, nullum amplius laxamentum concedi intelligitur, cum satis sit, quod interfuit ex tempore, quod inest. Unde sit tempus ipsum pro homine interpellare. Et notandum est, quod Venulejus ait in *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. obl.* in his negotiis Judicem, id est, virum bonum æstiniare debere, quanto tempore diligens paterfamilias facere potuisset, quod se facturum promisit. Cum vero Gifanius distinguit inter obligationem dandi & faciendi, frustra est, eo quod tacitum tempus non solum in obligatione faciendi inest, veluti insulam fieri: sed etiam inesse potest in obligatione dandi, ut si promittam foetus gregium, fructus futuros, *d. l. interdum.*

III. Mora fit ex diei expreffæ adventu, in qua aliquid fci, vel præftari debet; ftatim enim ac lapfa eft dies, mora facta intelligitur etiam non interpellante creditore. Unde illud ortum eft, Dies interpellat pro homine. Ita Hormen. 3. Prochiri 3. Cujac. in l. 17. ff. de conflit. pecun. & in l. trajectitia, ff. de aft. & oblig. Hotom. hic num. 9. Donell. 16. comment. 2. & paffim alii. Et patet tum ex mox recitatis; tum præfertim ex eo, quod Paulus fcripferit ad diem fub pœna promiffa pecunia, & ante diem mortuo promiffore, non ideo minus pœnam committi, eo- que moram fieri, licet non fit adita ejus hereditas, l. ult. ff. de nat. fœn. l. ad diem, ff. de verb. oblig. ubi Alciat. ait, cum nulla hic fiat curatoris, vel interpellationis mentio, fatis probati ipfo Jure moram per diei adje- ctæ tranfitum committi. Idem conftat ex l. pecunia, §. ufurarum, ff. de ufur. l. 3. ff. de in litem Jur. l. magnum, C. de contr. emtione, l. T. baïs, §. intra, ff. de fideic. lib.

IV. Fit mora ex adventu conditionis, vel diei incertæ, quæ pro conditione eft. Verum quæritur num interpellatione fit opus. Et Ant. Gubertus hic c. 4. num. 43. & feq. diftinguit inter conditionem, cujus eventus in incerto eft, ut puta, Si navis ex Asia venerit, & eam, quæ omnino extitura eft, tamenfi quo die extitura fit, ignoretur, veluti, fi moriar. Itaque cum dubius eft conditionis eventus, mora non fit, nifi interpellatio accedat; quia debitor prævidere non poteft condi- tionis diem, ut tunc præfentem pecuniam habeat. At fi omnino extitu- ra conditio eft, quoniam tunc diei certo comparatur, l. fi papillas, ff. de novationibus, l. nam fi cam 17. ff. de condit. indeb. fole conditionis even- tu moram fieri ait, modo eventum debitor non ignoret.

Verum Leotard. q. 81. a num. 36. putat conditionis eventum, etiam ejus, de qua incertum eft, an fit extitura, fi non aliud obftat, eum qui ea adveniente folvere tenetur, in mora conftituere. Movetur ex Levi- ftis, ff. de ufur. ubi convenerat fub conditione fi agri venditi evincerentur, ut venditor pretium reftitueret, nec quidquam de ufuris expref- fum eft, tamen evictione fequuta ufuræ una cum pretio refunduntur emtori: & proinde fine interpellatione cafus evictionis venditorem in mora conftituit, tamenfi incertum effet, an conditio effet extitura. Ip- fe enim conditionis eventus pro homine interpellat, nec alia admonitio- ne opus eft, cum ab initio conventum eft, ut adveniente conditione folveret, l. 26. ff. de tranfaftionib. l. 1. §. ult. ff. de aftionib. emti.

Ceterum verius eft omni cafu per conditionis eventum moram non contrahi, nifi hominis interpellatio accedat. Ita vulgo receptum tefta- tur Jafon in l. quoties, num. 2. ff. de verb. oblig. Ant. Gomez. lib. 2. c. 11. num. 31. Forcat. 3. p. num. 6. aliique. Ratio fatis evidens eft; nam cum dies certa folutioni definita eft, potuit fatis a debitore prævideri, qui talem legem fibi dici paffus eft, eoque fine interpellatione mora commit- titur. At dubium eft, an veniat conditio & quando: quare nifi hoc cafu

in-

interpellatio accedat, eventus rei incertus in mora non constituet. Hinc regula est, ut quæ pro certo prævideri queunt, in mora, vel in culpa constituent, non quæ sub incerto, *l. sed & si quis, §. si feria, ff. ex quibus causis majores, l. si quis domum, §. fin. ff. locati*. Neque objicias, quod modo diximus de conditione pura, cui tempus inlit, per temporis lapsum moram committi; nam sciendum est in tali obligatione tempus quodammodo certum esse, & saltem boni viri arbitrio definiri posse, ut jam notavimus ex Venulejo in *d. l. continuus, §. cum ita, ff. de verbor. oblig.* & secus esse in conditionis eventu, ubi tempus omnino incertum est, nec in consiliis nostris, sed in volubilitate fortunæ positum. Eoque nil mirum si hoc casu interpellatio requiritur, in illo non item.

Hinc recipienda distinctio Guberti non est; nam etsi certum sit conditionem illam, Si moriar, omnino eventuram esse; tamen incertum omnino tempus est, quando tandem eveniet: nec quidquam inopinatum magis est, ut aiebat Forcatulus, quam mortis impressio senibus sæpe lentissimæ, & juvenibus insidiosæ, licet neutros obliviscatur. Conditiō, quæ omnino extitura est, multum interest, utrum stipulationi, an legato adscripta sit, Acc. in *l. Julianus, v. proficiscitur in prima solutione*. In conditione duo possunt esse dubia, unum de eventu, an scilicet res extitura sit, an non: alterum de tempore, quo res extitura est, vivo creditore an mortuo.

In contractibus dubius tantum eventus conditionis attenditur, non etiam tempus, cum nihil intersit, utrum vivo, an mortuo creditore res existat, dummodo existat; semper enim ad ipsius heredem transmittitur, *§. omnis, Institutionib. de verbor. oblig.* Unde factum est, ut qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure videatur stipulari, *l. si pupillus, §. 1. ff. de novationib.* Non tamen hæc stipulatio omnino pura censenda est, sed assimilari debet ei, cui tempus tacite inest; propterea quod statim promissum est, exigere non potest, sed expectandum est tempus eventus; ita tamen, ut si debitor interim solvat, repetere non possit, tanquam indebitum, *l. Julianus, ff. de conditione indebiti*.

At secus est in legato, ubi tempus, quo conditio extitura est, attenditur; nam quod vivo legatario existit, ad ejus heredem transmittitur: quod vero eo mortuo, non transmittitur. Ob hoc ergo dubium circa tempus, quod in legato interest scire, fit, ut legatum sub conditione, quæ omnino extitura est, vere pro conditionali habeatur, *l. huiusmodi, ff. quando dies legat. cedat*.

Cum vero dicit conditionem, quæ omnino est extitura, diei certo comparari, fallitur omnino, cum aperte pro pura declaretur in *l. si pupillus, §. 1. ff. de novationib.* in hæc verba: Qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure videtur stipulari. Ubi mirum in modum errat Acc. cum concedendo hanc stipulationem non esse conditionalem,

nalem, ait tamen in diem esse; errat, inquam, quia pura stipulatio non solum opponitur conditionali, sed etiam ei, quæ in diem est, §. *omnis, de verb. oblig.* Est ergo vere pura. Nec obstat, quod statim exigi non potest, sed expectandus est eventus, quia in aliis etiam puris obligationibus præsens exactio non admittitur, ut in stipulatione annua, & in ea, cui locus inferitur, §. *at si ita, §. loca etiam, eod. sit.* Cum ergo obligatio sub conditione omnino exitura, censeatur pro pura, merito fit, ut si per errorem ante solvam, repetitio non conceditur, *d. l. nam si cum, ff. de condit. indebiti.*

Neque e diverso verum est, quod Leotardus putabat, ipso conditionis eventu, absque interpellatione moram contrahi. Neque hoc probatur ex *d. l. evictis, ff. de usur.* cum ibi usuræ non debeantur ratione moræ, sed fructuum, quos interim e pretio soluto venditor percipit. Species enim ita se habet. Evictis agris, petebam a venditore tum agrorum pretium, ut initio pacti eramus, tum usuras, de quibus nihil convenerat. Concordamus in hoc usuras deberi; sed discordia e diverso erat, de die, a qua deberi intelligerentur. Equidem emtor dicebam a domini lite inchoata (hoc est a litis contestatione) debitas, ea ratione, quod ab eo die ego fructus agrorum adversario restituere teneor. Quare si ego fructus agrorum interim non lucror, neque venditor fructus pecuniæ sibi acquirere debet. Ita ergo ratione fructuum usuras peto. Verum e contrario venditor, se ad usuras obligatum ait a die, quo facta est evictio, nimirum lite finita. Et hoc probat Scævola, quia incommodum mediis temporis, hoc est a die contestata usque ad sententiam, emtoris damnum est. Sed dices, cur concordant in hoc, ut usuræ debeantur, etiamsi de illis nihil esset conventum, neque ulla interpellatio facta sit? Responsio est in promptu; quoniam enim pretium semper emtori restituendum est post evictionem, etiamsi ea de re nihil conventum sit; inde est, quod quoties expresse de pretio restituendo convenimus, res omnino frustratoria & inanis gesta esset, si secuta evictione nil præter pretium esset restituendum. Ne igitur hoc dicamus, statutum est, ut hoc casu conventio de pretio etiam usuras comprehenderet. Quod locum habet in contractibus bonæ fidei, non etiam in illis, qui stricti Juris sunt. Est itaque casus singularis.

V. Fit mora in obligatione pura, ex re potius, & ex singulari creditoris privilegio, nulla denunciatione facta, itaut statim ac debet, debitor in mora esse intelligatur. Et hæc dicitur mora re ipsa, *l. in minorum, C. in quibus causis restit. in integrum.* Idque I. fit odio furis, qui semper a die furti commissi moram facere intelligitur, adeoque cum res condicatur, æstimatio secundum id tempus sumitur, quo res pluri fuit, *l. in re furtiva, §. 1. ff. de conditione furtiva.* II. Favore minorum 25. annis, quibus a D. Marco & Severo concessum est, ut pro pecuniariis fideicommissis, quæ ipsis relicta sunt, usuræ debeantur a die,

quo peti potuit, *l. cum vero, §. apparet, ff. de fideicom. libert. l. Titia Sejo, §. usuras, ff. de leg. 2.* Quod deinde paulatim receptum est, ut locum haberet etiam in legatis, & in contractibus per minores initis, ut scilicet re ipsa, & solo tempore tardæ solutionis mora facta intelligatur. Quod deinde lege sanxerunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. in minorum, C. in quibus causis restitutio*. In aliis vero casibus debent minores interpellare, ut in mora debitores constituent, *Æmilius Ferretus num. 9. Menochius casu 220. num. 17. in fine*. Hæc mora re ipsa finitur, emensa minori ætate; & ut iterum debitor in mora constituatur, interpellatio necessaria est, *l. Titia Sejo, §. usuras, ff. de leg. 2.* In aliis moris sufficit eam semel intervenisse, ut usuræ perpetuo debeantur, ut ibidem habetur. III. Hoc ab Ulpiano extensum fuit ad fideicommissariam libertatem servo relicta: ut puta, si ancillæ prægnanti libertas relicta sit, & libertas jam peti possit, nec tamen petatur: interim vero ancillæ filius natus sit, cum deinde mater libertatem adipiscetur, ipsi etiam filius tradetur, ut eum de manu mittat, eoque filius erit matris libertus. Ex die, quo libertas petita est, filius ingenuus nascitur, *l. cum vero, §. 1. ff. de fideic. libert.*

Sed antequam ulterius progrediamur, sciendum Antiquos non omnes inter se convenire, utrum his casibus dicant moram inesse, an contra. Certe negat Paulus in *l. Titia, §. usuras, ff. de legat. 2.* in hæc verba: *Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25. annis usuræ omnino præstentur, tamen non pro mora hoc habendum est; & nihilominus hoc casu moram omnino esse, statuit Diocletianus in l. minorum, C. in quibus causis restitutio in integrum; l. si tamen, ff. de minoribus; in quibus dicitur mora re vel re ipsa*. Quam discrepationem ideo inductam putat Gibalinus *lib. 2. cap. 6. art. 1. num. 8.* quod non sit mora secundum regulas Juris, quæ interpellationem exigunt: sed sit ex creditoris privilegio. Non esse moram probatur. I. Quia si esses, non opus fuisset constitutione Severi, ut ex ea debeantur usuræ minoribus. Vetus enim lex erat, ex mora usuras deberi. II. Quia usuræ non deberentur solis minoribus, sed etiam ceteris. Dices, si mora non est; ergo culpa & dolus abest, & proinde qua ratione usuræ debentur, quæ non ob lucrum exigentium, sed ob pœnam non solventium infliguntur, *l. cum quidam, ff. eod.*

Hæc in nostro Jure sunt expressa, videamus modo ad quas etiam personas id produxerint Interpretes.

I. In Ecclesiis, & aliis venerabilibus locis moram etiam re ipsa committi volunt. Ita de communi Covar. 3. var. 17. num. 4. Everard. in locis legalibus, loc. 133. num. 3. Surd. dec. 13. & 25. Idque duplici ratione assertum est, quia Ecclesia Jure minorum utitur, cap. 1. & 3. de in integrum restit. & proinde recte argumentum a minoribus ad piam causam, ecclesiamque duci potest; tum etiam quia Justinianus in *l. 46. C. de Episc. & Cle.*

¶ *Cleric.* Jussit heredes, si distulerint præstare, & facere, quæ favore Ecclesiæ, & aliorum venerabiliorum locorum in testamento disposita sunt, solvere fructus, & redditus, & omnem legitimam accessionem ex die mortis testatoris, quod ipso jure ab eo mora facta intelligatur. Idemque fere habetur in *Novell.* 131. §. *si autem*, ibique Cujac.

II. Favore Reipublicæ, ut scilicet debitores ipsius re, & ex solo tempore tardæ solutionis, moram facere videantur, quia etiam Respublica jure minorum utitur, *l. 4. C. de quibus causis majores*, *l. Remp. C. de jure Reip. lib. 11.* Et eadem ratione oppida, & municipia, quæ ut ait Leotard. *q. 82. n. 7.* plusquam minores sunt. Habent enim minores suos curatores, qui satisficere tenentur res eorum salvas fore, etiam si minor, nec alius quispiam id expostulet: oppida vero, & civitates Curatores non habent, sed destructores, qui eas diripiunt. Sane administratores earum non satisficunt, & multa conniventibus oculis transmittunt.

III. Hoc idem locum habere in fisco statuunt. Ita communiter post Acc. in *l. cum quidam, §. fiscus, ff. de usuris*. Menoch. *de arbitr. causa* 220. num. 8. Ferretus hic num. 9. Cujacius 22. obs. 34. licet ambigat Leotardus *q. 22. a num. 7. ad 13.*

I. Id probat Menoch. ex Ulpiano in *litem veniente* 22. §. *petitam, ff. de petit. hereditat.* cum enim Senatusconsultum tempore Hadriani conditum loqueretur de hereditate fisco delata, & statutum esset, ne fiscus peteret usuras pecuniæ redactæ ex pretio rerum caducarum, quæ fuerint ante fisci petitionem dividendæ ab iis, qui se heredes esse existimabant; ait Jurisconsultus tunc intelligi petitem a fisco, cum possidendi denunciatum est, nam tunc incipit esse malæ fidei possessor. Et hæc est mora, quæ sine ullo privilegio per interpellationem oritur. Petitem Ulp. Quid ergo si possessor scit quidem res esse caducas, Fiscus autem ei non denunciatur? an incipiat usuras debere pecuniæ redactæ? Et respondet eum debere; caput enim malæ fidei possessor esse. Et hæc est mora orta, sine interpellatione ex privilegio fisci. Hujus argumenti vim ne attingit quidem Leotardus *loc. cit.* & frustra objecit in §. antecedenti ab Ulpiano asseri Senatusconsultum in privatorum quoque petitionibus locum habere, licet in publica causa factum sit; responderetur enim, ex hoc nihil elici posse contra supradictam sententiam, nam & privati aliquando hoc privilegio fruuntur, ut mora sine interpellatione contracta intelligatur.

II. Probat Ferretus ex Paulo in *l. cum quidam, §. fiscus, ff. de usur.* ubi fiscus ex suis contractibus pecunias non dat, sed ipse accipit, ut solet a foricariis, alias fornicariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus: cum autem in locum privati succedit, etiam dare solet; verba enim illa, *Qui tardius pecuniam inferunt*, non solum comprehendunt moram ex interpellatione, vel die, sed etiam privilegiariam, ut patet ex *l. 3. C. in quibus causis restitutio in integrum non est necessaria*,

- *via*, in qua Jus singulare constitutum est favore minorum, ut eis ex solo tempore tardæ solutionis mora fiat. Ita quoque aliquando tardius solvere dicitur, qui diem conventam & constitutam præterire finit, ut accipiendus est Paulus idem in *d. l. cum quidam, §. ex locato*, ubi ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniæ illatæ usuras deberet, nonnisi ex mora (scilicet contracta per interpellationem) præstare debet; quamvis Leotardus *num. 12.* hunc textum acceperit etiam de usura privilegiaria; non animadvertendo ad verbum convenerit.

III. Probat idem Ferretus ex *l. 4. C. ex quibus causis majores*, unde constat Rempubicam Jure minorum uti solere. Verum ne erremus, hoc argumentum nihil probat pro fisco, cum omnino diversa sit Respublica, & fiscus, ut palam est ex *tit. C. ne fiscus, vel respublica*, & ex *tit. de Jure fisci, & reipub.* & ex *l. 6. & 8. ff. de maner. & honor. l. 1. C. de defensorib. civitatum*, & ex aliis plerisque locis; adeo fiscus Jure privatorum utatur, *l. si pignus, ff. qui pot. in pign. l. 3. C. de reivind. l. 2. & 6. C. de Jure fisci, l. 37. ff. eod. tit.* & ex Ammiano Marcellino *lib. 25.* habetur, Julianum Imperatorem dixisse, se æquasse Jura fisci cum privatis, ut refert Cujacius in *l. 5. ff. de Jure fisci*. Qua ergo ratione a republica ad fiscum potest recte argumentum duci? Quod etiam patet, quia passim Civitates respublicæ dicuntur, quas certum est non habuisse fiscum, ut Civitas Comanensium *l. 10. C. de injuriis*, Thessalonicensium *l. 23. C. de evictionibus*, item Civitas Aphrodisiensium in *novell. 160.* Nec uspiam in Jure civili scriptum est, fiscum Jure minorum uti. Itaque hoc argumento non probatur communis sententia, quæ hoc privilegium tribuit fisco: quæ tamen satis ex supradictis firma remanet.

De effectibus Moræ.

C A P. III.

QUoniam Mora inter delicta a Jure civili computatur, & imponitur multæ poenæ adversus eum qui, *l. 3. §. fin. ff. de usur.* ideo in mora est, statutz reperiuntur, quæ dicuntur effectus moræ: Verum quia potest mora committi vel ex parte creditoris, qui rem oblatam noluit recipere, vel ex parte debitoris, qui rem debitam noluit solvere; hinc fit, ut præsens omnis tractatio in duas partes dividi oporteat. Sit itaque.

De effectibus Moræ Debitoris.

Primus est, quod licet debitor ante moram de interitu rei non teneatur, ut jam dictum est; tamen si res sua & naturali morte post moram commissam perierit, debitor tenetur, *l. uero, §. 1. ff. de verb. oblig.* Sed hoc ita absolute dictum varias, magnasque patitur difficultates; ideo varie nonnulli distinguunt. Giphanius itaque ad *l. si ex legati, n. 17. de verb. oblig.* ita distinguit, ut scilicet naturalis interitus rei pertineat ad dominum, sive petitorum, si æque res fuerat peritura apud ipsum; pertineat vero ad possessorem, si non æque. Vocat autem Giph. æque perituram, quæ si esset data, ac restituta a debitore, non fuisset vendita, aut distracta a petitore, ut quia non potuerit eam vendere, aut etiam noluerit. Quod si autem potuit vendere, & non fuit ei restituta, hoc casu si periit apud debitorem, non potest dici æque perituram fuisse apud creditorem, quia ille eam distraxisset. Est autem hujus distinctionis æquitas, sive ratio, cur uno casu naturalis interitus ad debitorem, altero ad creditorem pertineat, ista; quia cum creditor rem vendere potuit, & porro pretium inde consequi: id autem impedivit debitor morando, æquum sit ei moram hanc suam nocere, & non creditori. Cum vero non fuerat venditurus, nihil est, quod conqueratur creditor: id enim, quod solum conqueri potuerit de pretio, jam locum non habet, quia præsupponimus eum non fuisse venditurum.

Sed dices: debitor semper dicet, se fuisse venditurum. Respondet Giph. id facile per Judicem æstimabitur, considerata & personæ, & temporis, & rei qualitate, ut si creditor sit pupillus. Hic certe etiam si vellet, alienare non posset, sine decreto. Imo si habeat, unde se sustentet, & creditoribus satisfaciatur, ne ex decreto quidem permittitur alienatio rerum pupillarium, *l. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutore.* Quid si tempora sint, aut pestilentia, aut belli, quibus non facile reperiatur emptor? Quid si res sit ea, quam nemo facile emere velit, ut si fundus sit pestilens, servus nequam? Hac distinctione Giph. leges omnes, quæ de hac re loquuntur, & quas nos mox afferemus, concordat. Verum nos ab eo recedendum putamus.

Et plane res satis difficilis est: nec levis momenti controversia antiquis ipsis Jurisconsultis visa est, qui etiam sibi invicem adversari videntur in *l. illud quoque, ff. de petitione hered. l. si plures, §. ult. ff. de leg. 1. quod te, ff. de reb. credit. l. item si verberatum, §. ult. ff. de rei vindicat.* Verum nos, aliorum opinamentis insuper habitis, & tribus casibus distinctis, omnes ad concordiam reducemus.

Primus est in prædione. In hoc ex sententia Proculi semper locum habet, ut ipse de interitu rei etiam naturali teneretur, post moram, quæ

quæ tamen mora incipit ab illa ipsa die, in qua furtum commissum est : idque approbat Paulus in *l. illud quoque*. Porro in prædione moram intelligi [a die furti commissi, & monuimus supra, & patet ex *l. in re furtiva*, §. 1. ff. de conditione furtiva. Ratio hujus rei cuivis obvia est.

Secundus est in bonæ fidei possessore. Qua in re a Cassio statutum est, ut in eo nulla ex rei interitu obligatio nascatur. Ut puta. Equum tuum in hereditate inventum bona fide, tanquam meum, possideo: ante legitimum usucapionis triennium lis a te mihi contestatur, & in mora constituor: sed pendente judicio equus moritur; non per hoc equi æstimationem præstabo. Quod & Paulo placuit in *l. illud quoque*, ea ratione, quia injustum est, talem possessorem aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum Jus suum relinquere.

Verum hæc inter Proculum & Cassium conciliatio introducta fuit a Paulo ipso in *d. illud*. Quod ut plenius perspicui queat, oratione D. Hadriani statutum est, si quis hereditatis possessor conventus sit, ut eam vero heredi restituat, & inter ipsos lis orta & contestata sit; statutum, inquam, est, ut post acceptum judicium, seu condemnationem rei sequutam, id actori, pariterque victori præstetur, quod habiturus fuisset, si eo tempore, quo petiit, restituta fuisset hereditas.

Verum Paulus ibidem ait, hoc interdum durum esse, maxime si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint. Petit igitur Paulus, num hoc etiam casu reus conventus teneatur? Et respondet quidem teneri; tum quia ita omnino verba orationis jubent; tum etiam ratione, quia potuit petitor, restituta hereditate, ea distraxisse.

Verum quia hoc, ut dixit, in aliquibus casibus durum videri poterat, inquit Paulus, quid de hac tota controversia priores Jurisconsulti censuerint. Et ait, hoc ab illis quæsitum esse in specialibus petitionibus, hoc est cum de rebus singulis restituendis agitur. Nihil autem obstat, quin quæ illi dixerint, accommodentur etiam petitioni hereditatis, quæ petitio universalis est. Pergit ergo Paulus, notatque in ea difficultate sibi invicem adversari Proculum & Celsum, quorum ille etiam quæ perierint morte sua post litem contestatam, restitui debere dicebat, hic vero contra. Quare ita Jurisconsultus eos concordat, ut Proculus recte sentiat in prædione: Celsus in bonæ fidei possessore. Hac ergo ipse etiam usus distinctione respondet in quæstione de petitione hereditatis, interpretando eo modo orationem D. Hadriani. Hæc omnia habentur in *d. lege*, ubi illud mirari occurrit, quod Paulus nihil ibi statuere videtur de eo, qui malæ fidei possessor sit. Sed vero res secus se habet, ut jam patebit.

Tertius igitur casus est in possessore malæ fidei. Et nobis videtur distinguendum, cum teneri, si petitor rem fuisset distracturus. Non te-

teneri, si non fuisset; nam aliter dicere durum erit. Et ita sane intelligendus est Paulus modo citatus, cum ait verba orationis D. Hadriani, & rationem suadere, reum teneri ad omnia restituenda, si petitor erat distrahturus; hoc est, ut intelligamus, hoc ita demum verum esse, si conveniatur malæ fidei possessor; nam deinde subjicit de possessore bonæ fidei, quem ait nunquam teneri: & de prædone, quem semper obligari affirmat. Giphanius ergo in hoc fallitur, quod hanc distinctionem in omni casu locum habere voluerit, cum tamen in uno procedat, hoc est in eo, quo quis bonæ fidei possessor est.

Obstare tamen videtur Ulpianus in *litem si verberatum*, §. ult. ff. de rei vind. ubi generatim loquitur, aitque, si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo, & culpa possessoris, ita distinguendum esse, ut succurri debeat petitori, si erat distrahturus: secus non. Verum responsio in promptu est, nimirum Ulpianum, licet generatim loquatur, esse tamen distinguendum ex Paulo in *d. l. illud*; neque enim novum est in Jure nostro unam legem per aliam explicari, distingui, restringi, vel produci. Itaque dicendum est Ulp. capiendum etiam esse de possessore malæ fidei, non item de aliis, in quibus, ut visum est, nulla distinctio locum habet. Ita quoque accipiemus Ulp. ipsum in *l. cum res legata*, §. ult. ff. de leg. 1. ubi ait: Item si fundus chasmate perit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenierit. Potuit enim acceptum legatarius vendere. Et recte sane, nam heres fundi ex legato debitor, malæ fidei possessori comparatur, cum certo sciat fundum alteri deberi; itaque hic etiam jam tradita distinctione utendum erat.

Hinc etiam intelligitur, quomodo accipiendi sint Sabinus, & Cassius, qui referente Cajo in *l. si plures*, §. ult. ff. de depositi, docuerunt, depositarium, qui malæ fidei possessor est, de interitu etiam post litem contestatam, hoc est post moram, non teneri. Hoc videlicet ita demum verum esse, si petitor non erat distrahturus, quia æquum est, inquit, naturalem interitum ad actorem pertinere.

Intelligitur etiam Jurisconsultus in *l. quod te*, ff. si certum petatur, ubi primum Pomponius affert ea verba Sabinii: Quod te mihi dare oporteat, si postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat, hoc est rei, quæ dari debet, interitus, ad debitorem spectat, si is interitus accidat postea, quam per debitorem factum sit, quo minus daret. Deinde adjungit Pomponius, quid sit, & quando dicatur per debitorem factum esse: & ait, per debitorem stare, aut factum dici, non solum si per eum factum fuerit, ut res non esset in ejus potestate, sed etiam si licet in potestate sit, tamen non dederit, cum deberet dare, puta cum esset interpellatus. Indicat igitur Pomp. duos modos, quibus stat per aliquem, sive factum esse dicitur, quo minus rem daret, nempe moram, & rei interitum,

si-

sive absentiam. Quod etiam habetur in *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig.*

Utrum dandi, faciendive difficultate reus evadat Moram.

Non unus hic casus discutiendus est. Prior est in debitore quantitatatis, ut si qui centum solvere promisit, pecuniam, quam corroget, non inveniat. Et tres hac in re sunt Interpretum opiniones. Prima est Bart. aliorumque in *l. quod te, ff. si certum petatur*, quam sequitur Honoratus Leotardus *de usur. q. 84. a num. 31.* & est ex hac causa non excusari debitorem, quo minus moram fecisse intelligatur.

Et maximopere moventur ex Venulejo in *l. continuus, §. illud, ff. de verb. oblig.* ubi ait ex stipulatione centum dari, confestim agi posse, etiamsi promissor ea centum neque domi ipse habeat, neque creditorem reperiat, unde mutuo sumat. Et hoc ideo, quia pura stipulatio est. Et subdit propter inopiam non inesse tempus, licet tempus insit propter impossibilitatem loci, & operis, ut si promittam dare Ephesi, vel insulam fieri, de quibus egerat in prioribus *ff.* Cum ergo non obstante inopia possit promissor conveniri, consequens est si conveniatur, neque solvit, illum moram facere, eoque teneri ad id quod interest. Quod confirmatur ex eo, quod Jurisconsultus concludit in hæc verba: Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinere. Et plane nisi mora contraheretur, incommodum esset ipsius stipulatoris, quod negat Venulejus. Quamvis ergo in *§. illud* non tam sermo de mora, quam de ipsa obligatione sit, ut Forcatulus, & alii passim notant; inficiari tamen non potest inde pro mora apertam conjecturam defumi.

Uterius addunt, qui ære alieno solvendo imper est, vinculis publicis detinetur, *l. 1. C. qui bonis cedere possunt*. Verum nemo in vincula conjicitur, nisi moram committat, argumento ex *l. 3. §. qui pecuniam (P. Fl.) ff. de suspectis tutoribus*, ubi tutor, qui pupillarem pecuniam deponere pervicaciter resistat, quoad emtionis occasio inveniatur, vinculis publicis jubetur contineri. Quare difficultas solvendi a mora non excusat.

Verum si hæc paulo attentius considerentur, nihil concludunt. Atque ut ab ultimis initium faciam, vincula & carcerem duplici ex causa inventa esse constat. I. diligentioris custodiæ causa, ut dicitur in *l. si quis filios. §. ejus, qui ff. de injusto rupto. l. 1.* in pœnam, ut in *d. l. 3. §. qui pecuniam*: falsum enim est, tutorem in vincula conjici ex mora, ut credunt, sed in pœnam pervicaciæ, ut ibi patet. Cum ergo debitor, qui solvendo non est, in carcerem detruditur, non hoc fit, nisi gratia custodiæ,

flodiæ, ne scilicet fugam arripiendo, vel se Jure asyli tuendo, frustreretur creditores suos. Ita quoque in pœnam sunt perpetui carceres, contra quos summopere invehitur Hugo Grotius *apolog. c. 17. & 19.* quod ad eos olim majestatis reus fuit damnatus, quem uxor callido commento cistæ inclusum e carcere eduxit. Verum hac pœna usus est Tiberius, qui partem majorem plebis Poledinæ, ac decurionum in perpetua vincula conjecit, Suet. *in vita c. 37.* quæ pœna sublata deinde a D. Hadriano *l. mandatis, ff. de pœnis*, & solum retenta in servis a Tito, *l. incredibile, & l. servus, C. deod.* Hodie tamen de Jure Canonico revocata est, ideo scilicet, quod Judex Ecclesiasticus non damnat ad mortem, cujus vice damnabit ad perpetuos carceres, *cap. quamvis, de pœnis, lib. 6.* & de jure Regni nostri, *Constitut. bi qui per inquisitionem*, Capyc. *Latro dec. 177. num. 14. cum seq.* sicuti apud alias quoque nationes usu hæc pœna recepta est, Joann. Vestegenus in *disert. de misto, & mero imperio, num. 15.* Sed hæc ut occasione deserviamus, dicta sunt. Itaque non ex eo, quod debitor obærat in carcerem conjicitur, licet inferre eum in mora esse; sed potius suspectum esse de fuga.

Cum vero dicunt ex *cit. §. illud*, causam difficultatis ad incommodum promissoris pertinere debere, non creditoris, communis responsio est, in ea lege sermonem haberi non de mora, sed de ipsa obligatione, cum dicatur, non obstante difficultate solvendi, statim teneri. Sed in stat. Leotardus, quod si statim tenetur, ergo cum non solvit, licetolvere nequeat, moram contrahit. Verum non advertit se, quod ajunt, petere principium; hoc enim in controversia est, utrum qui debet jam, & nihilominus ob impotentiam non solvit, constituatur in mora, an secus. Fatemur quidem statim debere, qui solvendo non est: negamus non solvendo esse in mora, quia eum impotentia excusat. Quare cum dicitur causam difficultatis ad incommodum promissoris pertinere, intelligitur, quod ipse undique, omni diligentia pecuniam conquerere debet; vel si non potest, in vincula conjiciatur. Eodem modo de ipsa obligatione intelligitur Imp. in *l. incendium, C. si certum petatur*, ubi incendium ab ære alieno non exiit debitorem; hoc est qui casu fortuito fit non solvendo, adhuc obligatus manet, itaut casus majores debitori accidant, non creditori.

Subest jam contraria opinio, nimirum, moram non esse, quoties debitor ob impotentiamolvere non potest. Quod, ut alios omittam, tuetur Fachin. 2. *contr. 91.* & placuisse nostro Senatui, constat ex Minadoo *dec. 17.*

Quod primum ratione manifestum fit. Et probatur l. Jure ex Pomponio in *l. datio, §. si per venditorem, ff. de actionib. emti*, ubi diserete hoc docet; loquitur enim de venditore vini, hoc est de debitore generis, & ait cum non tradendo, constitui in mora, non quidem semper, sed si nulla difficultas tradendi sit. Hæc sunt ipsius verba. Mora autem vide-

tur esse , si nulla difficultas venditorem impediatur .

II. Probatur ratione . Mora culpa & delictum est, unde Pap. dicebat eam impunitam esse non oportere , *l. 3. §. fin. ff. de usur.* cujus delicti poena aliquando sunt usurae ; nam usurae non propter lucrum petentium , sed propter moram non solventium infliguntur , ut ait Paulus in *l. cum quidam , §. quod enim , ff. eod.* Quare ubi culpa & delictum abest , neque mora erit , neque usurae ullae debentur . Et ita prorsus est in eo , qui solvendo non est : nulla enim culpa ei imputari potest ; cum culpa & delictum considerentur solum cum quis voluntarie agit , non etiam cum necessitate & inopia coactus . Non ergo adest mora . Quod plane clarius patet ex ipso Paulo in mox *cit. §.* dicit enim Jurisconsultus moram non videri factam ab eo , qui non habet , cui solvat , puta si creditor absens sit , vel si ipse debitor ex justa causa impeditus fuerit . Cujus dicti hanc rationem reddit . Quid enim potest imputari ei , qui solvere etiam si vellet , non potuit ? Atque ita est in debitore obarato , qui creditorem instantem dimittere vellet , sed licet velit , ob inopiam non potest . Ideo in mora non est , eoque nec in culpa : quare nec usuras debet ; cum haec tria, mora, culpa, usurae sibi invicem connexa sint . Hinc est , quod paupertas excuset etiam a dolo , ideo scilicet , quia dolus voluntarius est , & paupertati necessitas juncta est . Ex. gr. fidejussor in majorem summam damnatus , quam debiti ratio exigebat , si sciens volens non provocat , in dolo dicitur versari , & doli mali exceptione repellitur , cum actione mandati adversus reum experitur : quod si sciens , sed non potens , hoc est , ob inopiam non provocavit , excusata est ipsius inopia , nec dolum fecisse dicitur . Ita Jurisconsultus in *l. si procuratorem , §. igitur , ff. mandati.*

Ceterum etiam si debitor obaratus , cum tempore suo non solvit , in culpa non sit , fieri tamen potest , ut sua culpa vel etiam dolo ad eam inopiam devenerit , veluti in ganeis , lustris , vel alio modo perdendo . Quare peti potest , utrum hoc saltem casu , ex hac culpa vel dolo , cum tempore statuto deinde non solvit , moram contrahat ? Et respondet Joseph Gibalinus *de usur. lib. 2. c. 6. art. 1. num. 3.* debitorem peccasse quidem , cum sua culpa impotentem se reddidit , non peccare tamen jam impotentem factum non solvendo ; eoque neque hoc casu de mora teneri : quare passim docent Theologi eum qui sua intemperantia in morbum incidit , peccasse ; non tamen deinde , vigente morbo , peccare , si Jejunii legem non servat . Unde non solum iste in foro civili de mora non tenetur , sed neque in foro Dei , etsi ab ipsa principali obligatione solvendi non eximatur , ut idem docet . Verum haec nihil nos movent , cum locum habeant , quando nullius praedictum versatur . Secus vero est in casu nostro , ubi injustum omnino esset , si culpa debitoris re amissa creditor Jure suo fraudari deberet . Unde hic ea regula Juris procedit , quae ait , si quis fecit quo minus posset , aequè atque si

si posset , teneri , *l. si ex legati , l. si servum , ff. de verb. oblig. l. si ergo , §. si leres , ff. de leg. 1.* Vide Giball. *loc. cit. num. 3.*

Distinctio vero Forcatuli hic *p. 3. num. 3.* rejicienda omnino est . Distinguit ipse inter moram interpellatione vel lege contractam , & inter moram commissam per diem certam præstitutam: in illa debitorem ob impotentiam excusari ait , secus in ista . Eo argumento , quod in mora per diem certam contracta potest , & debet reus præcavere , & pecuniam parare : quod non potest in mora per interpellationem , vel ex lege . Ita plane Ulp. in *l. sed & si , §. si feria , ff. ex quibus causis majores ex antiquis Jurisconsultis docet*, quod si feriæ extra ordinem sint indictæ , & minores 25. annis hinc impediti , Jus suum non proposuerint , debent in integrum restitui : solemnium vero feriarum rationem haberi non debere ait : quia prospicere eas potuerit , & debuerit actor , ne in eas incidere . Sed hæc nihil ad rem : & rursus dicimus , hanc distinctionem rejiciendam esse ; nam lex post interpellationem nullam amplius dilationem debitori concedit , sed eum , nisi solvat , statim in mora constitutum intelligit , non secus ac est , cum dies præstituta venit . Quare hac quidem in re omnis mora quocumque modo contracta , ejusdem naturæ est . Unde fit , quod si in mora per interpellationem producta , debitor cum solvendo non est , excusatur ab effectibus moræ , ut ipse Forcatulus dicit , debet etiam ab iisdem excusari , cum mora contrahitur ex diei lapsu , quod male ipse idem negavit .

Mirum sane est viros doctos tantopere in hujus questionis dissolutione decipi , cum alii varios casus distinguendo , multos prætereunt , & quidem præcipuos : alii vero ita aliquos casus proponunt & discutunt , ut quod universale erat , nonnisi particulariter determinasse videantur . Nos itaque rem omnem a capite ordimur . Sed illud præmitteremus ex *l. continuus , §. illud , ff. de verb. oblig.* duplicem esse difficultatem , seu impossibilitatem , aliam rei , aliam personæ . Exemplis res clara fiet . Qui promittit 100. dare , is nihil promittit , quod natura sit impossibile : sed fieri potest , ut ipsi sit impossibile , vel difficile ea præstare . Et hæc est difficultas , aut facultas personæ . Sed qui promittit dare Stichum , qui mortuus est , is naturaliter a nemine præstari potest . Et hæc est naturalis , & rei ipsius difficultas , ut recte in *d. §. tradit* Hugo Giphanius . His ita positis , dicimus undecumque difficultas proveniat , semper debitorem a mora excusari . Sed ut hoc clarissime pateat , distinguamus duos casus . Prior , si obligatio sit faciendi . Secundus si obligatio sit dandi : & in hac vel quis promissit genus , ut 100. servum : vel promissit speciem . Verum nomine speciei etiam genus illud intelligo , quod speciei naturam induit ; nempe si addatur restrictio , ut , nummi , qui sunt in arca , frumentum , quod est in illo horreo , vinum , quod est in illa apotheca , *l. in ratione , §. rursus , ff. ad l. Falc. l. cum res , §. sed si id petatur , ff. de leg. 1.*

Primo itaque si obligatio sit dandi genus, puta 100. & quia genus semper extat, ideo hic vix est, ut difficultas seu impossibilitas rei considerari possit: sed tantum personæ difficultas versatur. Quæritur ergo utrum hæc difficultas personæ excuset a mora? Et non excusare respondent Bart. alique in *l. quod te*, ff. si certum petatur, ut etiam visum est Honorato Leotardo de *usur. q. 84. a num. 31*.

Moventur potissimum ex Venulejo in *d. l. continuus*, §. illud, cujus sententia supra exposita est.

Secundo, si obligatio sit dandi speciem. Et eo casu distinguendum est inter difficultatem personæ, & difficultatem rei, hoc est, si res non sit in potestate debitoris, ut si res sit exempta commercio, vel servus sit in fuga, captus ab hoste, vel mortuus, *l. si ex legari*, *l. si servum*, ff. de verb. oblig. *l. si in Asia*, §. ult. ff. de posui, *l. si fundus*, §. in vindicatione, ff. de pignoris.

Si itaque rei difficultas est, tam est verum ut ad moram debitorem non obliget, ut etiam omnino ab obligatione eximatur, hoc est, neque rem, neque ejus æstimationem solvere cogitur: idque tam si debeat ex stipulatione, quam ex causa legati, *d. l. si ex legatis*; immo ex quocumque contractu: nam perfecta venditione, si res penes venditorem existens pereat, venditor liberatur, §. cum autem pretium, de emt. & vendit. Ex omni igitur contractu, vel causa debitor rei certæ non tenetur ad eam præstandam, si per eum non sit, quo minus præstari possit, *d. l. quod te*, ff. de reb. creditis. Ratio est, quia nemo tenetur ad impossibile, sive ab initio tale sit, *l. impossibile*, ff. de reg. juris, sive ex post facto id fiat impossibile; nam in contractu, ut in stipulatione, duo tempora spectantur, obligationis initæ, & præstationis faciendæ, *l. in executione*, ff. de verb. oblig. Et si igitur hoc casu stipulatio, sive contractus constituit, & valuit ab initio, ex post facto tamen evanescit, quia incidit in eum casum, a quo incipere non potest, *l. plurib. §. etsi*, ff. eod. Neque obstat, re peremta, posse æstimationem præstari; nam non promissa est æstimatio, sed res, ut eleganter ait Paulus in *l. venditori*, ff. de heredit. vendita: rem, inquit ibi, debebam, non actionem: ita & hic promissor rem debebat, non æstimationem. Quare ut dicebam, si his casibus debitor speciei omnino ab obligatione dandi eximitur, multo magis a crimine moræ liber censendus erit.

Hoc autem procedit, modo res non absit, seu præstari nequeat culpa ipsius debitoris; nam rem tradere, vel ejus pretium justum teneretur. Hæc culpa vel est in faciendo, veluti si servum debitum debitor occidit, vel manumisit: vel in non faciendo, e. g. si servo promisso ægro tante, medicum non adhibeat, & patiatu mori. In legato heres de utraque culpa tenetur, *l. cum res 47. §. pen. ff. de leg. 1*. In stipulatione vero promissor tantum de culpa in faciendo tenetur, non vero de culpa in non faciendo, id est de negligentia; & ratio est, quia qui dari pro-

promisit, ad dandum, non ad faciendum tenetur, ut resolvit Paulus in *l. si servum, ff. de verb. oblig.* ubi Giph. Cum ergo debitor tenetur rei, quæ sua culpa abest, pretium præstare, & tempore debito non præstat, dubium est, utrum de mora teneatur. Et respondeo hunc amplius non esse debitorem speciei, sed generis, hoc est quantitatis, & pretii, itaut facta novatio censeatur, non quidem voluntaria, sed jure cogente, ut ea novatio est, quæ fit per litis contestationem, *l. aliam, ff. de novationibus*. Si itaque habet unde solvit, & tamen solutionem remoratur, est in mora: sed si adfit difficultas personæ, hoc est inopia, non tenetur, juxta jam tradita.

Ceterum si in obligatione dandi speciem difficultas sit personæ, utrum mora committitur? Exemplum esto. Teneor tibi ex causa legati, vel stipulationis, dare Stichum servum Titii: Titius paratus est mihi vendere justo pretio: sed pecunia mihi unde emam, non sufficit; coque non emo, neque do. Atque ex dictis facile hujus quæstionis decisio colligi potest; cum enim hic debitor in culpa non sit, moram, quæ semper culpam comitem habet, non contrahit. Idem prorsus est, si Titius servum vendere nolit, itaut heres ad Stichi æstimationem Legatario solvendam teneatur, juxta *l. cum res, §. sed & si, ff. de leg. 1.* hoc est, si æstimationem non solvo, quia pecunia destitutor, moram fecisse non dicor.

III. Tandem si obligatio faciendi sit, Forcatulus *loc. cit. num. 1.* post Bart. ait, difficultatem a mora excusare. Et exempla tam in difficultate rei vel personæ, habentur in *l. fin. §. pen. ff. ad l. Rhod.* ubi nauta, qui certam pœnam præstare promisit, nisi intra constitutum diem merces exposuisset certo loco, pœna remissa intelligitur, si per nautam non neterit, quo minus id faceret, veluti impeditus tempestate, quæ est difficultas rei, vel morbo, quæ est difficultas personæ: ita quoque si navis vitium fecerit, quod etiam ad rei difficultatem pertinet. Itaque hic pœna promissa ob moram, non committitur, si mora absque culpa, vel dolo promissoris accidat. Quod in aliis etiam rebus locum habet; nam qui iudicio se sisti promisit, & valetudine vel tempestate prohibitus non affuit, exceptione adjuvatur, *l. 2. §. si quis iudicio, ff. si quis cautionibus*: & qui jura ecclesiæ jurejurando se defensurum promisit, si difficultate impeditus non faciat, perjurus non est, *cap. brevi, de jurejurando*.

Sunt tamen hac in re aliquot exceptiones. I. si ipse debitor hoc affectavit, vel causam præstitit; nam dolus, in quo versari videtur, ei maxime oberit, *d. l. 2. §. fin. ff. cit. tit.* ubi Acc. illud, Affectavit, exponit, desideravit; notatque aliquid prodesse, quod desideratum non prodest. Sed fallitur; nam hic affectare est quod non est, affectu facere tanquam esset: veluti, levi tempestate oborta, poteram navigare, sed quia in hoc invitus, & malo animo feror, ideo affectu eam mihi tanquam magnam tempestatem fingo, & non navigo; & contra, qui propter infirmitatem debebat abstinere a conducendis equis, tamen hoc

ni-

nimum cupiens, ducit, affectare dicitur in *Idem Juris*, §. *malionem*, ff. ad *l. Aquilian*. II. si difficultas alia via effugi possit, nempe itinere pedestri commode vitando procellas maris, *d. l. 2. §. pen.* nam difficultas non liberat ab obligatione implendi per æquipollens, *lin. testamento. ff. de conditionib. & demonstrationib.* ubi qui fidejussorem, quem promissit, non invenit, alium æque idoneum præstare tenetur. III. si quis difficilem sibi rem certo sciens, adhuc promittat, qui in dolo videtur esse. Exemplum est in focero, qui licet conventus pro dote, quam promissit, solvenda, in solidum non tenetur, sed in quantum facere potest; tamen si ipse, ut spe futuræ dotis generum inducat ad matrimonium contrahendum, sciens volens se præstare dotem non posse, tamen eam promittat, genera insidias fecisse dicitur, & difficultate non excusatur, *l. pen. ff. de jure dotium*.

De Mora Creditoris.

Varii hujus moræ effectus sunt. Primus est, ut periculum rei debitoris amissæ, quæ tamen jam antea fuerat oblata creditori, cedat ipsius damno creditoris, qui in mora. Illud tamen in controversiam venit, de quo tandem in isto casu debitor teneatur. Et duo certa sunt; primum quidem semper teneri de dolo malo, itaut si servus debitus, post factam oblationem, pereat ex eo, quod debitor dolo necavit, pretium ipsius creditori reddere obligetur, etsi hic in mora fuerit. Deinde eundem debitorem nunquam teneri de casu sortuito, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* Illud ergo in dubium venit, utrum debitor hic obstringatur, si culpa sua res debita, post creditoris moram, pereat. Hic varie certant Interpretes. Alii enim statuunt eum de culpa teneri, nixi in responsio Marcelli in *l. qui decem, in princ. ff. de solutionib.* Alii contra, ex Pomponio in *l. si mora, ff. sol. matrim.* Siquidem hi duo Jurisconsulti hac in re sibi invicem adversari videntur. Hinc est, quod nonnulli, ut hos nexus eluderent, distinctionem commenti sunt, ut nimirum Marcellus loquatur de debitore quantitatis, quem de culpa teneri volunt, ut etiam debitorem generis. Pomponius vero de eo, qui speciei debitor est, & hunc ob culpam conveniri non posse. Ita Bart. in *d. l. si mora n. 8.* quem frequenter sequuntur DD. & præcipue Barbosa *par. 2. num. 12.* Id ipsum arrisit Donello hoc *tract. p. 126.* Sed hoc latius explicandum est.

Primus itaque casus est in debitore speciei. Utpote mulier moram fecit in recipiendo fundo dotali, quem maritus, soluto matrimonio, ei obtulit. Ex eo tempore non tenetur pro rebus dotalibus uxoris de culpa; itaut quamvis secundum naturam contractus, maritus teneatur in rebus dotalibus de dolo malo, lata culpa, & levi, *l. si ut certo, §. nunc videndum, ff. commodati*; tamen ob eam moram mulieris, liberatur ab utra-

utraq[ue] culpa, & solum de dolo obligatur. Ita aperte Pomponius in *d.l. si mora*. Hoc idem constat ex *l. si per emptorem, ff. de periculo, & comm. rei vendita*, ubi venditio vini facta fuit ad mensuram, si per emptorem steterit, quin mensuretur, dicitur ipse in mora, & venditor non tenetur, nisi de dolo. Quod pluribus explicare operæ pretium est. Venditio ad mensuram pro conditionali habetur, cum subaudiatur, si id admensum est: eoque interim, antequam admensuretur, periculum pertinet ad venditorem, qui interim rei dominus est, *l. quod saepe, §. in iis, ff. de contr. empt.* Hæc igitur conditio pro impleta habetur, si per emptorem factum fuerit, quo minus impleatur, juxta regulam *l. Labeo scribit, ff. de contrab. empt. l. Jure civili, ff. de condit. & demonstrationib.* Et per hoc venditio jam pro pura haberi incipiet: & merito periculum interitus ad emptorem, qui est in mora, incipiet pertinere, juxta regulam *l. i. C. de periculo & commodo rei vendita*. Nec venditor tenebitur, nisi de dolo, qui semper præstatur.

Verum DD. hanc dispositionem extendunt, quod licet Jurisconsultus in *d. l. si mora*, dicat maritum dumtaxat de dolo teneri: tamen supplendum esse, ut etiam de culpa lata teneatur; nam licet culpa lata ex se dolus non sit, cum non procedat ex calliditate, sed ex negligentia, & desidia; tamen, in quantum ad Jus attinet, eodem modo puniatur, ac verus dolus, cui dicitur æquiparari, *l. i. §. fin. ff. si mensor falsum modum*. Itaque etsi Jurisconsultus loquatur tantum de dolo, intelligendus est etiam de culpa lata. Unde Castr. *ibid. num. 3.* collegit, particulam, Dumtaxat, non excludere casus similes, ut etiam tradit Gl. in *l. ob as, C. de prædiis minorum*, & alii apud Petr. Barbosa *loc. cit. num. 25.*

Alter casus est in debitore quantitatis, cum qui decem debet, ea numeravit, & creditori obtulit, sed creditor sine justa causa accipere recusavit, & pecunia pereat; interitus creditoris damno cedit, qui est in mora; si tamen ea pecunia amissa fuerit sine culpa debitoris, Marcellus *d. l. qui decem*. Unde aperte colligitur, oblationem debitoris in quantitate liberare cum tantum a casu fortuito, non etiam ab ulla culpa. Hujus rei hanc rationem affert Barbosa *d. num. 12.* quod debitor quantitatis nihil certum debet, & consideratur, tanquam debitor generis, quod cum quid intellectuale sit, nunquam perit: tamen, cum debitor certam pecuniam offert creditori, inde incipit pecunia considerari, tanquam species. Hinc est, quod qui quantitatem, vel genus debet, tenetur etiam si species pereat casu fortuito, cum non per hoc dicatur perire quantitas, seu genus, quod debetur, ut intelligitur textus in *l. incendiū, C. si certum petatur*. Verum cum debitor quantitatem debitam in certa pecunia offert, jam facta quasi novatione, dicitur debitor speciei: eoque si ea pecunia casu fortuito pereat, jam debitor liberatur. Hinc etiam fit, teneri e contrario debitorem de interitu rei, si culpa ip-

fius

sius accidat : eo quod satis mora nocet creditori , si debitor liberetur a casu majori .

Hæc tamen Barbosa ratio falsa est ; nam debitor quantitatis , etiam post oblationem factam , dicitur generis debitor , ut recte in *d.l. qui decem* , notat Acc. Et plane , ut quis dicatur debitor speciei , opus est ut pecuniam debitam in sacculo signato apud ædem deponat ; eo enim casu debitor ipso Jure ab actione liberatur , *l. 1. §. si pecunia , in fine , ff. de possi* . Et hoc probat Barbosa idem sibi contrarius , *num. 17.* ea ratione , quod quantitas non censetur esse in obligatione , antequam per solutionem certificetur , *l. cum incertus , ff. de leg. 1.* sola autem , & simplex oblatio vim solutionis non habet , *l. acceptum , C. de usuris* . Et patet evidentissime ex eodem Marcello ibidem , ubi dicit , debitorem , pecunia sine ipsius culpa pereunte , adversus creditorem doli mali exceptione posse se tueri . Unde inferitur debitorem quantitatis semper teneri , etiam de casu fortuito , si res pereat : sed solum ex æquitate Prætoris posse creditorem agentem exceptione repellere . Quod etiam indicant ipsa Jurisconsulti verba , cum rationem tradens , dicit : Etenim non est æquum teneri pecunia amissa , qua non teneretur , si creditor accipere voluisset . Ubi per verbum , *Æquum* , apparet aliud esse de rigore Juris . Quocirca dicendum est , per oblationem quantitatis non haberi pro debitore speciei , sed adhuc generis debitorem esse : alias ipso Jure liberatus censeretur .

Hæc est in hac quæstione communis distinctio ; quam tamen confundit ipse Marcellus ibidem , ubi mox eodem modo discurret in debitore quantitatis , ac in eo , qui speciem debet ; ait enim , quod si servus (qui est species) erat in dote , cumque obtulerit maritus soluto matrimonio , & is servus decesserit : aut nummos obtulerit (qui sunt quantitas) eosque non accipiente muliere perdidit , ipso Jure definit teneri ; si scilicet , ut paulo ante dixerat , maritus culpam non admiserit . Quare aperte constat , Marcellum putare , tam debitorem speciei , quam quantitatis , teneri & post moram de culpa , licet de casu fortuito non teneatur , & proinde repugnat Pomponio , qui speciei debitorem excusat a culpa . Verum ex his Marcelli verbis nonnullæ difficultates oriuntur . Et prior difficultas est de servo ; nam ipso pereunte etiam ante oblationem , certum est maritum ipso Jure liberari , *d.l. si ex legari , ff. de verb. oblig.* eoque hoc casu mora creditoris in recipiendo , nihil ei obesset , nihilque prodesset debitori . Altera difficultas est in nummis : cum supra dixerit , debitorem exceptione teneri , hic addat , ipso Jure liberari .

Secundus effectus est , ut per moram creditoris , debitor liberetur ab operis . Exemplum esto in marito , qui licet etiam soluto matrimonio teneatur fundum dotalem colere , ita ut alias obligetur ei restituere non solum fundum , sed & fructus , quos colligere potuisset , si fundo dotali culturam adhibuisset , *l. videamus , in princ. ff. de usur.* ubi Gloss.

ver-

verbo, *ratio*; tamen si maritus offerendo fundum, constituit uxorem in mora recipiendi dotem, ab eo tempore potest fundi cultum negligere, & nihil eo nomine tenebitur restituere uxori, ut in *d.l. si mora* decisum est, ea ratione, quod non est cogendus maritus perpetuo fundum colere, itaut hæc obligatio procedat a facto mulieris, quæ noluit fundum oblatum recipere.

Verum tamen est, quod si maritus post moram uxoris, sponte fundum colat, & ex eo fructus percipiat, tenebitur eos uxori restituere, *d.l. si mora*. Sed in hoc dubium movere videtur Ulp. in *l. mulier quæ, §. si bores, ff. ad Trebell.* ubi heres rogatus pure restituere hereditatem, fructus perceptos ob negligentiam fideicommissarii non petentis, suos facit, neque tenetur illos restituere fideicommissario, neque in quartam Trebellianicam imputare. Quare idem videtur dicendum in marito, ut fructus perceptos ob moram uxoris, quæ recipere dotem noluit, suos faciat, neque teneatur uxori restituere.

Varie sunt nostrorum Interpretum responsiones. Franciscus Duarenus in *d.l. si mora, ad finem*, hanc disparitatis rationem profert, quod soluto matrimonio, statim & ipso Jure mulier rerum dotalium domina intelligitur, adeo ut eas vindicare possit, *l. in reb. C. de Jure dotium*; quare merito maritus fructus perceptos ex re aliena scienter, tenetur domino, idest, uxori, restituere. Aliud est in fideicommissario universalis, in quo non transit dominium ipso Jure in fideicommissarium, antequam ei restituatur hereditas re, vel verbo, Ulp. in *l. restituta, in princ. ff. ad Trebell.* & ideo heres fructus perceptos ex re sua, merito suos facit. Atque ita ante Duarenum docuit Jacobus de Arena in *d.l. si mora*. Ceterum hæc responsio merito rejecta fuit a Barbosa ibidem *num. 4.* eo quod transitus iste domini dotis a viro in mulierem dependet a Justiniano, qui condidit *d. l. in rebus*; ante vero ipsum tempore Ulp. secus erat, & rei dotalis dominium durabat penes virum usque ad restitutionem dotis, ut patet ex Paulo in *l. 1. ff. de fundo dotali*, & ex Imperatore Alexandro in *l. et si dotis, C. de Jure dotium*.

Itaque alio confugit Bartolus, & ait, rationem differentie esse, quod uxori debetur res, quæ aliquando fuit sua, & fideicommissario res, quæ sua nunquam fuit; hinc maritus fructus restituit, heres sibi retinet. Nititur hæc responsio in *l. videamus, §. si actionem, ff. de usur.* ubi Paulus ita habet: Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit; excipit tamen Jurisconsultus si acceptum est judicium, nimirum si lis contestata est. Verum id displicuit Barbosa in *d. l. p. 2. n. 99.* ex *l. venditor ex hereditate, vers. quemadmodum, ff. de hered. vend.* ubi venditor fructus perceptos ex re vendita, tenetur emptori restituere, quamvis ea res nunquam fuerit emptoris, per textum in *l. si ager, ff. de reivind.* Ergo differentia per Bartolum assignata non subsistit.

S

Qua-

Quare Barbosa ita ait, textum in *l. mulier quæ*, §. *si heres*, loqui in herede, qui ante factam restitutionem fideicommissi universalis, dominus est, & ratione domini fructus suos faciet: maritus autem, licet dominus dotis dicatur, tamen non ratione domini facit fructus suos, sed quatenus onera matrimonii fert. Cum igitur soluto matrimonio, maritus onera matrimonii non sustineat, etiam post moram mulieris, fructus suos non faciet, sed tanquam perceptos ex re aliena, eos uxori restituet. Sed huic responsioni obstat Paulus in *d. vers. quemadmodum*, ubi venditor qui poterat negligere culturam fundi, si tamen non coluit, teneatur fructus restituere emptori, etiam si in nulla sit mora constitutus, ut colligitur ex generalibus Jurisconsulti verbis; & tamen ibi venditor, cum adhuc traditio emptori facta non esset, rei dominus erat; quare falsum est, quod dicebat Barbosa, heredem fideicommissio gravatum ideo fructus sibi querere, quod hereditatis dominus sit. Dicit tamen Paulus restituere ratione bonæ fidei.

De æstimatione rei debitæ.

Q U Æ S T I O U N I C A.

NON una hac in re est nostrorum opinio. Quidam censent rei debitæ æstimationem desumendam ab ipso statim tempore moræ, quovis modo contractæ, etiam per interpellationem extra judicium factæ. Alii contra nituntur, putantes hic eam tantum moram attendi debere, quæ per litis contestationem oritur. At vero hoc casu Ant. Fab. ait distinguendum esse inter judicia bonæ fidei, & stricti juris, contra Bartolum. Vult enim in strictis judiciis omnino inspicere tempus litis contestatæ, sive tunc res pluris, vel minoris sit: at in bonæ fidei judiciis etiam rei judicandæ; ita nimirum, si eo tempore, quo sententia redditur, pluris res sit, id attendatur. Ita ipse 16. *conject. 3.* & de *err. pragm. decad. 16. err. 2. & 3.* quem late sequitur Schiferd. *tract. 21. & 2. seqq.* Hac in re Fab. ducem habet Ulp. in *l. sed mihi 3. §. in hac, ff. commodati*, ubi in actione commodati, & in omnibus bonæ fidei judiciis statuitur, ut rei judicandæ tempus, quasi res sit, observetur: contra in stricti juris judiciis, in quibus litis contestatæ tempus inspicitur. Quare in *l. hominem, ff. mandati* dicitur in stipulatione, quæ stricti juris est, id tempus spectari, quo agitur. Hoc autem, quod Faber ait, in judiciis strictis inspicere tempus litis contestatæ ad incundam rei debitæ æstimationem, tunc quidem vult locum habere, cum pura obligatio est, non in diem.

Probat itaque *l. ex l. ult. ff. de conli. trit.* ubi docemur a Cajo, si de die nihil convenit, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit eo tempore, quo judicium accipiebatur, hoc est, tempore litis contestatæ. Sed

fi

si dictum sit, quo die res dari debuit, tanti rem æstimari, quanti fuerit tunc, cum dari debuit. Nec distinguitur, utrum eo tempore res minoris, an pluris fuerit, ut omnino dicendum sit, diem spectandum esse litis contestatæ, quancumque res fuerit. Condictio autem triticaria stricti Juris est, & ipsa petimus generaliter res omnes, præter pecuniam numeratam, quæ certi conditione petitur, *l. 1. ff. cit. tit.* Inditum est tale nomen casu quodam, ut Stephanus Græcus Interpres ait, quia in antiqua formula hujusce conditionis, tritici videlicet fiebat mentio: propterea quod qui hanc actionem sibi dari prius postulaverat, forte ei res erat de æstimando tritico, Cujacius in *parath. ff. lib. 13. tit. 3. & ad Africanum tract. 2. sub initium.*

Probat II. ex *l. vinum, ff. de reb. creditis*, ubi cum vinum, quod mutuum datum erat, coram Judice petitum esset, quærit Ulpianus de tribus temporibus, quodnam ex his spectari deberet in æstimatione, idne, cum mutuum datum esset, an cum lis contestata fuit, an tandem cum res judicaretur? Quæstio itaque erat de contractu stricti Juris, uti mutuum est, & de quibus nos in præsens disputamus. Ad hanc Ulpiani dubitationem respondet ibidem Sabinus, quæstionem in duos casus dividens, ut si in restitutione mutui dies certus esset appositus, omnino quanti eo die fuisset, attendi debere: at si nihil de certo die conventum esset, æstimationem esse ineundam quanti res fuit tempore, quo petita fuit, hoc est, tempore litis contestatæ. Etsi enim nonnulli hic *petendi* verbum generatim accipiant, non solum in judicio, & per litis contestationem, sed etiam extra judicium, per interpellationem; recte tamen redarguuntur a Schif. *tract. 21. q. 6.* dum contendit, hoc in loco petendi verbum de petitione judiciali tantum accipiendum esse. Hoc enim sic fieri in Jure nostro accepimus, ut petere frequentius dicatur, pro judicio petere, ut constat ex *l. si quis cum totum, §. si ancillam*, & *§. fin. ff. de except. rei judic. l. palam, §. circa, l. apud Celsum, §. Labeo*, & *§. seq. §. apud Julianum, ff. de except. doli mali, l. si quis stipulatus, l. si pater meus, ff. de solutionibus*, atque ita passim; ergo secundum horum locorum rationem responsum Ulpiani interpretabimur, præsertim, cum statim in principio dicat, per Judicem petitum esse: neque alias verisimile fit, Jurisconsultos ab ea significatione, quam in prioribus proposuerunt, statim in posterioribus recessisse.

Probat III. quia nunquam reperies in judiciis strictis spectandum esse tempus rei judicatæ: neque rursum uspiam scriptum est, rationem ullam in hoc judiciorum genere haberi moræ, quæ contestationem præcessit; quare reliquum est, ut dicamus solum ipsam litis contestationem inspicere debere. Quod vim accipit ex Juris regula expressa a Papiniano in *l. 2. ff. de usur.* nimirum, quale quid est, cum petitur, tale præstari debet, utique quod in judiciis stricti Juris locum habet, ut Gloss. alique ibidem notant.

Sed contrariorum argumenta dissolvenda sunt. I. opponunt ex *l. pen. ff. de condict. tritic.* ubi Marcellus, & Ulpianus rei petitiæ per conditionem triticariam, quæ stricti Juris est, æstimationem ad tempus moræ reducendam esse, statuunt. At enim respondet Faber hanc sententiam ad eum dumtaxat casum pertinere, quo species debita facta sit deterior, non vilior post moram. Siquidem has res multum inter se differre ostendit Ulpian. in *l. si servus, §. rapisse, ff. ad l. Aquil.* ubi scriptum est, si nullo servum pretio, viliorē, deterioremvē fecerit, aquiliam cessare, injuriarumque agendum esse; nam rerum pretia non ex ipsarum qualitate dumtaxat, sed etiam ex tempore æstimari debent. Ceteris quidem paribus, & habita ejusdem temporis ratione, fieri nequit, ut pretiosior servus sit, qui est deterior. Sed alio, & alio tempore inspecto, facillime hoc contingit, ut servus, qui antequam claudus esset, aut eluscat, nonnisi centum vendi potuit, in magna servorum vilitate: postea eo modo male acceptus, dignus sit ducentis, superveniente penuria servorum, & ex penuria caritate. Hoc itaque casu, quo res facta est deterior, non vilior, certum est debitoris morantis periculo eam deteriorationem cedere debere, sicut & mors ipsa cederet, si homo debitus periisset post moram, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* quare fieri non potest, ut aliter ineatur æstimatio, quam inspecto tempore moræ. Secus vero est, cum eadem manente specie, idest, non facta deteriore, tamen æstimatio ejus decrevit, pretiis rerum omnium ejusdem speciei pro tempore imminutis. Ergo, cum in judiciis strictis nulla bonæ fidei ratio habeatur, sed mero strictoque Jure fiat condemnatio, nulla quoque moræ extrajudicialis ratio haberi potest, nisi hætenus, ut si post eam moram res perierit, aut deterior facta sit, tamen obligatio qualitatis quanta fuit, perpetuetur, ac si res non periisset, aut deterior facta non fuisset, *d. l. si ex legati, l. si servum, §. sequitur, & §. ult. ff. de verb. oblig. l. promissor 21. & 23. ff. de constit. pecun.*

**Utrum lite contestata cum donatore, qui rem
donatam non restituit, usuræ, vel
fructus debeantur.**

EXtant Jura quædam singularia, quæ hac in re donatorem a ceteris reis debendi secernunt, sed ita tamen, ut inter sese invicem pugnare videantur; quare inter Interpretes magnas turbas excitarunt, ut omnino operæ pretium sit de hac re hic agere.

Primo itaque extant Prudentum responsa, quæ omnino ab usurarum onere donatorem liberant, ut Modestinus in *l. eum qui, ff. eod.* ubi qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mo-
ra

ra solutionis pecuniæ usuras non debet. Quæ verba ita generatim concepta, opus est ut accipiantur de mora quacumque, siue re ipsa, siue non, ut de contracta per lapsum diei, per interpellationem, vel etiam per litis contestationem, siquidem moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere, *l. nemo rem suam, §. si post, ff. de verb. oblig.* Quod verum est non solum in liberalitatibus privatis, sed etiam in publicis, *l. liberalitatis, ff. de usuris, l. 1. ff. de pollicit.* Id autem singulare in donationibus est, siquidem in reliquis actionibus, lite contestata, usuræ currunt, ut in *l. lite, ff. de usuris*, cujus specialitatis duæ rationes afferuntur a Modestino in *d. l. cum qui*. I. quia id summæ æquitatis est; siquidem, ut aiebat Cujac. liberalis non est avare exigendus. II. quia donationis species non est inter contractus bonæ fidei, siue interponatur per stipulationem, siue pacto, siue pollicitatione; & regula est, ut in bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debeantur, *l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de usur.* Hoc autem, quod dicitur in usuris, quæ debentur ex rebus, quæ numero, pondere, & mensura constant, & quæ pecuniæ nomine veniunt, videtur etiam intelligendum de fructibus, qui debentur ex agris, fundisque, hoc est fundo donato & non restituto, donatorem non teneri ad restitutionem fructuum, quos ex fundo donato post litem contestatam percepit; propterea quod eadem est ratio usurarum & fructuum, & quod in illis statutum est, de istis etiam intelligi debet, ut disponitur in *l. usura, ff. de usuris*.

Et nihilominus contrarium habetur a Paulo in *l. videamus generatim, §. si actionem, ff. de usuris*, ubi licet ex mora re ipsa, ipsoque Jure contracta, vel per lapsum diei, vel per interpellationem, fructus non debeantur; tamen si lis fuerit contestata cum donatore fundum non tradente, ex æquitate fructus quoque restituere opus est. Quod intelligas de fructibus perceptis post litem contestatam; ex eo enim tempore hi debent restitui, quia qualis est fundus cum petitur, talis restitui debet, *l. cum fundus, ff. de reb. creditis*. Sed petes, omnes ne hos fructus perceptos restituet donator, tam consumptos, quam extantes? & respondet idem Paulus in *l. Neseñnius, §. ult. ff. de re judic.* restituere donatorem solum fructus extantes, non item ab eodem donatore consumptos. Quod plane singulare est in donatore, quasi id tantum facere posse intelligatur; alias enim etiam fructus consumpti post litem contestatam restitui debent, *§. si quis a non domino, Instit. de rer. divis, l. certum, C. de reivind.*

Hæc rescripta difficultatem faciunt, quæ ut patet, concordant in hoc, ut ex mora extrajudicialiter contracta, non possunt a donatore neque fructus, neque usuræ exigí. Discrepant vero in mora per litis contestationem factam; cum Modestinus velit, neque tunc usuras deberi. Paulus vero scribat, ex eo tempore fructus deberi, modo extent, nec sint consumpti. Quid ergo dicendum? Cujacius ad Julianum in

l. qui.

l. qui sine dolo, ff. de reg. Juris; voluit has Pauli & Modestini leges, ne sint contrariæ, non esse invicem confundendas, sed potius disjungendas, ut vere disjunctæ sunt; siquidem alia ratio est usurarum, de quibus loquitur Modestinus, alia est fructuum, de quibus sermonem instituit Paulus. Verum hujus diversitatis rationem non reddidit; quam postea reddere conatus est Emundus Merillus ad Cujacium *lib. 1. varior. c. 33. & 46.* sed satis concise & obscure. Nos ergo id clarum facere conabimur, post Ant. Fabr. *dec. 38. error. 10. num. 9.*

Quamvis ergo usuræ vicem fructuum obtinere soleant, & quod in illis statutum est, de illis etiam intelligere oporteat, ut in *d. l. usura*, ff. de usuris; id tamen perpetuo verum non est, cum aliquando ex æquitate mitius procedatur in usuris, durius vero in fructibus. Patet id ex D. Severi rescripto, qui voluit bonorum, quæ tacite in fideiommissum relicta sunt in fraudem legis, fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras eorum, idque fecit benigne, ut notat Papin. in *l. eum qui, in princ. ff. de iis, quibus ut indignis*. Ratio autem, cur favorabilior sit fructuum restitutio, quam usurarum, est, quia fructus sunt accessiones, & perventiones naturales, *l. fructus*, ff. de usur. *l. bona fidei*, ff. de acq. rer. dom. quas qui præstat, non idcirco fit pauperior, sed tantum non locupletior, cum id ipsum restituat, quod percepit, *l. indebiti*, ff. de condict. indebiti. At usuræ non accessiones naturales sunt, sed ut loquuntur, industriales, quia non tam ex re ipsa, hoc est ex pecunia, quæ sui natura sterilis est, quam Jure & ex negotiatione percipiuntur, *l. si navis*, ff. de reivindic. Itaque durius agitur cum reo, si ad usurarum, quam si ad fructuum restitutionem condemnatur. Hinc ergo benigne fecit Severus, qui fiduciarium fructus, non item usuras restituere voluit.

His positis, in promptu est propositam difficultatem diluere: quandoquidem cum donatore æque, benigne, mansuete omnino agi debet, ut propterea dicendum sit in illo aliud Juris habere usuras, aliud fructus. Quare omnino recte Modestinus scripsit, nunquam donatorem ex mora ad usuras restituendas cogi debere; aliter enim dure cum eo ageretur, ut proinde eas remittere summæ æquitatis esse dixit, quod notandum est. Non ita sese res habet in fructibus, præsertim post litem contestatam perceptis, necdum consumtis, quos restituere debere, voluit Paulus. Unde illud concludendum est, quod licet regulariter idem Jus locum habeat in fructibus ac in usuris, id tamen verum non esse, & restringi, cum benigne procedendum est, ut patet ex *d. l. eum qui, ff. de iis, quibus ut indignis*, & ex *l. eum qui, ff. de donat.* juncta *l. videamus generatim*, ff. de usuris, juxta explicationem a nobis jam traditam.

Verum id, quod Paulus dicebat in *d. l. generatim*, fructus post litem contestatam perceptos, si extent, debere restitui, videtur contrarium esse Pomponio in *l. in edibus, §. in reb. ff. hoc tit.* ubi fructus ex fundo do-

donato percepti in donationem computari non debent, quam legem ita intelligebant Irnerius & Martinus glossator, ut si ex causa donationis fundum promisi, & fui in mora tradendi, non propterea fructus restituo. Verum facile respondetur id intelligi respectu ejus difficultatis, quæ ex lege Cincia oriri poterat, ex qua certus modus donationibus statuebatur, ne, ex.gr. excederent tercentos solidos. Modo finge fundum quingentos aureos non excedere (qui supponatur modus a lege Cincia statutus) & donatorem fructus ex fundo donato percepisse, ipsi fructus non venient in computationem, quasi donatio excedat modum lege Cincia constitutum. Sed nihilominus venire debent in restitutionem, si quos donator post litem contestatam percepit, nec consumserit, ita tamen, ut non videatur donator majorem summam tradere, ac fundus sine fructibus his æstimatus. Denique fructus non intelligatur esse ex re donata ratione donatarii, sed ratione donatoris, ut eos restituere teneatur. Ita Merillus.





DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

De Donationibus.

COMMENTARIUS.

Ad lib. XXXIX. Pandectarum, Tit. V.



UOD in aliis Pandectarum partibus factum a Triboniano est, idem in hoc de donationibus titulo accidisse, vident docti Viri, & dolent. Variæ enim, multæque sunt in Tribonianum expostulationes. Gulielmus Budæus in *l. 2. ff. de orig. Juris*, quæritur ipsum potius incisas, quam concisas Pandectas nobis reliquisse. Quam querelam latius profecutus est Vir eloquentissimus Antonius Moretus, dum ad Paulum Sacratum

scribens, ait: Tribonianum, sociosque non fecisse, ut ille Horatianus Agricola; qui inutiles ramos falce amputans, feliciores inserit; sed ut milites accepto signo ad Oppidum aliquod diripiendum, ac deprædandum. Ita per medium Jus civile grassantes, quidquid obvium erat, lacerarunt. Alii dicunt eum Virum, non tam leges ad nos transmississe, quam Cruces. Alii alia, quorum reprehensiones hic referre, vel excutere nostrum non est; alio nos avocamur, nimirum ad expostulationem Francisci Balduini *de Jure novo lib. 2. circa fin.* quæ ad rem nostram facit, & omnium gravissima est. Putat Vir doctissimus, Tribonianum duplici nomine peccasse; primo quia non condidit, tradiditve Juris artem, ut facere opus erat, sed tumultuariam quandam selectionem; secundo quod species, seu, ut dicunt, casus ab antiquis Jurisconsultis hinc inde selegit. Rationem utriusque erroris esse, ait; quia

T t

ita

ita quod positum erat in una cognitione, id in infinita dispersitum est. Jurisprudencia siquidem brevis est, si per artem, & præcepta tradatur; longa vero, si per species, casusve, qui infiniti propemodum sunt. Verum nos non facile patimur Tribonianum accusari, & putamus in altero recte egisse, in altero non ipsum peccasse. Hæc in præsens demonstrare e re nostra futurum spero; ita enim quæ via, quæque ratio, seu methodus in explananda donationum tractatione nobis ineunda sit, commodius perspiciemus. Singula perfequamur.

Quod ad unum caput accusationis attinet, scilicet quod Tribonianus species hinc inde ab antiquis Jurisconsultis seligere sollicitus fuit, videtur mihi recte egisse, ut prudentem Legislatorem decebat. Quod ut intelligi possit, animadvertendum est cum Aristotele in *lib. 1. Rhetoricor. cap. 2.* oportere leges decidere omnia quæcumque possunt, & quam paucissima Judicibus permittere; idque tribus rationibus. Prima est, quia facilius est nancisci unum, vel paucos, qui recte sentiant, quam plures. At vero unus, vel certe pauci sunt, qui leges condunt, & Jus constituunt; plures vero sunt Judices: unde fit satius esse, ut decidat ipse Legislator, quam Judex. Secunda est, quia leges longa animi provisione fiunt, non item judicia, quæ sepe de repente promulgantur, nec permittunt Judicem diu cogitare, quid justum, & magis utilius sit. Ultima tandem ratio, quæ omnium præcipua est, ita se habet: Legislator non agitur odio, nec commovetur amore, ut propterea nec ejus judicium facile corrumpi, & occæcari possit; quod secus est in Judice, qui cum Jus dicat inter præsentēs, levi negotio a passionibus, & affectibus transversus agitur, & odio, vel amore corrumpitur; præsertim si, quod fieri solet, proprium commodum conjunctum sit. Patet itaque, optimo Legislatori onus incumbere, ut quamplurima ipsa decidat. Nunc veniamus ad Tribonianum. Quid queritur Balduinus? dicit Tribonianum prope infinitas species collegisse; si hoc ita est, quid aliud fecit, nisi decidere omnia quæcumque potuit, & quam paucissima Judicis arbitrio relinquere? Quapropter si Aristotelem audimus, recte fecit, partesque optimi Legislatoris implevit.

Hoc de uno capite accusationis: jam dicamus de altero. Dicit Balduinus, Tribonianum non condidisse artem Juris. Hac in parte sicuti non laudo Tribonianum, ita nec reprehendo. Puto enim excusandum esse, nec tam ipsum peccasse, quam antiquos Legislatores, & Jurisconsultos: si enim de Legislatoribus sermo sit, id omnino patet; habemus hodie doctissimorum Virorum operas, qui Jus atticum (ut de hoc etiam dicam) collegerunt, vel de eo egerunt. Hi sunt Desiderius Heraldus, Claudius Salmasius, Samuel Petitus; & nihilominus si attendamus apud hos Græci Juris fragmenta, nullam in eis Juris artem invenimus. Sed accedamus ad Romanos. Erant apud hos leges Decemvira-

rales,

rales, seu XII. Tabularum, quas Cicero tantopere fecit, ut Bibliothecis Philosophorum omnium præponere non dubitaverit; an est in his ars aliqua Juris? nihilminus, ut constabit ei, qui leget Commentarios Fulvii Ursini, Antonii Augustini, Justii Lipsii, ipsius Francisci Balduini, & denique Jacobi Gothofredi, qui omnium accuratissime, & doctissime eas leges collegit, & exposuit; stet itaque Legislatores neque Græcos, neque Latinos Juris artem ullam tradidisse.

Sed descendamus ad Jurisconsultos, seu ad antiquos legum Expositores; & certum est ad tempora usque Ciceronis ipsos artem Juris non condidisse; siquidem Cicero in *libris de Oratore*, in persona Licinii Crassi serio dolet, Jus civile non esse artificiose digestum, & *lib. de legib. 2.* ait: Ejus ipsius generis Jus civile nostrum, sed ita, locus ipse ut notus sit, ex quo ducatur, quæque res, & ars Juris, ut non difficile sit, ut quæcumque nova causa, consultatiove acciderit, ejus tenere Jus, cum scias a quo sit capite repetendum. Sed Jurisconsulti sive erroris obijciendi causa, quo plura & difficiliora scire videantur: sive, quod similis veri est, ignoratione docendi (nam non solum scire aliquid, artis est, sed quædam ars etiam docendi) sæpe quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertuntur. Neque enim verum est, quod putabat Budæus ad *l. 1. ff. de Justit.* artem hanc traditam esse a Q. Mucio Scaevola, de quo ita habetur in *l. 2. §. post hos, ff. de orig. Juris*: *Jus civile primus constituit generatim in libros viginti & octo redigendo*; nam hoc non significat Jus civile in artem redegisse, generales regulas tradendo, ut ipse Budæus credidit; sed ubi antiquiores Jurisconsulti partes tantum Juris attigerunt, alter alteram; Scaevola primus omnium generatim, & de universo Jure egit; quod si secus esset, non recte quæreretur Cicero, ad sua usque tempora Jus civile non esse secundum artem traditum, si id egisset Scaevola, qui ante Ciceronem floruit, ut intelligi potest ex eo quod Scaevolæ Auditor fuit Galus Aquilius, *d. §. post hos*, qui Ciceronis in Consulatu Collega fuit. Cicero itaque primus diu cogitavit hoc opus aggredi, & librum edidit, qui inscriptus erat, *De Jure civili in artem redigendo*, ut patet ex A. Gellio *lib. 1. noſt. attic. cap. 22.* in quo, ut conjici potest, solum ostendit qua via id perfici poterat.

Verum Ciceronis conatum, & præcepta amplexi non sunt Jurisconsulti, qui deinde sunt secuti, uti constat ex fragmentis Gaii, Ulpiani, Pauli, in quibus frustra artem Juris quæres. Iniquum itaque est quærare a Collectore, sicuti est Tribonianus, eam artem, quæ ab antiquis Jurisconsultis, a quibus Tribonianus selegit, tradita non est. Ars autem hæc in quibus consistat, non uno verbo exponi potest; modo satis sit referre ejusdem Ciceronis sententiam, qui Juris artem in hoc positam esse ait, primo ut totum Jus civile in genera digeramus, quæ pauca sunt; secundo eorum generum species, seu membra tradamus;

& tandem propria cujusque vis definitione declaratur . Ita enim fiet , ut quæ divulgata sunt , & dissoluta , ratione quadam uniantur simul , & constringantur . Ita etiam Juris artem , seu scientiam habebimus , ex qua deinde quælibet proposita species facile decidi poterit . Id non videtur a Triboniano neglectum , quia hunc ferme ordinem in Institutionibus nobis exhibet . Ex duobus igitur , quæ ad Jus optime constituendum requiruntur , alterum habemus , altero destituimur ; habemus species a Triboniano collectas ; destituimur legis arte , quæ tamen ex his ipsis speciebus , quas habemus , hinc inde colligi potest , ut etiam notatum a Cicerone est .

Totum hoc opus aggredi muneris nostri non est , qui solummodo hanc Juris partem , quæ ad Donationes pertinet , & quam tractandam suscepimus , ad ordinem certe aliquem , si non ad artem reducemus . Eapropter nostrum opus in duas partes dispertiemur . In prima hujus artis semina dabimus : in altera explicabimus species a Triboniano hic collectas , non quidem omnes , quod per tempus non licet , sed eas , quæ magis explicatione indigere videntur , præsertim vero *l. Lucius* , quæ quidem omnium difficillima est .

In hoc itaque titulo agitur de Donationibus , non tamen de omnibus , sed solum de iis , quæ non mortis causa fiunt ; quare a Leone Philosopho in Basilicis *lib. 47. tit. 1.* hic titulus ita inscribitur , *De donationibus inter vivos* . Ita etiam ut non attingatur in eo donatio propter nuptias , seu antipherna , quæ veteribus Romanis incognita , per Imperatores fuit introducta ; nec pariter in eo sermo fit de donationibus inter virum , & uxorem , de quibus ob rei amplitudinem separatim titulum habemus . Interim hæc tractatio de donationibus , ut ait Nicolaus Valla in *tit. de rebus dubiis* , difficilior est , & obscurior , quam sit argumentum de substitutionibus , de Jure accrescendi , vel si quid aliud iis sit obscurius ; idque propter Jus varium , propter dissimiles mores , & consuetudines , propter sententias , & decreta inter se pugnantia .

DE DONATIONIBUS

P A R T I.

Ubi Donationum Ars traditur
Definitio Donationis.

C A P. I.

Multas donationis definitiones passim apud Juris nostri Interpretes legimus, quas omnes si ad examen vocare velimus, plurimas turpesque in ipsis hallucinationes detegere opus esset: quod tamen facere instituti nostri non est, qui contenti erimus veritatem simpliciter proponere & demonstrare.

Donatio itaque est modus acquirendi civilis, per quem res singulæ ex causa liberalitatis dantur. Explanatur definitio.

Dicitur modus acquirendi. Id plane sumtum a Justiniano est, qui donationem non recensuit *lib.3. Instir.* inter contractus, sed de ea egit *lib.2.* inter modos acquirendi. Illud interest inter contractum, & modum acquirendi, quod contractus sit actus, quo ex consensu plurium circa idem oritur obligatio: modus acquirendi sit, quo adipiscimur vel rem, vel Jus in rem, absque ulla obligatione. Unde licet per mutuum acquiramus ipsos nummos mutuo datos, non ideo mutuum est modus acquirendi, sed contractus, quia inde statim mutuarius ad tantundem restituendum obligatur. Ita quoque licet per pignus Jus in rem acquiramus, non ideo pignus dicetur acquisitio, sed contractus, cum inde obligatio nascatur.

Ita per contractum non semper acquirimus rem vel Jus in rem, sed semper obligamur. Per modum acquirendi semper acquirimus, nunquam obligamur. Insuper in contractu semper requiritur consensus, sive expressus, sive tacitus, sive præsumtus: in modo acquirendi non est necessarius consensus, ut accidit in occupatione, in alluvione, in perceptione fructuum facta per bonæ fidei possessorem.

Non ita est in donatione, per quam modo dominium rei acquirimus, ut si res ipsa dono data sit: modo Jus in rem, ut si rei usus, vel fructus, vel quid simile nobis est donatum; nec ulla inde nascitur obligatio, aut donatoris in donarium, aut e converso. Unde ipsa donatio erit solum modus acquirendi.

Dicitur civilis. Sunt qui donationem inter modos, quibus res Jur. regentium acquiruntur, computandam esse credunt, ea ratione quia donatio

natio tradendo perficitur. At vero traditio est modus acquirendi Juregentium, §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Ita Corasius in *l. post contractam hoc tit. num. 4.* Giphanius ad hanc *rubricam a num. 11.*

Verum nos licet ultro demus donationem Juregentium cognitam esse, hoc est apud omnes gentes recipi, & quidem ab antiquis usque temporibus: notum certe est apud Homerum *Odisea lib. 17.* Telemachum donare Pirro, & habetur in *l. 1. ff. de mort. causa donat.* Constat etiam Regem Salomonem Homero pene aequalem, Oppida quinque Tyrriorum Regi donasse; tamen dicimus, ea usos olim Romanos, & nos hodie uti, ut modus acquirendi Juris civilis est.

Probatur hoc I. ex Justiniano, qui in Institutionibus donationem inter modos acquirendi civiles enumerat. Enimvero cum de naturalibus acquisitionibus egisset in *tit. de rer. divis. de servitutib. prædictarum, de usu, & habit.* ibi ita ait in §. *ult.* *Exposuimus summam quibus modis Jurisgentium res acquirantur: modo videmus quibus modis legitimo, & civili Jure acquiruntur,* & post hæc statim sermonem orditur de usufructu, & longa possessione, tum agit de donationibus, in cujus tituli §. *final.* meminit de quarto acquirendi modo secundum Jus civile, nimirum de Jure accrescendi attento Jure antiquo, eo quod temere in servum communem collata est libertas, & ita illum §. orditur. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis per Jus accrescendi.* Hic omnino patet a Justiniano inter acquisitiones civiles tertio loco numerari donationem, & propterea omnino falluntur, qui eam Jurisgentium esse dicant.

Itaque nescio, quid in mentem venerit Theophilo, dum in Institutionibus in fine tituli, *per quas personas nobis acquiritur*, civiles acquisitiones enumerans dicit, olim quinque fuisse, hodie quatuor, nimirum usufructus, longa præscriptio, apud veteres Jus accrescendi, legatum, & fideicommissum, ubi nullam de donatione mentionem facit, quasi ea sit Jurisgentium acquisitio, utpote quæ per traditionem fiat, quod si verum est, stulte fecisset Justinianus, qui de ea agit, non inter modos Jurisgentium, sed inter eos, qui Juris civilis sunt.

Probatur II. ratione, quia cum aliquid addimus, aut detrahimus Juregentium communi, tunc Jus proprium seu civile conficimus, *l. Jus civile, ff. de Just.* atque ita plane in donatione est, cui varia Jus civile addit, puta ut aliquando insinuationem requireret, ut inter certas personas sit prohibita, ut inter virum, & uxorem, sicuti etiam ut aliis modis, quam per traditionem, fieret, puta per emancipationem, vel pacto legitimo; ita tamen ut alios atque alios effectus gigneret, cum est mera donatio, atque cum non est mera, & alias id genus solemnitates, quas habet a Jure civili; & proinde Juris civilis esse dicitur. Neque hoc novum est in Jure nostro. Quandoquidem emphyteusis inter contractus Juris civilis computatur, *arg. §. actionum, Instit. de actionibus*, cum nihilominus a Juregentium originem habuerit, eamque Bizantiis usita-

tam

tam esse refert Aristoteles in *lib. Politicor.* id ratum factum est, quia formam, & solemnitates, quibus peragi oportet, a Jure civili per Zenonem Imperatorem recepit. *l. 2. C. de Jure emphyteutico.* Ita quoque actiones licet ante Urbem Romanam, & ubique gentium statim ac Urbes condi, & Magistratus creari cœperunt, datæ sint, eoque a Jure gentium descendant; tamen si considerentur, ut certas formulas, aliasque solemnitates, quibus proponi deberent, a Jure civili ceperint, de Jure Romano esse dicuntur, ut notavit Zasius. Idem est de testamentis, ut magis frequens nostrorum opinio est.

Probat id etiam Julius Pacius argumento ducto ex *lan inutilis, §. ult. ff. de acceptilat.* ubi Ulpianus ait: hoc Jure nos uti, ut acceptilatio, quæ Jure civili est introducta, sit Juris gentium, quia servus accepto liberari potest: ergo e diverso, quia Civis Romanus res suas ad Peregrinum titulo donationis transferre nequit, ideo licet alias a Jure gentium descendat, tamen Juris civilis esse dicitur. Sed hæc ratio facile concidit; nusquam enim in Jure nostro legimus Peregrino donari non posse; imo in contrarium habemus, si uxor in causa deportationis viro donaverit, donationem valere, *l. sed si mors, ff. de donat. inter virum.* Deportatus autem est Peregrinus: hoc est Civium Romanorum Jure non utitur, cum ex media capitis diminutione Civitatem amisisse dicatur.

Ex his patet argumentum Giph. & aliorum nihil ob stare; nam ad id, quod de traditione ajunt, respondemus traditionem sua origine attenta esse Juris gentium, utpote qua apud omnes gentes rerum dominia transferri soleant. Attamen quia traditioni, per quam donatio fit, varia sunt a Jure civili addita; ideo in hoc casu erit etiam Juris civilis, *d. l. Jure civile, ff. de Justit.* Additum autem est. E. g. ut fiat per insinuationem, item ut fieri possit per traditionem fictam.

Dicitur per quam res singulæ; ubi rei nomen in amplissima significatione usurpans, pro eo quod est, vel esse fingitur, juxta *l. rei appellatione, ff. de verbor signif.* cum donari queant res, sive soli, sive mobiles, sive corporales, sive non. Ideo autem additum est verbum, singulæ, ut indicemus donationem esse particularem modum acquirendi, non universalem; siquidem universales modi quatuor omnino sunt, Hereditas, Bonorum possessio, Adrogatio, & Bonorum addictio, *§. ult. tit. per quas personas.*

Datum est, Dantur. Donatio enim nisi per traditionem, seu potius Donationem fiat, Donatio non est. Etenim quamvis donatio etiam per stipulationem celebretur, etiam pacto nudo, & pollicitatione; tamen cavendum est, ne hinc cum vulgo decipiamur; quandoquidem aliud est donare, aliud convenire donationis causa. Primo itaque donare, tunc proprie est, cum res ipsa actu traditur, ut patet ex *l. 1. & passim hoc tit. & ex l. Senatus, §. 1. ff. de donat. caus. mort.* Ubi Donatio dicitur Doni

Da-

Datio, sicuti Græcis dicitur δῶρον a verbo δίδωμι, quod etiam dare est. II. Conventio donationis causa fit verbis scilicet Stipulatione, Pacto, Pollicitatione; cum vero res e. g. stipulata, deinde traditur, & datur, tunc vere Donatio est; propterea quod stipulatio illa non tam fuit Donatio, quam facta, & interposita causa Donationis. Quare Donatio per traditionem dicitur Donatio rerum. At vero ea, quæ per stipulationem fit, Donatio verbis facta, *l. Papinianus, ff. de donat. inter virum*; sed de hac re latius dicemus infra in capite de modis, quibus donatio perficitur. Ceterum per verbum, Datur, distinguitur donatio a legato; licet enim legatum etiam donatio sit, *l. legatum est donatio, ff. de leg. 2.* Differunt tamen in eo, quod donatio datur, idest inter vivos celebratur; legatum vero dicitur relinqui, quod relinquiendi vocabulum ad meras ultimas voluntates attinet, quod ex solo defuncti iudicio profisciscantur, *l. 1. §. ult. ff. de tabul. exhibend. §. hæc quidem, Novell. de heredib. & falcid.*

Tandem dicitur ex causa liberalitatis. Verum aliquando donatio ex sola liberalitate confertur, & dicitur mera donatio; aliquando vero aliquam etiam causam habet admittam, & dicitur non mera donatio, ut si fiat ob causam præteritam, veluti quia negotia mea gessisti, dono tibi mille; sic etiam si fiat ob rem futuram, v. g. Dono, quia nuptias contrahet. In his enim casibus non confertur donatio ex sola, & mera liberalitate, sed etiam ob aliam causam, & rationem, nimirum, vel quia negotia gesta, vel quia contrahentur nuptiæ: sed de hac re infra latius. Interim notandum, id nostro Jure ex causa liberalitatis dari, quod nullo Jure cogente datur, *l. donari, ff. hoc tit.*

Hæc pro explicatione Definitionis dicta sunt; modo proponamus Controversias, quibus res hujus Definitionis difficiliores tuebimur. Sit ergo.

An Donatio aliquando non sit acquisitio, sed contractus.

CONTROVERSIA I.

Variæ sunt in hac re Jurisconsultorum opiniones, quas in cursu hujus disputationis afferemus. Nos interim dicimus donationem nunquam esse contractum, ut voluerit Connanus *lib. 3. comment. Jur. cap. 9.* Merenda *lib. 18. controuv. cap. 6. n. 4.* Faber *decad. 46. err. 8.* Quod ut clarius pateat, distinguemus tria Capita, nimirum traditionem per quam donatio fit, & perficitur; item stipulationem; tertio pactum, sicuti etiam pollicitationem, qui sunt modi, quibus ad donandum obligamur.

I. Ita-

I. Itaque si donatio traditione fiat, contractus non est, quod patet primo ratione, quandoquidem ex omni contractu nascitur actio, & obligatio, vel utrinque, si contractus sit ultro, citroque obligatorius, *l. Labeo, §. contractum, ff. de verb. signif.* vel ex una tantum parte, ut dicitur in *l. omnem, ff. de judiciis*. At vero ex ea donatione, quæ tradendo perficitur, nulla nec actio, nec obligatio nascitur. Inquantum ad obligationem patet in *l. Aristo hoc tit.* nam si servum meum tibi donem, ut eum manumittas post quinquennium, ait Jurisconsultus hic mistum esse negotium cum donatione; itaut intra quinquennium, nulla sit tua obligatio, quia quinquennium illud tibi donavi: postea vero sit obligatio, ut scilicet eum manumittas, quia post quinquennium cessat donatio, & est jam negotium, sive contractus, do ut facias, idest, ut manumittas. Quare notanda sunt hæc verba legis, Obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est. Idem patet ex *l. obligationum substantia, §. 1. ff. de A. & O.* ubi hæc statuitur differentia inter mutuum, & donationem, quod licet in utroque casu nummi sint dantis, & fiant accipientis, tamen ex donatione nulla existit obligatio, quod secus est in mutuo. Inquantum ad actionem probatur, tum quia nulla actio nasci potest, ubi nulla obligatio præcessit, tum etiam ex *l. interdum, ff. de precario*, & in *l. eum qui, §. is qui precario, ff. de furtis*, in quibus apertissime scriptum est, nullam esse proditam actionem ex donatione; ergo donatio contractus non est: & huc sane spectat, quod vulgo dicitur traditionem non tam esse contractum, quam distractum. Si vero quæres cur ex traditione, ac proinde ex donatione ita facta, nulla oriatur actio, aut obligatio; responsio facilis est, quia qui dat, jam perficit per traditionem actum, nec est, ad quid amplius faciendum, vel dandum obligetur: qui vero accipit, jam obtinuit rem, nec habet cur ulterius in donantem agat.

Hoc autem adeo verum est, ut si contractus quis ineatur animo donandi, jam nulla ex eo suboriatur neque actio, neque obligatio; tamen est contractus. Itaque mandati actio & obligatio nascitur fidejussori, si animo obligandi sibi debitorem fidejusserit, non vero si animo donandi, *l. si remunerandi, §. 2. ff. mandati*. Ita societas parit obligationem, si non animo donandi fuerit contracta: unde quod dicitur in *l. societas, §. ult. ff. pro socio*, nimirum donationis causa societas recte non contrahitur; id ita intelligendum est, ut non jam societas sit, sed omnino ut donatio censeatur, ut ibi notat Glossa. Ita etiam si universa venditio donationis causa facta sit, ut si nullum inde pretium recipiatur, venditio non est, sed donatio, *l. si quis donationis, ff. de contrab. emt.* Idem & de locatione, *l. si quis conduxerit, ff. locati*. Ita & in quasi contractibus observatur, & in negotiis gestis. Nam si sumtus sint facti non animo recipiendi, sed aut pietatis, aut sanguinis, aut amicitiae causa, nulla erit obligatio vel actio ad sumtus recipiendos, *l. negotia,*

C. de negot. gestis, l. ex duobus, §. 1. & l. Neseennius, lis qui amicitia, ff. cit. tit.

Probatur secundo lege. Siquidem Paulus in *l. interdictum, ff. de precario*, dicit, merito a Prætoris introductum esse interdictum de precario adversus eum, qui precibus rem utendam obtinuit, ut restituat, quod nulla eo nomine Jure civili prodita actio est; cujus ultimi dicti rationem his verbis subdit Jurisconsultus. Magis enim ad donationem, & beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. Ubi apertissime Paulus tam precarium, quam donationem e numero contractuum eximit, cum his illa opponat. Siquidem cum dicimus contractum absolute, tunc utimur ellypsi, & plena oratio esset negotii contractus, quia omnis contractus aliud non est, nisi negotii contractus, ut notavit Cujacius in *paratitlis, C. de negot. gest.* Ita etiam loquitur Jurisconsultus in *l. stipulationum, §. conventiones, ff. de verb. oblig. ibi*: Stipulationes pendunt ex negotio contracto.

Hinc est, quod Justinianus sermonem de donationibus non habuit *lib. 3. Instit.* ubi de contractibus egit, sed *lib. 2.* inter modos acquirendi; siquidem olim cum donatio fiebat per traditionem nexi, seu mancipationem, civilis acquisitio erat, hodie cum celebratur per possessionis traditionem corporalem, naturalis est acquisitio, Cujacius 10. *observ. 28.*

Verum objicitur ex Jaboleno *lin omnibus rebus, ff. de act. & obligat.* ubi contractibus donatio accensetur, cum dicit in ea concurrere debere affectum ex utraque parte contrahentium; ex quo textu colligit Gothofredus ibidem, donationem esse verum contractum. Verum respondet Corasius in *l. post contractum, ff. hoc tit. num. 3.* per abusum id factum esse, ut cum Ulpianus testamentum inter contractus retulit in *l. eandem rem, in princ. ff. de duobus reis*. Aliter vero respondet Antonius Contius *disput. Jur. lib. 1. cap. 12.* qui ait: Cum donatio dicitur contractus, præsupponendum esse eam initam, & perfectam per stipulationem, quæ contractus est, *l. 1. §. final. ff. de pactis*; vel factam sub lege aliqua, cui negotium aliquid fuerit immixtum, *Dono tibi prædia, ut alimenta præbeas, l. 1. C. de donat. quæ sub modo*; vel dono tibi servum, ut post quinquennium manumittas, *l. Aristo, ff. hoc tit.*

Sed vera responsio est, in ea lege de duobus agi a Jaboleno, licet confuse: primo de translatione & acquisitione domini, ut patet ex illis verbis: In omnibus rebus, quæ dominium transferunt, &c. eoque pertinet exemplum donationis a Jurisconsulto subjectum, quæ donatio est acquisitio domini, sed non contractus: secundo agit de contractibus ex quibus obligatio nascitur, unde infra fit mentio contrahentium & contractuum; & hac de causa appositum est exemplum conductionis, quæ est contractus quidem, sed dominium ea neque acquiritur, neque amittitur, *l. non solet, ff. locati*. Idem intelligas de exemplo venditionis, quod ibi appositum etiam est.

II. Dicimus . Si donatio fiat per stipulationem , & loquamur de stipulatione ipsa , nulli dubium est , eam esse contractum , qui dicitur verborum ; sed si loquamur de donatione , sciendum est hic nullam factam esse donationem , sed solum contractam esse obligationem ad donandum , qua obligatione tunc solvemur , cum res actu , & vere deinceps tradetur ; quia in hoc casu nulla adest donatio , sed solum stipulatio donationis causa facta . Patet id primo , quia si stipulor a te mutuam pecuniam , non dicitur initus contractus mutui , qui re celebratur , sed solum facta intelligitur stipulatio , in cujus implementum mox pecunia numeranda est , *l. si ita fuero , §. final. cum l. seq. ff. de novat.* ergo etiam si stipulor donationem , sola stipulatio agitur , cui tamen causam donatio dedit , ut recte notat Corasius *loc. cit.* Atque ita in similibus . Quare licet in *§. ult. Institutionib. de servit.* dicatur pactio , atque stipulationibus servitutes constitui ; hoc tamen non est per se , nam pactio & stipulatio tantum pariunt obligationem personalem ad servitutem constituendam . Ceterum ut servitus constituatur , requiritur quasi traditio , idest , usus ex parte dominantis , & cautio , vel patientia ex parte servientis , *l. ult. ff. si servitus vindicetur , l. 1. §. ult. ff. de S. P. R. l. 3. §. si iter , ff. de actionib. empti* . Atque ita recte notat Pacius in *Instit. loc. cit.* Patet secundo , quia quæ ex donatione per stipulationem facta nascitur actio , non est actio ex donatione , qua rem donatam vindicare possimus , sed actio personalis ex stipulatu , qua personam nobis obligatam adstringimus ad tradendum id , quod se nobis donare in ea stipulatione dixit , *l. si stipulata , ff. de donat. inter virum , Novell. 162. cap. 1. & notat Wultejus Institut. ad rubr. hoc tit.* Vigell. in *method. Jur. civil. lib. 14. cap. 14. except. 33.*

Verum tamen est , aliquando large stipulationem ita factam appellari donationem , eoque sensu donationem dici posse contractum , & quidem stricti Juris , quoniam etiam stricti Juris est stipulatio ; & ita plane intelligendus est Jurisconsultus in *leum qui , ff. hoc tit.* in illis verbis : Cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputatur . Unde colligitur , donationem esse quidem contractum , non bonæ fidei , sed stricti Juris , ut colligebat Gothofredus . At vero hoc non est intelligendum de omni , seu vera donatione , sed est accipiendum de donatione per stipulationem facta , ut patet ex verbo , promissit , quod in ea lege habetur , adeoque contractus dicitur non ex sua natura , sed ex vi stipulationis , in qua promissa donatio est , ut notat Hotomanus *hoc tit. cap. 1. in fin.*

Hæc de Jure antiquo : videamus III. de novo , quo Justinianus statuit pacto nudo donationem contrahi , *l. si quis argentum , §. penult. C. de donat.* Et multi sunt , qui licet crediderint , docuerintque Jure antiquo , seu digestorum , donationem non esse , nisi acquisitionem ; tamen hoc Jure novo secus putant de donatione ita celebrata , Cujacius *lib. 10. obs. 28.*

ad fin. dicit donationem ex Jure Justiniano esse conventionem; maluit autem dicere conventionem, quam contractum, ex eo, ut puto, quod latius est conventionis genus, quam contractus: summa enim divisio conventionum est in duo genera, scilicet in contractum, & pactum, Cujacius idem 11. *obs.* 37. Cum ergo ex Justiniano possit donatio non solum per contractum, sed per pactum etiam celebrari; ideo visum est Cujacio eam non contractum, sed conventionem appellare. Ceterum Balduinus *de Jure novo* ch. 351. Hotomanus *loc. cit.* Corasius in *d.l. post contractum, num. 4.* docuerunt, ex Justiniano donationem esse contractum. Sed hoc nomine contractus usi sunt large, prout etiam pacto legitimo adaptari potest; nam pactum legitimum etiam contractus dicitur, cum pariat obligationem, ex *d.l. omnem, ff. de judiciis*. Quæ sententia roboratur ex eo, quod donatio dilucide appelletur contractus a Justiniano in *l. 8. C. de prescript. 30. annorum*.

Verum falluntur, quia pactum non constituit donationem, sed ut modo dicebamus de stipulatione, tantum obligat personam ad rem donandam, quod tunc demum fit, cum res traditur; Justinianus autem in *d.l. si quis argentum*, non aliud effecit, nisi ut conventiones, seu contractus de donando per nudum pactum, qui olim obligationē non gignebant, hodie gignant. Ceterum cum donatio dicitur contractus a Justiniano, id non factum est ratione sui, sed ratione pacti legitimi, cui donatio causam dedit. Hoc quod de pacto legitimo diximus, locum etiam habet in pollicitatione; siquidem verum est id quod multi putant, hodie posse etiam pollicitatione donationem perfici ex *d.l. si quis argentum*. Quam opinionem veram esse nos infra cum Antonio Fabro palam faciemus.

Donationem quandoque non esse alienationem, semper esse acquisitionem.

C O N T R O V E R S I A I I.

MIrum fortasse alicui videbitur hac de re controversiam excitari, cum hætenus ab omnibus, quod sciam, pro certo ratoque habitum sit donationem semper esse, & dici debere veram alienationem; adeo ut Cujacius vir accuratissimus non dubitaverit in definitione donationis eam appellare alienationem, ut in paratitlis ad hunc titulum, & Hotom. eam dixit, liberalem esse translationem. Verum nos duo statuimus; unum ex parte donatoris, ubi asserimus donationem non semper esse alienationem, sed aliquando fieri per simplicem acquirendi permissionem. Alterum ex parte donarii, respectu cujus dicimus donationem semper esse acquisitionem: de singulis seorsim agemus.

Primo ergo, quod donatio non semper fiat per alienationem, evidentissime

dentissime probatur ex Ulpiano in *l. si sponsus, §. si maritus, ff. de donat. inter virum*; in qua si maritus institutus heres donationis causa repudiat hereditatem, ut eam sibi acquirat uxor, quæ est vulgariter substituta viro, vel alioqui successura ab intestato repudiante viro, ait Jurisconsultus eam viri donationem collatam in uxorem valere; & nihilominus maritus repudiando, & donando, nihil de patrimonio suo alienat. Ceterum notandum est, controversiam illam, an qui non acquirit, cum possit, censeatur alienasse, non habere locum in hereditate, sed solum in legatis propter leges invicem pugnantes. Etenim in *l. magis puto, §. fundum, ff. de rebus eorum*, asseritur, quod alienat, qui legatum repudiat, quod tamen negatur in *l. 1. §. utrum, ff. si quid in fraudem patroni*, in *d. l. qui autem, §. sed & illud*, & in *d. l. si sponsus, §. si maritus, in fin.* De quarum legum conciliatione alibi agemus. Non est ut dicebam eadem difficultas in repudiatione hereditatis, quam leges omnes uno ore testantur, non esse alienationem, ut in nostra *l. si sponsus, §. si maritus*, in *d. l. si autem, §. unde*, & in *d. l. alienationis, §. 1.* Ratio vero cur hæc difficultas in hereditate locum non habuerit, pendet ex eo, quod hereditas non fit nostra nisi per aditionem, ut propterea qui eam ante aditionem repudiat, nullo modo dici possit alienare. Non ita sese res habet in legatis, quæ statim a morte testatoris nostra sunt: quare qui post hujus obitum repudiat, recte dubitari potest, num alienet, an non.

Hinc manifestum est, quam graviter decipiantur, qui in specie *d. §. si maritus*, putant intervenisse momentaneam acquisitionem, hoc est maritum acquisivisse sibi quidem hereditatem, sed eam momento post uxori repudiasse; nec propterea ex hac repudiatione vir dicitur factus pauperior, quia momentanea acquisitio apud nos nullius est momenti, ut post alios docet Olea *de cessionibus q. 3. art. 45.* Verum nescio an quid absurdius comminisci possit; nam uti dictum est Jurisconsultus in ea lege aperte demonstrat, Maritum non alienasse, eoque neque unquam acquisivisse. Cum vero dicunt momentaneam acquisitionem esse parvifaciendam, id verum est, quando per actum momentaneum nihil in alium transferatur, vel ex eo nullus effectus resultat, sed actus ipse momento dissolvitur. Patet id ex *l. qui sic solvit, ff. de solutionibus*, quæ ab adversariis adducitur, in qua debitor, e.g. ex mutuo, qui æs alienum solvit sub ea conditione, ut illud iterum recipiat, non liberatur, nec prior mutui contractus dissolvitur; itaut cum deinceps eandem pecuniæ summam a creditore accipit, remanet obligatus ex illo priori contractu; neque novus dicitur celebratus. Hoc ideo, quia actus ipse solutionis dissolvitur, & pecunia redit ad solventem, eoque nullum effectum producit. Quare secus esset, si ea pecunia ad extraneum perveniret Jussu solventis; tunc enim extincto mutui contractu, oriretur mandatum, & de mandato actio, ut recte notat Baldus in *l. 1. C. de sponsalibus*. Adde nullam in ea lege mentionem momentaneæ acquisitionis haberi, sed generatim loqui

qui de eo, qui sic solvit, ut recipiat nec additur, an velit statim recipere, an multo post tempore. Hinc ex ea lege hæc solum regula elici potest; actus, qui nullum effectum producit, pro nullo habetur. Idem omnino patet ex *l. si pro patre, §. versum, ff. de in rem verso*, ubi versum ita demum intelligitur, si duret versum; neque distinguitur, utrum versum duret momento, vel die sed ut versum non dicatur, satis est, si tandem aliquando priusquam de in rem verso actio proponatur, versum evanescat, nec ex eo aliquem pater effectum senserit. Id autem in specie *d. §. si maritus* non esset, quia jam viri acquisitio effectum habuisset.

Verum adhuc gravis difficultas superest. Posset enim quis ultro nobis dare, in hac Ulpiani specie virum hereditatem donando uxori, nihil de re sua distraxisse; contenderet tamen hic neque ullam fuisse donationem; ita ut cum Ulp. actum illum donationem vocat, vel large loquendo, id fecisse; vel omnino esse deceptum. Non enim ulla concipi potest donatio sine diminutione patrimonii ejus, qui donat: quod constat ex Pomponio in *l. sed si vir, §. quod legaturus, §. de donationibus inter virum*. Verba Jurisconsulti ita habent: Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meæ relinquere, & non videbitur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur, in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait. Hæc ille, ubi aperte Pomponius demonstrat non esse donationem viri in uxorem, si vir rogat testatorem ut hereditatem, quam sibi relinquere vult, relinquat uxori suæ: & hoc non alia ratione, nisi quia vir patrimonium non diminuit. Quare ita prorsus in specie Ulpiani; cum neque ibi viri res atteratur, non dicetur donasse, cum hereditatem, quam sibi quærere potest, permittit ut uxor acquirat.

Sed hoc nihil obstat: & adeo falsum est Pomponium Ulpiano repugnare, ut etiam palchre consentiant. Dux enim ex Ulpiano distinguendæ sunt donationum species, ambæ veræ, sed harum una est inter conjuges prohibita, altera vulgo permixta. Prohibita est, cum vir donando patrimonium minuit: permixta, cum donando, non minuit. Hoc idem habet Pomponius; non enim negat, cum uxor rogatu viri hereditatem viro relinquendam, sibi acquirat, esse donationem, sed negat solum esse donationem, quæ inter conjuges prohibeatur. Et huc spectat ratio, quam mox subdit, nimirum, majores tunc succurrisse viro donatori, cum res suas diminuit. Quare cum hic non diminuit, non est cur dicamus isto casu nullam esse eam conjugalem donationem. Et plane si Pomponius credidisset, in ea specie nullam omnino adesse donationem viri in uxorem, non tot verbis usus esset, sed tantum dixisset, uxorem recte sibi acquirere hereditatem, quia ibi nulla donatio est: nec fuisset opus addere, majores prohibuisse donationes, in quibus conjux patrimonium diminuit. Quare ex hac lege potius confirmatur opinio

Ul.

Ulpiani, & nostra, tantum abest, ut labefascetur; ita ut jam alium habeamus ex Pomponio casum, in quo quis donat absque eo, quod alienet.

Quod probatur I. quia in hac specie hereditas adhuc viro quæsitâ non erat, cum repudiatur, ex eo quod hereditas quæsitâ repudiari non potest, siquidem repudiatio est earum solum rerum, quas in arbitrio nostro est acquirere, vel non. Jus vel est quæsitum, vel quærendum, vel solum delatum. Si Titius, qui me heredem pure instituit, est adhuc superstes, ejus hereditas est mihi quærenda: si jam e vivis abiit, erit delata: sed cum post Titii mortem hereditatem ejus adeo, tunc acquisita hereditas dicitur. His positis dicimus, primum hereditatem non esse Juris quærendi, cum repudiare sit idem ac dicere, nolle se eam acquirere; ejus autem est nolle cujus est velle, *l. nolle, ff. de acquir. hered. l. qui potest, l. i. ff. de reg. juris*: quare cum in Jure quærendo dicere non possimus velle, constat neque posse nos dicere nolle, hoc est repudiare. Ita ergo vivi hereditas repudiari non potest, *l. qui superstitis, ff. cit. tit.* ita etiam si testator fuerit mortuus, sed adhuc conditio institutioni appositâ non extiterit: Secundo dicimus nec etiam Jus quæsitum recte repudiari; cum enim hereditas quærat per aditionem, dicendo velle nos eam nostram fieri, non datur pœnitentiæ locus, ut mox dicamus, nolle acquirere, jam voluntariè acquisivimus. Quare frustra repudiamus, quod nobis quod jam quæsitum est, *l. suus heres, & l. sicut, C. de repud. hereditate*. Tertio itaque superest, ut dicamus, repudiationem solam locum habere in hereditate sibi nondum quæsitâ, sed jam delatâ ut certe constat ex citatis Juribus. Itaque in specie nostra, cum maritus repudiat hereditatem, nihil aliud agit, nisi ut dicat, ostendatve nolle se hereditatem acquirere, licet possit, si velit. Hinc est, quod hereditatis omissio, seu repudiatio non venit sub nomine alienationis, ut expressim dicitur in *l. alienationis, §. i. ff. de verb. signif.* & in *l. qui autem, §. unde, ff. quæ in fraudem creditorum*. Ubi notandum, hoc Jus, quod ait hereditatem non delatâ non recte repudiari, esse correctum ex constitutione Bonifacii in *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* quamvis enim Pragmatici vulgo distinguant inter renunciationem, & repudiationem, ut hæc Juris delati sit, illa Juris quæsitâ; hæc tamen distinctio omnino commentitia est, uti constat ex *d. l. sicut major*, ubi hereditas quæsitâ dicitur non posse renunciari, hoc est repudiari: quare omnino dicendum puto hæc in re Jus civile esse a Jure Pontificio correctum, vel saltem restrictum; ubi enim illud statuit hereditatem, quam delatâ iri speramus, non posse repudiari, *d. l. qui superstitis*, hoc voluit, id locum non habere, si repudiatio, sive renunciatio Jurejurando firmetur, *d. cap. quamvis pactum*.

II. Probatur manifeste ex ipso Ulpiano, qui cum probare velit, hæc mariti donationem validam esse, ait donationes conjugales tunc improbari, cum vir donans sit pauperior, uxor donataria ditior sit, secus

enim

enim valet. Hoc autem non est in specie proposita, cum vir donando non exadat pauperior: neque enim (subdit Jurisconsultus) pauperior fit qui non acquirit, sed qui de patrimonio suo deposuerit; hoc est vir, cum hereditatem sibi relictam repudiat, non suum patrimonium dimittit, coque nihil alienat, sed tantum id, quod acquirere poterat, omittit.

III. Patet, quia si ulla hic alienatio respectu viri comminisci posset, jam uxor ad hereditatem repudiatam veniret, tanquam ad bona viri Jure singulari. Quod est contra Ulpianum, dum asseverat uxorem hereditatem eam sibi acquirere Jure civili, vel quia testatori successura ab intestato, vel quia viro suo vulgariter ab eodem testatore substituta. Adeo ut hoc casu nulla actio in virum, sed omnis in uxorem competeret.

IV. Quia si vir hic alienaret, utique dicendum est, eam hereditatem jam viro acquisitam; nam alienatio est rei nostræ, nostrique Juri in alium translatio, seu cum res nostras alienas facimus: quare si hereditas jam viri est, consequens omnino fit eam hereditatem jam esse aditam a viro, non enim alterius hereditatem, nisi adeundo, nobis acquirimus. Quod est contra Ulpianum, qui primo ait virum non acquisivisse, secundo eandem repudiasse; & repudiatio est actus contrarius aditioni: siquidem adire est hereditatem velle, repudiare est eandem nolle. Manifestum itaque omnino est, donationem hanc a viro uxori factam, licet valida & vera donatio sit, non tamen esse alienationem, cum solum maritus uxori locum cedat, & permittat, ut ipsa sibi acquirat, quod vir exclusa uxore, acquirere potuisset, si ita ei fuisset libitum. Ceterum aliud est, si vir non repudiasset hereditatem, sed solum eam uxori suæ donasset; quo casu hereditas prius adita censeretur a viro, & deinde uxori donata: nam aditio, quæ præcedere debet, occultatur; & facta donatio præcedentem aditionem supponit, ut patet ex *l. gerit, l. pro herede, §. servos, ff. de acq. hereditate, l. si avia, C. de Jure delib.* Hic vir patrimonium suum diminueret, alienaret, & fieret pauperior, adeoque donatio sibi constare non posset. Sed aliud est in specie Ulpiani, ubi, ut visum est, vir hereditatem non adit, nec adisse censetur, cum expressim eam repudiasset.

Hinc ergo probatum remanet, quod jam asseruimus, nimirum posse quem res suas alienare, etiam si alter non acquirat. Si enim hodie jam certi Juris est dominium, qui rem suam pro derelicto habet, statim dominium amittere, etsi statim res alterius non fiat; consequens omnino fit, ut dicamus alienationem dupliciter fieri posse, vel per simplicem dominii & Juris delitionem, ut accidit in derelinquente: vel per ejusdem translationem. Ratio autem, cur ita statutum sit, eam esse puto, quod sicut quis potest acquirere, absque eo quod alter alienet, ut accidit in occupatione: ita e diverso poterit quis alienare absque eo, quod alter acquirat. Omnia enim, quæ Jure acquiruntur, contrario Jure pereunt, *l. omnia, ff. de reg. Juris.*

His

His itaque positis , patet non recte ab aliquibus dictum esse , cum res pro derelicto habetur, transire dominium non in unum aliquem , sed in ipsam hominum communitatem, & proinde in eo casu esse simul alienationem , atque translationem . Id enim contrarium est Jurisconsultis, & Justiniano in locis allegatis , qui diserte ajunt eam rem nullius esse, nec fieri alterius , nisi per occupationem ; & plane si dominum haberet, occupanti concedi non posset , siquidem occupatio vera solum est in rebus nullius . Aliter res publicæ , communes , Universitatis , etiam occupantibus concedi possent , quod absurdum esse , nemo est , qui non sentiat . Alia ratio est in Missilibus , in quibus voluntas domini in incertam personam collata transfert proprietatem , ut ait Imperator in *§. hoc amplius , Instit. de rerum divis.* Hoc est in rebus , quæ pro derelictis habentur , qui derelinquit intendit solam amissionem domini : at in Missilibus , qui mittit , intendit etiam domini translationem , licet in personam incertam , ut clarius dicitur in *l. qua ratione , §. item si quis , ff. de acq. rer. dom.*

Verum hic duæ suboriuntur difficultates. Primo, si rei alienæ donatio non valet, ut docet Pomponius , consequens jam est , ut qui accipiat, justum titulum, seu justam possidendi causam non habeat: eoque nec posse usucapere, cum usucapio absque titulo non permittatur: id autem est contra titulos *ff. & C. pro donato* , ubi de usucapienda re aliena donata agitur . Secundo si verum est rem alienam donari non posse , falsum est, quod supra retulimus ex Ulpiano in *d. §. si sponsus* , & ipso Pomponio in *d. §. quod legaturus* , ex quibus maritus uxori rem non suam donat.

Sed ut priori difficultati obviam eamus , distinguendum est inter rem prorsus alienam , & inter rem alienam quidem , sed in qua donator aliquid Juris habet , ut possessionem ; nimirum si quis rem alienam bona fide possideat , eamque donet alteri : nam hoc casu valet donatio rei alienæ , quia aliquid in ea re habet donator , nempe Jus bonæ fidei possessoris , quod transit in donatarium , ex quo hic potest percipere fructus , & usucapere . Et de hac donatione rei agunt *titt. pro donato* in *ff. & C.* Quare recte notatum est a Theophilo , quod si per traditionem transferamus possessionem seu detentionem , id ad usucapionem satis est . Itaque licet cum donamus rem alienam , minime dominium transcribatur , tamen transfertur possessio , in qua donationis titulus substat , & hæret . Si enim quis mihi petierit , cur possideam , responsum accipiet , quia dono eam rem habui.

Inquantum ad alterum dubium , distinguendum est inter rem prorsus alienam , & inter eam quæ potestate mea est , hæc est quam alio Jure possumus acquirere , si velimus ; ut si mihi legata sit , vel jam sit mihi a domino leganda . Unde si ipsam acquirere recuso , ut rogatu meo , vel ope mea tua fiat , jam habes eam meo beneficio , & donatione . Quare hoc casu ideo mea non est , quia meam esse nolo , & tua

fit, quia tuam fieri volo: eoque non consideratur ac si esset prorsus aliena. Est tamen differentia inter donationem rei meæ, & rei potestate meæ; quod illam accipiens possidebit titulo donationis: hanc titulo legati, vel institutionis ab alio quopiam factæ. De hac donatione ergo loquuntur Jurisconsulti in *d. §§ si sponsus, & quod legaturus*.

Secundo itaque Donatio respectu ejus, qui accepit, semper est acquisitio sive rei, sive Juris alicujus. Patet id tum per se, tum ex Pomponio in *l. in adibus, §. donari, ff. hoc tit.* ubi res aliena, ideo donari non potest, quia ejus non fit, cui donatur.

Objicitur I. Si rei alienæ donatio non valet, consequens est ut qui accipit, justam possidendi causam non habeat, nec propterea possit capere usu, quod est contra *tit. ff. & C. pro donato*. Quare dicendum est valere, eoque posse donationem dari, in qua Donatarius nihil statim acquirit.

Huic difficultati obviam ire conatus est Accursius in *d. §. donari*, ubi distinguit inter donationem stricte, & large sumtam. Stricta donatio est, per quam rei dominium transfertur, & sic res aliena donari prohibetur; large ut etiam in rebus alienis donatio fieri possit, & locum habebit actio pro donato. Hæc responsio, ut ut tueri possit, tamen magis secundum Jurisconsultorum morem, & doctrinam erit, si distinxerimus inter actum. Verum, Invalidum, & Nullum. Verus actus est, qui in quantum ad rem tenet, & Juris effectus omnes habet. Nullus est, cum nullum Juris effectum producit, nec tenet, & propterea non facere, ac ita facere, perinde sit, *l. ita autem, ff. de administrat. tutor.* Et tandem actus invalidus dicitur, cum licet in quantum ad rem non teneat, sortitur tamen nonnullos Juris effectus. Patet id exemplo venditionis, in qua si nesciens rem sacram emerim, quamvis emptio frustra facta sit, proditur tamen mihi actio ex emto ad id quod interest, *l. qui officii, §. si nesciens, ff. de contrahend. emt.* Sed jam hæc ad rem nostram aptemus, si pater donat filio, quem in potestate habet, nulla donatio est, adeut filius nec usucapere possit, tanquam si nulla facta esset donatio, *l. i. §. si pater, ff. pro donato*. Cum vero extraneus quis a domino, quid dono accipit, vera donatio est, nimirum valet, & omnes Juris effectus habet. At si qui donavit, dominus non est, tunc dicemus Invalidam donationem esse, cum res non fiat accipientis; at producere nonnullos effectus Juris, ut quod usucapere possit, titulo pro donato. Porro cum donatio a nobis definita est, intelligimus de vera donatione, quæ semper acquisitio est, *d. §. donari*.

Posset adhuc aliter huic difficultati obviam iri cum Theophilo in *tit. de usucapionibus, in princ.* qui notat, si per traditionem transferamus possessionem, seu detentionem, id ad usucapionem satis esse. Ita ergo licet cum donamus rem alienam, minime dominium transcribatur, tamen transfertur possessio, sive detentio, in qua donationis titulus sub-

substinetur, & hæret; si enim quis petierit, cur possideam, responsum accipiet, quia dono eam rem habui; quo etiam confirmatur id quod modo dicebamus donationem rei alienæ, licet invalidam, non tamen esse omnino inutilem; transfert siquidem detentionem, sive possessionem, ob quam usucapio poterit a nobis perfici, quod non est in donatione Patria ut dictum est.

Objicies II. Si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam; donatio vera est, & valet, *d.l. in adi-bus, in princ. ff. hoc tit. l. contra Juris, §. finali, ff. de pactis, l. si quis in obligat.* ubi Glossa *ff. de regul. Jur.* adeo ut expresse docuerit Bartolus in *l. finis, §. pactus ne peteret, ff. de pact.* Mulierem non posse pacisci cum viro, ne ab eo petat, quod sibi debet; quoniam hæc donatio esset improba a S.C. quam sententiam sequuntur ibi Jason *num. 31.* Zasius *num. 33.* alique, & nihilominus nulla hic acquisitio facile intelligi potest, non Juris petendi, quod semper apud creditorem est, non exercitii Juris hujus, quod licet desinat esse penes creditorem, non tamen migrat in reum.

Verum facile respondetur hic quasi traditionem intelligi oportere; itaut fingatur debitor res alienum mihi solvisse, eumque brevi manu iterum a me causa donationis accepisse, non quidem ut eo perpetuo fruamur, sed ad certum tempus, & proinde debitor ex hac donatione acquirit rei possessionem, omniaque commoda, quæ possessorem sequuntur, ut patet.

An donatio quandoque sit modus acquirendi universalis.

CONTROVERSIA III.

HÆc quæstio oritur ex donatione omnium bonorum. Quare in antecessum notandum est, quod etsi varie dubitatum sit, si bonorum omnium præsentium, futurorumque donatio jure subsistat, an secus; tamen apud omnes illud constat, donationem valere, cum quis omnia bona sua, hoc est præsentia tantum donet, *l. penult. C. de donationib.* Hinc ergo quæritur, utrum donatarius iste loco successoris universalis haberi possit, & eo casu donatio modus acquirendi universalis sit? Id autem sive intelligatur de eo, qui tantum præsentia bona donavit, sive de eo, qui etiam futura, perinde est; utrobique enim eadem difficultas, eædemque rationes locum habent.

Itaque ut omnia clara fiant, videndum est, quid intersit inter utrumque acquirendi modum, Universalem, & Particularem. Tradit id Theophilus ad titulum per quas personas nobis acquiritur, in fine, ubi particularem acquisitionem esse docet, cum una res geritur,

& una res nobis acquiritur. Quod verissimum est: siue enim ufucapionem consideremus, siue legatum, siue aliam quamcumque acquisitionem particularem, una res geritur, & una species, vel una summa acquiritur. Quod si dicas, dividendis pluribus rebus, intelligi unam esse contractam venditionem, *l. & si uno, l. si duorum, ff. de actionibus emti, l. cum ejusdem, ff. de edil. edicto, l. cum plures, ff. de evictionib.* respondendum est, emtionem venditionem esse contractum, non modum acquirendi: ut propterea per ipsam non acquiratur res, sed Jus in personam: & sicuti per modum particularem una res acquiritur, ita per contractum una actio. Et decipiuntur quotquot Theophilum ita interpretantur, ut cum dixit unam rem acquiri, intelligant unum Jus: decipiuntur ideo, quia per contractum solum acquiritur Jus, siue in personam, ut in emtione venditione; siue in rem, ut in pignore, vel hypotheca; at per modos acquirendi quæritur nobis res ipsa, seu Jus domini in re. Quod si testator leget Jus, quod ipse habet, ut in nomen debitoris, tunc Juris illius dominium reliquisse intelligatur.

Et hinc pendet ratio, cur in legato annuo tot intelliguntur facta legata, quot sunt præstationes & anni, *l. 4. ff. de annuis legatis, l. cum in annos, ff. quando dies legatorum cedat*; cum enim legatum sit modus acquirendi particularis, scilicet unius rei, fit ut multiplicatis rebus, multiplicentur etiam legata; quare etiamsi legaverim Stichum & Pamphilum, duo legata erunt, licet aliud sit si legaverim duos homines, aureos centum quæ unum faciunt, & unam summam, *l. si ex toto fundo, §. si ita legatum*, ubi Gloss. verbo *lecticarios, ff. de leg. 2.* Gloss. eadem in *l. scire debemus, §. si stipulatione, v. plura legata, ff. de verb. oblig.* Hoc restringitur, si aliunde evidens fiat, testatorem pro oculis unicam summam habuisse, quam in annuas pensiones ideo divisit, quoniam legatario consultum, vel heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem, *l. Firmio, §. pater, l. nec semel, ff. quando dies legat.*

Est tamen aliqua inter hos particulares modos differentia; nam in legato dominium ipso Jure transit in legatarium, *l. a Titio, ff. de furtis, l. legatum ita, ff. de leg. 2.* licet possessio non transeat, nisi res comprehendatur, *l. 1. ff. quor. legatorum*. Non ita in donatione; ex qua nisi res donata apprehendatur, dominium in donatarium non transit, *l. Seja, ff. de mortis causa donat.* Atque de his modis, qui sunt extra causam ultimæ voluntatis, intelligendum est, quod dicitur in *l. traditionib. C. de pactis*.

Modus universalis ex eodem Theophilo est, cum una res quidem est, quæ geritur, sed multa sub uno domini nostri fiunt. Et recte non dixit omnia, sed multa; nam licet olim arrogato patrefamilias omnia quæ ejus erant, exceptis iis, quæ capitis diminutione pereunt, in eum transibant, qui adoptabat, *l. si paterfam. ff. de adoptionib.* hodie tamen ex Justiniani constitutione adrogator in bonis adventitiis arrogati tantum usumfructus ha-

ha-

habet, ad similitudinem naturalium parentum, *l. cum oportet, C. de bonis, qua liberis*. Ita etiam in hereditate, per quam omnia quidem defuncti Jura transeunt in heredem, sed non rerum possessio, quæ nisi naturaliter comprehensa sit, ad heredem non pertinet, *l. cum heredes, ff. de acq. poss. l. 1. §. Scævola, ff. si quis testamento liber*. Sed an heres acquirat omnia defuncti Jura dubitari potest: nam aliqua Jura excipiuntur a lege, ut quæ morte testatoris pereunt, veluti Jus agnationis, ususfructus, & cetera personalia, in quæ non succedit heres, *l. 1. in fine, ff. de constitutionib. principum, lex plurib. ff. de admin. & periculo tutorum, l. maritum, cum seq. ff. sol. matr. l. 1. §. pen. ff. de aqua quotid.* Sed si dicas, intelligi de omnibus Juribus, quæ possunt acquiri, & quæ de uno in alterum migrant; adhuc tamen falsum videri potest; nam ex his aliqua excipiuntur a testatore: ut Jus dominii, quod in rebus pure legatis testator habebat, recta via a defuncto transit in legatarium, nec heredi acquiritur, *l. legatum ita 82. ff. de leg. 2. l. a Titio, ff. de furtis*. Quare licet ab intestato nonnunquam quando potest in codicillis legari, heres in omnia Jura defuncti, quæ acquiri possunt, succedat: ex testamento tamen aliquando non in omnia succedit; cum excipienda sint legatorum Jura: eoque recte Theophilus dixit, Multa. Neque enim recipiendum est, quod voluit Connanus *4. comment. Juris 9. nam. 11.* nimirum heredem adeundo hereditatem aliquo modo eorum legatorum fieri dominum; nam hoc falsum est, quoniam ideo dictum legata transire recta via in legatarium, ut cognoscamus numquam heredis personam attingere, ut perspicue in dictis Juribus habetur. Itaque in heredem non semper omnia defuncti Jura transeunt, sed tunc cum ita libitum fuerit testatori, hoc est, si nulla legata, saltem pura fecerit. Ideo illa definitio, est successio in universum Jus, non dicit semper, sed sæpe; ut in definitione legati, illæ voces, Ab hærede, & Præstanda; nam in legato rei alienæ res datur, non tamen præstatur ab herede. Hoc, quod diximus de arrogatione & hereditate, etiam in bonorum possessione, & additione locum habere facile patet. Dixit etiam Theophilus in modis universalibus multa acquiri sub uno, hoc est simul, & unico titulo: ita heres simul ac adit multa testatoris Jura adipiscitur solo hereditatis titulo.

His positis, videamus jam, utrum donationi bonorum omnium convenient conditiones modi universalis acquirendi, an vero particularis? Et prima fronte posset quis colligere, esse universalem; nam una res est, quæ geritur, & multa sunt quæ simul acquiruntur sub uno titulo, scilicet donationis: quare donatarius eo casu erit loco heredis.

Verum adversus hanc opinionem disputavit Antonius Faber *decad. 48. err. 7.* cujus rationes an evincant, quod ipse intendit, mox videbimus. Interim nos huic ejus opinioni adhærescimus, sed alia omnino via procedemus. Donationem itaque semper esse particularem acquirendi

di modum facile probatur, quia nusquam in Jure Justiniano leguntur aliæ acquisitiones universales, quam hereditas ex Jure civili, Bonorum possessio ex Jure Prætorio, Arrogatio ex moribus Populi Romani, & Adictio Bonorum ex Rescripto Divi Marci. Donatio vero nonnisi inter acquirendi particulares modos recensetur, ut patet ex *d. §. ult. instit. per quas personas nobis*.

Probatur etiam evidentissime ex Juliano in *l. omnes debitores, §. Lucius, ff. quæ in fraudem creditorum*, ubi omnium rerum donatarius non convenitur actione personali a creditoribus donatoris; quod utique fieri posset, si universalis successor, & loco heredis esset: sed in eum agitur ex actione Pauliana, seu edicto fraudatorio. Constat etiam ex *l. mulier bona, ff. de Jure dotium*, ubi maritus qui universalia bona uxoris in dotem accepit, conveniri a creditoribus uxoris, tanquam loco heredis, non potest. Ergo idem est, si res omnes donationis causa acceperit. Sed de harum legum interpretatione porro agemus.

Verum negamus in donatione omnium bonorum plures res simul acquiri. Hoc monstrat instar apud aliquem habebit, tamen certissimis Juris rationibus nititur. Quoniam vero donatio fieri potest re, seu traditione, & verbis, seu stipulatione, & pacto, ideo hos omnes casus consideremus.

Primo ergo de traditione. Traditio Unitatis fieri non potest, sed solum rerum singularum; tum quia universitas est nomen Juris quid incorporale significans, quod neque tangi, neque tradi potest, ut propterea traditio solum rerum singularum sit; tum etiam quia traditio computatur inter particulares acquirendi modos, *§. per traditionem, Institut. de rerum divis.* Quare licet quis omnes res suas tradat, non tamen unica traditio est, sed tot factæ traditiones intelliguntur, quot res ipsæ sunt. Patet itaque unam rem geri, & unam rem acquiri, non item plures; quare tamen non erit universalis acquirendi modus. Ceterum aliquando in Jure nostro plures res pro una considerantur, cum non ita strictè hac in re procedendum sit. Sunt enim apud Jurisconsultum tria corporum genera. Primum dicitur continuum, eorum nempe, quæ uno spiritu constare dicuntur, ut homo, equus, tignum. Alterum concretum, quod constet ex partibus coherentibus, ut ædificium, navis, armarium. Ultimum est dejectum constans ex distantibus partibus, ut grex, armentum, legio, populus, mille aurei, *l. rerum mixtura, ff. de usurpationibus, Seneca lib. 7. epist. 103*. Hinc ergo licet tot sint stipulationes, quot res, tamen familiæ, vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigæ aut lecticariorum, *l. scire debemus, §. 1. & 2. ff. de verb. oblig.* Item prorsus, quod in stipulatione, intelligendum est de traditione seu donatione, quæ per eam fit.

Sed si secundo Donatio omnium bonorum fiat per stipulationem, Donatarius non solum non acquirit res multas Donatoris, sed nullam om-

omnino rem ; siquidem stipulatio est contractus , per quem rerum dominium non acquirimus , sed solum actionem condictionem adversus eum , qui promisit dare , vel facere , ut jam supra in prima controversia explanatum est . Itaque neque hoc casu donatio erit modus universalis , ad quem constituendum Theophilus requirit , ut res multæ acquirantur , non unica personalis actio . Idem est si hæc donatio interponatur pacto nudo , vel etiam pollicitatione , quod fieri posse statuit Justinianus in *l. si quis argentum , §. penult. C. de donat.*

Verum licet in hoc casu traditio etiam rerum singularum sit ; quoniam tamen præcessit conventio de universitate , non de rebus singulis , cujus gratia traditio deinde fit , ideo una , non plures donationes factæ intelliguntur ; tamen quia res sigillatim mox traduntur , ideo pro quavis vice singularum etiam rerum dominium acquirimus .

Sed age videamus , quomodo ab Antonio Fabro arguatur , quod licet in donationem veniat universitas bonorum , non tamen inde fieri , ut donationis titulus videri debeat universalis . Dicit patere id exemplo hereditatis venditæ , quæ quamvis tota vendatur , non tamen ideo emtor habetur loco heredis , sed eam omnino possidet titulo singulari , ob idque nec creditoribus hereditariis tenetur , quamvis ea lege contraxerit , ut iis satisfaciat *l. 2. C. de hered. vendit.* Ergo ita quoque in omnium bonorum donatione .

Verum hoc tanti viri argumentum vitio laborat ; quandoquidem emtor hereditatis non possidet ea bona , uti hereditatem , & universam substantiam defuncti , sed uti partem patrimonii ejus , qui illam divendit , nempe quoniam ea hereditas , quæ venditur , jam adita , & acquisita fuit a venditore , ideo amplius hereditas non est , sed conversa intelligitur in patrimonium venditoris . Unde ante aditionem , qui res hereditarias subtrahit , tenetur non actione furti , sed crimine expilatæ hereditatis : secus si jam adita sit , *l. hereditaria , ff. de furtis* . Hinc duo colliguntur ; primo , emtorem hunc non posse conveniri a creditoribus defuncti ; quia ipse heres non est . Secundo nec etiam haberi loco heredis debere respectu venditoris , cujus non omnia bona emit , sed solum hereditatem illi obventam . Nullo modo itaque recte ab emtore partis bonorum argumentum ducit ad donatarium bonorum omnium ; non enim quod ille loco heredis non sit , statim sequitur ; neque hunc loco heredis habendum esse .

Verum id notandum , aliud Jus locum habere si vendatur hereditas , ac si donetur . Qui emit hereditatem non tenetur neque excipere actiones hereditarias , neque creditoribus victoribus facere satis , nisi fiscus sit , qui vendiderit , *l. 1. C. de hereditate vendita* . Excipere actiones , est se liti offerre , eamque suis impensis persequi ; litem , inquam , a creditoribus hereditariis motam . Facere satis est solvere creditoribus , qui in lite obtineant . Hoc adeo verum est , quod si emtor tantum ad faciendum

ciendum satis se obligavit, non possit mox cogi actiones hereditarias excipere; cum plurimum inter utrumque interfit. Quare actiones excipere debet heres venditor, qui si lite dijudicata damnatus fuerit, tunc emtor, qui facere satis promisit, solvere cogetur. Atque ita intelligenda est *d.l.2. C. de hered. vendit.* quam pessime interpretatus est Ant. Fab. cum ait, emtorem hereditatis non teneri creditoribus hereditariis facere satis, quoniam hac lege contraxerit; quippe non vidit, quantum interfit, inter excipere actionem, & facere satis. Secus est in donatione, nam hereditate donata, qui eam accipit, per actionem præscriptis verbis cogitur donatorem adversus creditores defendere, hoc est actiones excipere: & si lis adversus heredem dijudicetur, ipse etiam donatarius faciet satis, *l. hereditate, ff. hoc tit.* Ideo autem datur actio præscriptis verbis, quoniam quotiescunque de nomine alicujus contractus ambigitur, convenit tamen ex eo aliquam actionem dari, ad actionem præscriptis verbis recurritur, *l. 1. ff. de æstimatoria, l. 1. cum duab. seqq. ff. de præscript. verbis.* Distant ergo donatio hereditatis, & venditio. Ratio disparitatis quæ sit, quaritur. Et nos dicimus rationem pendere ex eo quod donator suæ liberalitatis pœnam pati non debet, *l. ad res donatas, ff. de edil. edito*; ubi si res ab eo, cui donata est, melior facta sit, & mox quia vitiosa vel morbida reperta est, velit donatorem redhibere; non potest donator quanti ejus interest, qui meliorem fecit, conveniri; ne liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. Hinc cum inquietatur a creditoribus hereditatis donatæ, debet defendi. Hæc æquitas locum in venditione non habet.

Verum quæritur, cur adversus donatarium in nostra *l. hereditatem* datur actio præscriptis verbis, quæ actio non nascitur, nisi ex contractu, *d. l. 1. ff. de æstimatoria*, & tamen donatio simplex contractus non est? Respondet Giph. ibi *num 4.* in ea lege conventum esse, ut donatarius faceret creditoribus satis; & hujus conventionis ratione donatio contractus est, *l. Aristo, ff. hoc tit.* Verum Giph. divinat, cum nusquam conventionis ullius mentio in ea lege compareat. Dicendum itaque est, legem ipsam ex bono & æquo, ne donatarius gravaretur ex sua munificentia, fingere de hac re esse inter ipsos conventum; licet re vera non convenerit, sed simpliciter donatum sit. Est itaque non tam contractus, quam quasi contractus: & ex hoc descendit actio præscriptis verbis.

Sed hæc Fabri conciliatio omnino nulla est. Quamvis enim verum sit æs alienum universum patrimonium minuere; tamen misere Faber decipitur, cum putat donato per stipulationem patrimonio, universitatem in donatarium transferri; etenim vel hæc translatio fit statim interposita stipulatione, & falsum est, quia verborum contractu nulla pars patrimonii in stipulatorem transfertur, cum huic tantum unica personalis actio acquiratur. Vel fit translatio, cum mox rerum promissarum traditio fit, & falsum etiam est, ipso Fabro teste, dum notat traditionem.

nem esse rerum singularum . Deinde si facta per stipulationem donatione universitas cum ipso ære alieno transferretur, utique jam ea donatio modus acquirendi universalis esset, quod est absurdum; cum plane constet, æs alienum non nisi ad universalem successorem pertinere, ut patet in hereditate, bonorum additione, & id genus reliquis universalibus modis: at vero Paulus in *d. l. mulier* negat maritum loco heredis habendum esse. Tandem ratio Juliani in *d. §. Lucius*, non pendet nisi ex hoc, quod patronus animum fraudandi habuit: quare in specie exigat, ut sciverit, se creditores habere, & eo non obstante universas res tradiderit.

Pro solutione itaque dicimus, non de eadem specie quæri ab utroque Jurisconsulto in *dd. ll.* Etenim in *d. §. Lucius* ea quæstio tractatur a Juliano, num qui creditores habere se scit, & ad unam omnes res tradendo alienat, intelligatur fraudandorum creditorum consilium habuisse? Ratio dubitandi erat, quia fraus in dubio non præsumitur, *l. quoties, §. qui dolo, ff. de probationib.* Respondet tamen Julianus hic ex conjecturis satis ipsam fraudem colligi, nimirum tum ex alienatione omnium rerum, tum ex scientia, quod creditores habeat. Constat autem fraudem recte ex conjecturis desumi, ut late Bartolus, & reliqui in *l. post contractum, ff. hoc tit.* Fraus consilii, & fraus re ipsa in mente est dolus, in re est damnum, *l. 7. §. sed si fraus, ff. de pactis.* Utraque ad edictum Fraudatorium exigitur, *l. ait Prætor, §. ita demum, ff. quæ in fraudem creditorum.* Hinc fit, ut ipse patronus alienans jam duplici actione teneatur suis creditoribus, primo actione personali orta ex contractu, altera actione in factum, orta ex edicto fraudatorio. Cum sit donatio, non requiritur, nisi fraus donantis, *l. quod autem, §. simili modo dicimus, ff. quæ in fraud. cred.* Ut scilicet sibi a libertis æs alienum restituere faciat: ipse inquam patronus, vel heres ipsius, eo mortuo, ut in *d. §. Lucius*, juncta *l. hoc in factum, ff. quæ in fraudem creditorum*: immo etiam ipsi liberti conveniri potuerunt, ut restituerent, ut in *ead. tit. l. 1.* At vero quærebatur a Paulo, utrum mulier, quæ in quantum ad rem gestam, omne suum patrimonium viro in dotem tradiderat: sed in quantum ad verba dixerat: se omnia sua bona dare. Quod non est in specie Juliani, penes quem solum rerum omnium traditio libertis facta intervenerat. Quare hic quæsitum est de fraude; cum etiam æs alienum traditum sit: quæ quæstio apud Paulum cessat ex eo, quod uxor dixerat bona in dotem concedere; & certum est appellatione bonorum non comprehendi æs alienum, *l. 2. §. illud, ff. de coll. bonor. l. non possunt, ff. de Jure fisci*: quare si æs alienum non concessit, quæri creditores de fraude non possunt. Verum quia mulier res universas, non deducto ære alieno, tradiderat viro suo, quæsitum est, qua via succurri creditoribus debeat; num scilicet agi adversus virum, tanquam loco heredis, posset; & id negat Paulus, qui ait posse solum agere contra mulierem, ut æs alienum, quod in

dotem non dedisse intelligitur, a viro repetat, sibi que faciat satis. Quod si objicies: Julianus etiam si prius dicat patronum omnes res suas liberis dedisse; tamen mox subdit universa bona. Respondetur ibi bonorum nomen accipi non naturaliter sed civiliter, prout etiam æs alienum contineret, ut in *l. bonorum*, ff. de verb. signif. & toto tit. de bonor. possessionib.

Hinc potest resolvi & alia quæstio, Donatarius omnium bonorum utrum teneatur facere satis creditoribus donatoris: in qua illud certum est, quod si res donatæ pro ære alieno hypothecatæ sint, posse creditores agere, & experiri in res ipsas utili pigneratitia actione Serviana, *l. æris alieni*, C. hoc tit. quæ cum sit actio in rem, præstatur contra quemcumque possessorem, quæ non solum datur contra colonum, & inquilinum, sed pro re quacunque pignori subjecta; proinde legatarius experitur utili Serviana, *l. 1. §. rectius*, C. comm. de legat. DD. in *l. cum filius*, §. variis, ff. de leg. 2. a quo nudam possessionem rerum pigneratarum advocat, cum hujus pignoris dominium adhuc esse dicatur penes debitorem, *l. si cum venditor*, in princip. ff. de eviccion. *l. 1. §. cum prædium*, ff. de pignorib. Si autem fuerint creditores personales, tunc si ea lege donatum est, ut donatarius creditoribus donantis solvat, & eo casu creditores adhuc adversus donantem debitorem agent, ita tamen, ut donatarius ipsis satisfacere cogatur, ut in *l. cum res*, C. hoc tit. Tandem si nihil inter donantem & donatarium conventum sit, tunc est controversia contra quem creditores personales seu chirographarii actionem dirigere queant.

Et Gloss. duas responsiones proponit in *d. l. æris alieni*. Una est contra donatarium agi non posse, quod cum eo creditores non contraxerint, sed adversus donantem vel heredem ipsius dari actionem, quasi aliud in donationem non venerit, nisi quod superest deducto ære alieno; itaut qui mille debet, & tria millia donat, duo millia tantum donasse intelligatur. Itaque creditores agent condicitione contra donantem, ut ea mille a donatario repetat, ipsisque præstet. Probatur id ex *l. mulier bona*, ff. de Jur. dot. ubi mulier bona sua omnia in dotem viro dederat; quæsitum est, an maritus quasi heres creditoribus hereditariis suæ uxoris respondere tenetur? & respondet Paulus non teneri; cum non sit quasi heres, sed quidquid possidet titulo singulari dotis habeat. Verum quia non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto ære alieno; ideo creditores dirigere gressus suos poterunt contra ipsam mulierem, vel heredem ipsius, ut repetat a viro, quod in dotem non dedisse censetur, idque ipsis restituat. Hoc etiam in donatione bonorum omnium locum habere nulli dubium esse potest, si rationes decidendi attendamus. Prima est maritum non posse conveniri, quia quasi heres non est. Secundo ideo in uxorem agi, quod bona, quæ dotis nomine tradidit, intelligantur deducto ære alieno. Utique harum rationum cum donatione hac recte convenit, cum donatarius bonorum omnium loco heredis non

non fit, & bona dicantur donata, non etiam æs alienum, in quo plane donatio non cadit; cum ideo dicatur æs alienum, quod non fit in bonis ejus, qui debet, sed illius cui debetur, *l.cedere diem*, §. 1. ff. de verb. signif. Altera responsio est, posse creditores contra donatantem ad revocationem agere ex edicto, quæ in fraudem creditorum, quasi donatio facta sit in fraudem, utpote quæ ex bonorum omnium alienatione induci solet. Patet id ex *l.omnes debitores*, §. Lucius, ff. quæ in fraudem creditorum, ubi qui scit se creditores habere, & universas res suas libertis tradidit, intelligitur in dubio habuisse consilium fraudandorum creditorum; ideoque patronum, ipsiusque heredes actione ista teneri. Sequuntur id Baldus, Angelus, Cynus, & Salycetus in *d.l. aris alieni*.

Quæ harum responsionum vera sit, non cuivis discernere obvium est, cum videantur omnino pugnare inter se dictæ leges. Antonius Faber *decad. 48. err. 7. num. 8.* concordat distinguendo inter donationem, quæ traditione fit, & eam, quæ stipulatione, vel aliter verbis, & conventionione interponitur; si enim celebretur traditione, tunc quia traditio non est universalitatis, sed rerum singularum, ideo licet universæ tradantur, nihil tamen est, unde æs alienum deduci possit, quod scilicet non singulas res afficit, sed universalitatem ipsam patrimonii, & consequenter ex universalitate ipsa, non ex rebus singulis deducendum esset, *l. si fideicommissum*, §. tractatam, ff. de judic. Quare eo casu res omnino omnes videntur datæ, nullo inde ære alieno deducto, quare in fraudem creditorum est, quibus consulitur, ut edicto Prætoris agant, cum aliter ipsis prospectum esse non possit; atque ita procedit textus in *d.l. omnes*, §. Lucius: ubi signanter dictum est, *universas res suas tradidit*, ut intelligamus id non procedere in quacunque donatione, sed in ea solum, quæ traditione fit. Quod si donatio rerum omnium per stipulationem, aliamque conventionem fuerit interposita, universalitas ipsa donata intelligitur, & æs alienum universalitatem afficit, ideo id tantum censetur donatum, quod superest ære alieno deducto. Hinc in creditorum fraudem facta non est. Quid enim dici potest, factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium, si æs alienum ante omnia deducendum est, & a donatione excipiendum? Quare hoc casu nulla manet actio, nisi contra donatorem ipsum, ut intelligendus est textus in *d.l. mulier bona*.

Probatur hinc quomodo capiendum sit rescriptum D. Pii, quo donatores ne egere cogantur, non in plus tenentur, quam in quantum facere possunt, deducto etiam ære alieno. Id enim non procedit in ea donatione, quæ per traditionem fit; sed in ea, quæ per stipulationem, ut constat ex *l. qui ex donatione*, ff. hoc tit. ibi: Qui ex donatione se obligavit; siquidem in donatione, quæ verbis fit, solum nascitur obligatio. In hac excipit donator æs alienum.

Quod autem decisum refert Guidon Papa *quæst. 105.* nimirum, quod

si donator sit non solvendo, vel eo defuncto nullum heredem inveniatur, tunc in subsidium recte a creditoribus experiri posse condictionem adversus donatarium bonorum omnium; id omnino stultum est. Nam tunc aliquid in subsidium dari dicitur, cum alia via consuli non potest, quod utique in casu nostro non est, cum semper creditoribus liceat alterutrum, hoc est vel ex edicto fraudatorio revocatoriam proponere ex §. *Lucius*, vel agere adversus donatorem, ipsiusque heredem, actione scriptis verbis ex d.l. *mulier bona*. Quod si heredem non habeat, curator dandus hereditati est, qui conveniatur. Alii dicunt hoc non fieri in subsidium, sed ex benignitate ad evitandum circuitum, ut dixit Gulielmus de Beneditis in cap. *Raynutius*, verb. *cetera*, num. 46. de testam. & Boerius dec. 201. Sed non minus falluntur, cum actiones personales non transcant, nisi adversus universalem successorem, & qui loco heredis sit: quod non est de omnium bonorum donatario. Hæc pro recte percipienda donationis substantia dicta sint satis.

De Divisione Donationum.

C A P. II.

CONSTANS nostrorum opinio est, donationem in duas tantum species parti, Propriam, & Impropiam. Illam putant etiam in Jure nostro nuncupari veram, & absolutam donationem, imo etiam directam, & meram; sicuti e contrario hanc aliam non directam, non veram, neque absolutam, & non meram. Sed Interpretes omnes hac in re maximopere hallucinari credimus, ut in progressu palam fiet. Interim dicimus I. Donationem dividi, ut una sit mera, altera non mera. II. Meram distingui in Propriam, & Impropiam. III. Non Meram duas etiam partes esse, cum alia sit ob rem, alia ob causam. Et quamvis hoc nimis involutum videatur, conabimur tamen distincte & dilucide, ut fieri poterit, explanare atque probare.

I. Itaque dicimus. Omnino ad donationem opus est, ut fiat ex causa liberalitatis. Verum si quis donando non alia causa movetur, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat, hoc casu donatio dicitur facta ex sola, & mera liberalitate, ut si simpliciter dictum fuerit, *Dono tibi mille*; cum enim causa donationis expresse dicta non est, alia non esse censetur, quam liberalitas, ut recte animadversum est ab Henrico Bocero in hoc tract. cap. 13. num. 11. Sed si quis donet causa expressa, ut si donem Præceptorum meo, quod me scientia, & diligentia meliorem reddidit; hæc diserte non mera donatio dicitur a Papiniano in l. *Aquilinus*, ff. hoc tit. Hoc ideo, quia donatio hæc duplici causa facta dicitur, una expressa, altera tacita. Tacita causa est liberalitas, quæ inde colligitur, quod dixerim me donare. Donatio autem a liberalitate sejungi non

non potest. Altera causa est expressa, nimirum, quia me reddidit meliorem; quoniam ergo hoc casu non donatur ex sola, & mera liberalitatis causa; ideo hæc donatio dicitur a Papiniano non mera, ut ibidem patet.

II. Mera donatio dividitur in Propriam, & Impropiam, nam ad harum utramque requirit Julianus in *l. 1. ff. hoc tit.* ut propter nullam aliam causam fiant, quam ut liberalitas & munificentia exerceatur: ergo utraque harum mera donatio est, sed ut hæc omnia clare pateant, age proponamus utriusque definitiones,

Donatio propria ex *d. l. 1. in princ.* est rei datio ea mente, ut statim accipientis fiat, & nullo casu ad donantem revertatur, & propter nullam aliam causam fiat, quam ut liberalitas, & munificentia exerceatur. Explanatur definitio.

Dicitur, Ut statim fiat accipientis; hæc enim est prima nota, qua propria donatio secernitur a non propria. Quare si Titio donatum est, ut tunc demum ipsius fiat, cum quid secutum fuerit, hoc est sub conditione actum suspendente, Impropria donatio est, ut in *d. l. 1. §. dat alicui.*

Dicitur, Et nullo casu restituatur; eaque fuit solemnis Atheniensibus Pueris Cantilena: Recte datorum repetitio nulla est, ut notat Plato in *Phil.* Quare ab ejus discipulo Aristotele 4. *topicor.* Donatio definitur; datio ea mente facta, ut nunquam recipiatur. Hæc tamen definitionis verba, licet Juliani sint, videntur tamen esse expungenda, propterea quod ea ideo Jurisconsultus apposuit, quod suo tempore (vixit enim sub Adriano Imperatore, qui moritur anno Christi 139.) Donatio semel perfecta nunquam ulla de causa revocari poterat: quod tamen postea sublatum est; siquidem Imperator Philippus anno Christi 146. donationem inofficiosam rumpi voluit, *l. 1. C. de inoff. donation.* & bienio post, donationem in libertum collatam revocare patrono permisit actione ingrati, *l. 1. C. de revoc. donat.* quod postea ad alios omnes per sequentes Imperatores extensum est; & tandem anno Christi 335. Constantinus donationem liberti factam ob filios, qui mox patrono nascentur, revocari posse scripsit in *l. si unquam, C. cit. tit.* Quare Jam hodie Juliani dispositio amplius non vigere videtur; & propterea ea verba delenda sunt, vel saltem restringenda, ut fecit Justinianus, qui in *§. alia autem, hoc titulo* ait: Donationem semel perfectam temere revocari non posse, hoc est revocari quidem, sed non nisi ex causa legibus cognita.

Nihilominus quia Tribonianus Juliani verba intacta nobis reliquit, ideo nos ea retinebimus, sed commoda interpretatione juvabimus. Dico itaque Jurisconsultum, & Imperatorem recte locutos esse; ita tamen ut Justinianus respexerit ad rem, Jurisconsultus ad animum. Quandoquidem donatio eo animo facienda est, ut nullo casu revocetur. Res tamen fert, ut quandoque revocari queat, quod non temere fit. Hinc est quod

quod si quis ea mente dat, ut statim quidem fiat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit id ad se reverti, hæc donatio eo facta animo, ut sub conditione resolvatur, propria donatio non est, *d. l. 1. §. dat. aliquis*, ubi animus consideratur, qui est aliquo casu revocandi, isque animus tam reddit impropiam; adeoque si mox ob defectum, vel implementum conditionis, revocari non contingat, non propterea fiet propria, ut est in donatione causa mortis.

Dicitur tandem, Propter nullam aliam causam, nisi ut liberalitas exerceatur; ad hoc ut demonstretur donationem propriam computandam esse inter donationes meras, quæ plane ob solam liberalitatem fiunt, nec aliam causam habent admixtam.

Quæ vero sit definitio donationis impropiæ, non traditur expressim a Juliano in *d. l. 1.* tamen qua ratione definiri possit, satis superque indicat; nam in duobus tantum casibus dicit donationem esse impropiam; primo cum sit sub conditione suspensiva, secundo cum celebratur sub conditione resolutive, qualem, ait, esse donationem causa mortis factam; nunquam vero dixit impropiam etiam donationem esse, si fiat ob aliam causam præter liberalitatem, ut ibi clarissime patet. Quapropter dicendum est, ad hanc etiam impropiam donationem requiri meram liberalitatem, & per consequens ipsam etiam meram esse. Definitio ergo ita se habebit. Donatio impropria est, rei datio ea mente, vel ut non statim fiat accipientis, vel ut aliquo casu revocetur, facta tamen ob solam causam exercendæ liberalitatis.

Patet itaque falli DD. cum putant donationem meram eandem esse cum propria, quod falsum est; quia ad donationem meram hoc solum requiritur, ut ex mera causa liberalitatis fiat, ut patet ex *d. l. Aquilius*. Cum ad donationem propriam præter liberalitatem, duæ adhuc aliæ conditiones exigantur, ut statim transferat dominium, & nullo casu revocetur, *d. l. 1. in princ.*

Patet II. falli, cum credunt donationem propriam solum esse meram donationem, cum jam probatum sit, etiam impropiam fieri ex sola liberalitatis causa, eoque ipsam etiam meram esse, & dici oportere.

Ex modo dictis facile constare potest, quænam sit absoluta donatio; nam a Papiniano in *l. Seja, §. ult. ff. de mortis causa donat.* ejus donatio, qui dedit sine conditione resolutive, dicitur absoluta, & contradistinguitur a donatione mortis causa; & a Paulo in *l. Senatus, §. 1. ff. cit. tit.* Donatio, quæ ita perficitur, ut nullo casu revocetur, appellatur vera & absoluta, eodemque modo sejungitur a donatione causa mortis; quare constat absolutam, sive veram & absolutam donationem, eandem esse, ac propriam.

Constare etiam potest, quæ sit donatio directa, de qua habetur in *l. 2. C. hoc tit.* ubi male Accurs. intelligit esse eam donationem, quæ sit inter vivos, quæque propria, & impropria esse potest, imo etiam

non

non mera ; & nihilominus in ea *l. donatio directa* non solum disjungitur a mortis causa donatione, sed etiam a donatione conditionali suspensiva, & in diem ; quæ duæ etiam inter vivos sunt . Male vero Jacob. Gothofr. ad *l. 1 C. T. b. hoc tit.* ait esse, ubi in præsens res donata traditur, cum etiam in donatione causa mortis res in præsens tradatur . Nos itaque dicimus, donationem directam non esse diversam a propria, idque factum esse ad imitationem Græcorum ; siquidem apud Platonem *Recta donatio* ea est, quæ ita fit, ut nunquam revocetur, quo signo certe Plato propriam donationem indicavit ; sicut etiam fecit Aristoteles, qui donationem (de propria intelligens) *donationem irrevocabilem* esse dixit . Probatur id ulterius apertissime ex eadem *l. 25.* ubi donatio directa disjungitur a donatione mortis causa, conditionali suspensiva, & in diem, quæ tres omnes sunt improprie donationes : ergo illa prior eadem erit ac propria . Mentio etiam in ea *l. habetur* de donatione velata alterius contractus nomine : sed hæc quænam sit, capite sequenti planum faciemus .

Ceterum ad nostrum institutum revertamus . Itaque Donatio in duobus casibus impropria dicitur, cum sit sub conditione resolutive, vel sub suspensiva . De singulis nonnihil dicemus .

Donationis sub conditione resolutive duo exempla præstat Jurisconsultus in *d. l. 1. §. dat aliquis* . Primum est donatio mortis causa . In hac enim semper tacite conditio resolutive intelligitur, utpote quæ tribus casibus revocatur . Primus est si donatorem poeniteat donationis ; alter si donator supervixerit periculo, ob quod donavit ; & tandem si donatarius antevertat mortem donantis, Donellus *lib. 14. comment. Jur. cap. 35.* Verum objici Jurisconsulto posset, mancum ipsum esse, cum hæc donatio etiam ex altero capite impropria debeat censerī, quia nimirum non semper statim dominium transfert, puta si dictum fuerit, si quod humanitus in hac navigatione contingerit, dono tibi ; tunc quia donatio conditionalis est, dominium non statim transfert, sed tunc demum cum qui donat, navigando obierit, *l. Julianus, ff. de mort. causa donat.* Itaque dicendum erit donationem hanc duplici ex capite impropriam esse posse, vel quia conditionalis, vel quia pura sub conditione resolvēte, & non tantum ex hoc ultimo, ut factum a Juliano est. Ceterum responderi posset, id ideo fecisse, quod ejus donationis natura, non item accidentia in consideratione habuit . Etenim si donatio ita fiat, ut statim transferat dominium, vel non statim ; id cum possit fieri, & non fieri, accidens dicitur : at vero cum sit omni casu revocabilis, hæc ejus natura est. Itaque licet verum sit, si consideremus hujus donationis accidentia, posse impropriam dici ob aliud caput præter illud, quod notandum est a Jurisconsulto, tamen secus est, si attendamus naturam .

II. Exemplum est in donationibus inter sponsos, & contemplatione matrimonii factis, quæ interdum revocantur, & improprie sunt, inter-

interdum non, & sunt propriæ. Revocantur quidem, si ea mente sunt factæ, ut nuptiis non secutis iterum recipiantur, quod nominatim exprimendum est, ut revocatio detur, *d. l. 1. in fine, & l. 2. C. de donationibus ante nuptias*. Non revocantur vero, si simpliciter fuerint factæ, siue non ea mente, ut restituantur nuptiis non sequutis, *l. si filia cum duob. seqq. C. cit.* nisi is, vel ea, cui facta est donatio, impedimento fuerit nuptiis: hoc enim casu revocari potest etiam simpliciter facta donatio sponsalitia; cum per donantem non stet, quin nuptiæ adimpleantur, & impedimentum omne ex donatario procedat, *l. cum Veterum, C. cit.* Giph. in nostra *l. nu. 6.*

Illud posset aliquem in admirationem trahere, cur Julianus mentionem nullam fecerit de donatione in diem, siue ad tempus; puta dono tibi ad quinquennium, quod est tempus certum, vel usque ad mortem tuam, siue quandiu vives, quod est incertum: hæc enim etiam impropria est; quia tempore quinquennii transacto, vel morte sequuta, resolvitur.

Sed sciendum est, olim tempore Juliani donationem ad tempus fieri non potuisse, sicuti neque legata, & fideicommissa temporalia, ut nec contractus, *l. ult. C. de legat.* Ideo scilicet quia tempus non est modus neque obligationis inducendæ, aut tollendæ, *l. obligationum, §. placet, ff. de obligat. & action.* neque etiam dominii acquirendi, vel tollendi, nisi accedente lege, ut in usucapione; quia dominium, & obligatio sunt Juris, & tempus est facti. Itaque cum donabam tibi mille ad biennium, tempus pro non adscripto habebatur, & mille tibi perpetuo Jure quæsitæ erant, ut etiam contigebat in stipulatione, *§. si ita, de verbor. obligat.* Et hinc est, quod toto jure antiquo nulla unquam mentio fiat temporalis donationis. Id tamen postea correctum est *d. l. finali*, nimirum a Diocletiano, & Maximiano in *l. 2. C. de donat. quæ sub modo*.

Verum Giphanius ibi *num. 4. & seqq.* putat *l.* illam Diocletiani interpolatam esse a Triboniano; quod probat ex eo, quia donatio in ea *l.* proposita, hoc est dono tibi donec vixeris, non proprie, siue expressim, & nominatim refertur ad tempus, sed modus tantum ei adjectus continet tempus, ipsa donatio est pura, siue sine tempore, ut propterea valida fuerit etiam Jure antiquo. Probat id exemplo legati, quod ad tempus expressum olim non valuit, *d. l. ult. C. de legatis*, sed cum modo fideicommissi tempus continente valuit. Ut lego tibi prædium tale usque ad annum, non valebat; sed ita, lego ut post annum id restituas Sempronio, vel etiam post mortem tuam, semper valuit, *l. filius, §. 3. ff. de legat. 1.* Ita ergo donatio illa in lege Diocletiani non valet ex eo, quod Jure novo fieri potest ad tempus, sed Jure veteri, quod tempus indirecte additum sit; nam multa directo, & expresse fieri non possunt, quæ tamen tacite, & per consequentiam conceduntur, *l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstrat.*

Sed

Sed mirum est Giphanium non intelligere, quid sit donationem fieri ad tempus; quod aliud non est, nisi donationem olim ita concipi non potuisse, ut transacto certo tempore resolveretur, hoc est iterum ad donantem rediret. Id enim est resolvi, & hæc plane resolutio valide non apponebatur, quia tempus non est inter modos dominii tollendi, itaut in hac donatione Diocletiana, dono, donec vixeris, si Jus antiquum attendamus, tempus pro non adscripto haberetur, quia donationem resolvit, reique donatæ dominium ad donantem iterum revocat. Cum vero donationi modus apponebatur, veluti donec tibi Stichum, ut post quinquennium manumittas, tunc alia ratio omnino erat, & donatio hæc semper valuit, & modus servandus erat, ut patet ex *l. Aristo, ff. hoc tit.* quandoquidem pura, & irrevocabilis donatio est; quoniam transacto quinquennio donatio non redit ad eum, qui tradidit, sed modus adjectus, sive onus appositum servandum; hoc est manumitti debetur Stichus; quare donatio propria est, non item impropria. Quæ ut ajebat Julianus, tunc est, cum ea mente fit, ut post tempus aliquod recipiatur, hoc est redeat ad eum, a quo profecta est; Et cum ad hunc non redit, non dicitur revocari, nec propterea impropria. Hæc eadem erant in legatis; nam legatum temporale fieri non poterat, hoc est, ut transacto aliquo tempore resolveretur, & ad heredem rediret, ut do, lego Stichum ad annum unum; sed si sub fideicommisso relictum fuisset, quia tunc legati resolutio non est, sed onus, ideo recte id fieri poterat, ut in *d. l. filius, §. 3. ff. de legat. 1.* Hinc ergo donatio in lege Diocletiani proposita, quia sub tempore resolvebatur, Jure antiquo in quantum ad tempus adscriptum invalida non erat, quidquid Giphanius dicat, ut propterea opus fuerit novo Jure Diocletiano, quo sustineretur. Atque hæcenus de conditione resolvende donationem.

Nunc de conditione suspensiva. Hic nos ægre torquet Julianus in *l. si cum filius familias, §. si pecuniam, ff. hoc tit.* ubi ita habet: Si pecuniam mihi Titius dederit, absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus factus Consul esset, si furente eo, sive mortuo, Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet. Quod omnino contrarium videtur Juri, & rationi.

Contrarium est Juri in *l. si ego Seja, §. si res, ff. de Jure dotis*, ubi si res alicui tradidero, ut tunc demum dotis fiant, cum nuptiæ secutæ fuerint, & ego ante nuptias decessero, ait Ulpianus ex Juris rigore, etiamsi mox nuptiæ sequantur, & conditio eveniat, res non ideo fieri ejus, cui dedi; tamen in specie proposita favore dotium contrarium servandum esse, quo casu heres invitus cogitur donationi consentire, vel si hoc omnino facere noluerit, dominium intelligi ipso Jure translatum, ne mulier indotata remaneat: ergo in reliquis omnibus donationibus per traditionem factis, illud observandum est, ut conditio eveniens post donatoris mortem nil profit donatario, qui non propterea sibi ac-

quiret res sub ea conditione ipsi traditas.

Contrarium est rationi ; nam cum donatio *d. §. si pecuniam* fuerit conditionalis , hoc est non transferat dominium , nisi Sejo jam Consule , *l. qui absenti* , §. 1. ff. de acquir. posses. & Sejus. post mortem donatoris Consul factus est ; inde fit , ut dominium rei , tunc solum possit a donatario adipisci , quod interim mansit penes donatoris heredem . Sed tunc hoc fieri non potest : vel enim dominium transferendum esset a donatore in donatarium , & hoc fieri nequit , quia jam ille qui dedit , dum conditio purificatur , rei dominus non est , quæ heredi quærita dicitur : vel esset transferendum ab herede in donatorem , & hoc fieri nequit , nisi in id heres ipse consenserit ; nam quod nostrum est sine pacto nostro a nobis auferri non potest , *l. id quod nostrum* , ff. de regul. Jur. Et hac quidem ratione Ulpianus in *d. §. si res* motus est , cum dixit , secutis nuptiis post obitum donatoris , attento Juris rigore res donatarii non fieri , sed Ulpiani verba dabimus : *Et vereor ne non possint in dominio ejus effici , cui data sunt , quia post mortem incipiet dominium discedere ab eo , qui dedit , & quia pendet donatio in diem nuptiarum , & cum sequitur conditio nuptiarum jam heredis dominium est , a quo discedere non posse rerum dominium invito eo fatendum est .* Quare videri posset Ulpianum de industria contra Julianum hæc scripsisse .

Varie tentatum est a nostris , quo possent hos Jurisconsultos ad concordiam reducere , sed invita Minerva . Accursius putat in *§. si pecuniam* esse dominium jam translatum in donatarium , tunc cum pecunia tradita fuit , idque ex specialitate solum habere locum in pecunia , *argum. l. singularia* , ff. de reb. credit. in aliis vero rebus procedere dispositionem *§. si res* , ubi ipse hæc tradit *v. favore dotium* .

Sed nihil hac responsione stultius fieri posse puto , & ut ab ultimis incipiam , cum *§. si res* generatim loquatur de rebus sub conditione donatis , nullo modo fieri potest , ut inde excipiamus casum , quo pecunia traditur , præsertim cum nullam hujus exceptionis rationem assignaverit Accursius ; cum vero dicit specialia quædam de pecunia in Jure nostro reperiri constituta ; neque hoc verum est , nam in *d. l. singularia* , quam ad hanc rem laudat Accurs. solum traditur in pecunia credita , hoc est in mutuo fingi brevem manum ; quod vocatur singulare , non quia hoc solum in mutuo , seu pecunia credita locum habet , cum locum etiam inveniat in donatione , venditione , ac omnibus contractibus , ut notum est , sed dicitur singulare hoc est res animadversione digna ; Latini enim authoribus sæpe idem est singulare , ac notabile . Tandem falsum est in *§. si pecuniam* dominium jam ab initio donationis , & traditionis esse translatum ; tum quia hoc contrarium est pacto convento , nimirum ut pecunia non statim fieret accipientis , sed tunc demum cum Sejus Consul factus esset ; tum etiam quia Jurisconsultus aperte dixit , tunc fieri meam , cum Sejus Consulatum adeptus fuerit .

Hinc

Hinc etiam rejicitur interpretatio Giphanii in *d. §. si pecuniam*; num. 20. & seq. qui etiam putat ibi dominium statim esse translatum; sed ideo hoc, quod donatio facta fuit sub modo, ut credit indicari per particulam illam, cum Sejus. Notum autem est modum non differre dominii translationem, *leas causas*, ff. de condit. & demonstrat. Notum etiam est modum aliquando appellari conditionem, *l. liberto*, §. Lucius, ff. de ann. legat. cum concordantibus. Rejicitur inquam; licet enim hæc postrema vera sint, falsum tamen est in eo §. de modo agi, cum expresse dicatur dominium non esse statim translatum, sed tunc demum transferri cum Sejus Consul factus erit, juxta id quod conventum fuerat. Particula enim illa, cum Sejus, non facit modum, ut nimis sane prophanter dixit Giphanius, sed indicat tempus incertum, quod conditionem facit, *l. dies incertus*, ff. de condit. & demonstrat.

Non minus inepta est solutio Bartoli, qui duos casus distinguit; vel enim donatio fuit simplex, & satis est si conditio post donatoris mortem purificetur, ut ei, qui accepit, dominium acquiratur, ac ita putat locum habere textum in *§. si pecuniam*; vel donatio ob causam est, & quia revocari pœnitentia potest, ita etiam revocabitur morte, ex *d. §. si res*.

Quot verba tot errores; quandoquidem nunquam efficiet Bartolus, ut *§. si res* agat de donatione ob causam, non vero de conditionalis; tum quia ita colligitur ex illis verbis: Pendet donatio in diem nuptiarum. Pendentia vero actus a conditione inducitur, non item a causa; nam si donem tibi mille, ut alimenta mihi præbeas, hæc donatio ob causam facta dicitur, & pura est, hoc est statim mihi acquiri ea mille, *d. leas causas*; tum etiam quia expressim conditionalis ab Ulpiano ea donatio dicitur ibi: Cum sequitur conditio nuptiarum. Itaque tam hæc, quam in *§. si pecuniam*, agitur non de alia donatione, quam de conditionalis. Uterius Ulpiani ratio non nititur in eo, quod per mortem donatoris ea donatio revocari censeatur, quæ est ratio Bartoli; sed in eo, quod tempore purificatæ conditionis dominium amplius non est penes donantem, sed penes heredem, a quo invito auferri non potest. Item quia falsum omnino est donationem aliquam, sive ex causa, sive non, sola pœnitentia revocari posse, ut patet ex *l. 2. & 3. C. de revocand. donat.* Tandem licet Bartolo id quod falsissimum est concedere velimus, nimirum posse donationem ob causam pœnitentia revocari exemplo contractus do, ut facias, vel do, ut des; non ideo concedendum etiam esset, morte etiam revocari, cum constet ante conditionis implementum posse ob causam datum revocari solum ex pœnitentia, quæ potestas non transit ad heredem, quippe qui pœniteri nequit, sed omnino expectare debet, an causa impleatur, nec ne: illo casu res fiet accipientis, isto condicetur causa dati, ut eleganter traditum est a Donello *lib. 13. comment. Juris cap. 22.*

Sed tentemus jam, si quid boni a nobis in hanc rem adduci possit, quandoquidem aliorum auxilia deficient. Sed præmittendum est quæstionem hinc agitari de donatione vera, quæ per solam traditionem fit; si enim proponeretur facta donatio per stipulationem, tunc clari Juris esset, nihil interesse utrum conditionis dies cesserit, veneritque vivo eo, qui donare promisit, an vero eo jam mortuo; propterea quod ex donatione per stipulationem interposita solum hoc fit, ut promissor obligetur conditione veniente, vel rem tradere stipulanti, vel si tradidit jam, pati eam fieri ejus, qui sub conditione accepit: quod si donator eo tempore mortuus sit, nihil refert; nam constat obligationem defuncti morte non extinguui, sed transire in heredem; quare purificata post donatoris mortem conditione, heres implebit id, quod ipse defunctus eo casu perficere teneretur, si in vivis esset. Hinc intelligi poterit cur Julianus in *d. §. si pecuniam dixerit*: Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ideo nimirum quia, si placuisset stipulatione donationem fieri, nulla suberat difficultas; propterea quæstio solum fit, cum donatio rerum est, seu sola traditione celebratur sub conditione suspensiva, quæ tandem mortuo donatore purificatur; tunc quia ex eo actu nulla obligatio donatoris, vel heredis oritur, ut supra disputatum est, ideo quæritur, utrum res tradita donatarii fiat. Julianus affirmat, Ulpianus negat. Nos in præsens Julianum tuebimur, mox de Ulpiano dicemus.

Probatum itaque valere exemplo legati, cui donatio quamproxime accedit, cum ambo sint modi acquirendi civiles particulares introducti ad liberalitatem exercendam, vel cum morimur, vel inter vivos. Legatum itaque si sub conditione relictum fuerit, & conditio post legantis mortem eveniat, certum est legati dominium inde legatario quæri; ergo hoc idem servandum videtur in donatione conditionali. Sed ut hoc recte intelligatur, altius repetam, legatum duplici via acquiri legatario posse; si enim pure factum proponatur, eo casu legati dominium recta via transfertur a testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis, *l. legatum ita, ff. de legat. 2.* sed si in diem, vel sub conditione legatum sit; non transit recta a testatore in legatarium, cum pendente die, aut conditione, non possit huic acquiri: sed nec interim in suspenso manet, cum lex non patiat dominia in suspenso esse; quare heredis interim fiet. Verum statim difficultas hic insurgit; nimirum si heredis factum est, non poterit mox veniente die, vel conditione ab eo discedere, & transire in legatarium, nisi heres in id consenserit, obstante Juris regula in *l. id quod nostrum, ff. de regul. Juris*. Cur ergo hoc non observatur, sed velit nolit heres, cum dies, vel conditio venerit, rei legatæ dominium migrat in legatarium? Huic dubio obviam ivit Antonius Faber *15. conjectur. 7. num. 14.* qui dixit sub conditione, vel in diem relictum fieri quidem interim heredis, non tamen plene tanquam si nullo mo-

modo legatum esset, sed Jure non pleno, idque ob spem, quam habet legatarius rei adipiscendæ, cum dies vel conditio venerit. Hæc spes, inquam, prohibet ita legatum plene hereditatem, & proinde nil mirum, si pro tuenda voluntate testatoris legatum hoc tandem aliquando auferatur ab herede, & legatario dabitur. Sed hæc Fabri responsio non procedit. Nam si Jus antiquum inspiciamus, certum est legatum sub conditione, ea pendente, pleno Jure heredis esse. Quod mirum est ignoratum a Fabro, cum id diserte habeatur in *l. generaliter*, ff. *qui & a quib.* & in *l. non ideo*, ff. *de rei vind.* Hoc Jus videtur correctum a Justiniano in *l. fin. §. nemo itaque*, *C. communia de legatis*, ubi habet, legata omnia sive pura sive conditionalia non esse heredis, sed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod quia universam Jurisprudentiam everteret, placet explicatio Accursii ibi, *v. alienum est*, ubi ait, legatum purum esse alienum re, sub conditione esse alienum spe. Et ita cum Jure antiquo facile concordat. Verum illa spes, quam legatarius in ea re habebat, aliquos effectus producebat, ut ne possit interim servus ab herede manumitti, *d. l. generaliter*. Cum vero conditio purificabatur, tunc ex Juris censura dominium sine facto abibat ab herede, *d. l. non ideo*, ibi, Quod abire a nobis dominium sperat. Hæc eadem ratio omnino recte aptatur donationi conditionali, de qua quæstio est, hoc est, quia donatario spes subest acquirendi rei donatæ dominium tunc, cum conditio venerit; ideo mortuo interim donatore dicendum est, ejus rei dominium acquiri quidem heredi, sed nihil ob stare, ut conditione purificata, dominium auferatur heredi, licet ignoranti, vel invito, ut transcribatur in donatarium, quod voluit Julianus.

Patet hinc objectionem Ulpiani levi negotio concidere: cum enim dicit dominium ab herede donantis discedere non posse, nisi heres ipse consenserit. Respondetur ex dictis tunc hoc verum esse, cum alter nimirum donatarius in rem illam nullam spem habet, alias legati in diem, vel sub conditione dominium nunquam posset ab herede in legatarium migrare, nisi illo consentiente, quod falsum est.

Hinc mirari subest, cur ipse idem Faber *conject. lib. 8. cap. 9. num. 11.* dixerit Ulpiani rationem tam apertam esse & veram, ut convelli nullo modo possit. Cur ita? Si Ulpianus ipse dubius animi est, cum dicat, Vereor ne non. Mirum etiam non animadvertisse contra Ulpianum sensitse Julianum, virum præstantissimum, cujus auctoritas & eruditio magni semper fuit.

Hætenus Juliani sententiam ita tutati sumus, ut simul constet fieri non posse, ut ipse cum Ulpiano consentiat. Illud tamen dicimus, hæc in re sententiam Juliani sequendam esse, idque ex observatione moris antiqui circa contraria Jurisconsultorum responsa: quare sciamus oportet, responsa prudentum in duas partes dividi, in sententias, & opiniones, *§. responsa prudentum, de Jure naturali*; sententiæ ex Theophilo

philo dicebantur, cum Jurisconsulti certam, & indubiam responsionem dabant, velut, non licet in Codicillis heredem scribere. Opiniones vero erant, dubiæ responsiones, quæ fiebant per verbum puto, & similiter. Et certum quidem est, opiniones Jurisconsultorum magnam auctoritatem olim habuisse, & nunc vim legis habere, ut cum Justiniano quidem Thophilus putat. Id tamen tunc verum esse puto, cum Jurisconsultorum opinioni, nihil erat, vel est, quod adversaretur, sed cum unus Jurisconsultus opinionem proposuisset; quod si alter sententiam circa rem eandem proposuisset, & sibi invicem oppugnarent, credendum omnino est in his casibus olim servatam fuisse, & nunc servandam esse sententiam relicta opinione; ita plane faciendum est hic. Ulpian. enim opinionem proposuit, non sententiam, cum dicat: *Et vereor ne non possint*, &c. ubi verbum *vereor* dubiam responsionem facit; Julianus vero sententiam, non opinionem, cum ad quæstionem respondet, & sine hæsitazione ulla dicit, *Mca fiat*. Quare sententia Juliani servanda est, rejecta opinione Ulpiani. Hæc est nostra circa hanc rem sententiam, ubi licet ad concordiam Jurisconsultos non reduximus, id enim hic fieri nequit, invenimus tamen viam, qua antinomia tolli possit, & discerni possit quid servari oporteat; ita ut jam dicendum sit Ulpiani opinionem referri dumtaxat in ff. non etiam probari; at vero sententiam Juliani referri, & probari, ut necessaria ratione ostensum est. Neque hoc in Jure nostro est novum; quod quidem jam notatum est a Cujacio *lib. 1. observat. cap. 16.* referri quidem ab Ulpiano in *Lunica*, §. *item Juliano*, ff. *de remissionibus* sententiam Juliani; nimirum fructuario vindicandarum servitutum Jus esse, non etiam probari, sicuti eandem referri in peculiari lege, quæ est in *l. 2. ff. de operis novi nunciatione*; nec reprobari a Justiniano, & ab aliis Jurisconsultis, *l. 1. ff. si usus fr. peratur*. Scio hanc conciliandi rationem displicuisse Hermanno Uultejo *discept. 18. in princip.* quod Justinianus omnibus, quæ in ff. relata sunt, vim legis tribuerit; sed meminisse oportet, hoc intelligendum esse de rebus, quæ in illis libris referuntur, & probantur, non item de iis, quæ licet referantur, non tamen probantur, sed rejiciuntur, vel expressim, vel tacite ex aliqua necessaria ratione: quare recte Uultejus reprehensus est a Gaspere Schferdegero *lib. 1. tract. 11. qu. 8.* qui putat in ff. multa rescribi historice, & non probari, quod etiam tradunt, & exemplis demonstrant Antonius Faber *lib. 2. conjectur. cap. 8. num. 10.* Donellus ad *tit. C. de præscriptis verbis cap. 19. num. 107.* eumque secutus Scipio Gentilis *de donat. inter vir. lib. 3. cap. 38. chart. 108.* Cujacius idem *lib. 15. observ. cap. 20.* Atque hæc de donationibus meris, sive propriis, & impropiis dicta sint satis.

Nunc tertio notandum est de donationibus non meris. Harum duas species fecimus: vel enim donamus ob rem, vel ob causam, quando quidem hæc duo longe inter se distant. Datio ob causam est, quæ rem præteritam respicit, ideo dicta quod per adverbia causalia concipia-

tur,

tur, puta, quoniam negotia mea gessisti, quod pauper factus est, quia uxorem duxisti. Datio ob rem est, cum quod futurum respicimus, & ut plurimum per particulam, Ut, concipitur, velati ut alimenta præstes. Hæc distinctio traditur in *l. damus*, & in *l. summa*, §. *id quoque*, cum duobus sequentibus, ff. de condit. indebiti, & in *l. 1. ff. de conditione ob turpem causam*.

Sed hic primo notandum est, dationem ob rem aliquando etiam dici dationem ob causam, itaut causæ nomen, utrumque tempus præteritum, futurumque respiciat, tit. ff. de conditione causa data, tit. Cod. de conditione ob causam. daturum; & hoc ideo, quia potest, soletque hæc datio ob rem concipi etiam per adverbia causalia, puta dono illud, quia Romam pro me iveris. Et ita generatim accipiendum est causæ nomen in *l. inter donum*, ff. de V. signif. ubi habetur: Munus esse donum cum causa, ut puta natalium, nuptiarum; sive enim donemus ut nuptiæ sequantur, sive quia jam secutæ sunt, semper hæc donatio munus dicitur. Id tamen reprehendit Laurentius Valla lib. 6. elegantiar. cap. 39. dum ait: Nullum sibi videri donum sine causa esse, eoque falso distinguui inter munus, & donum: sed non animadvertit Valla diversam rationem esse, cum quod exprimitur, ac cum subicitur; licet enim verum sit nullum donum sine causa fieri, maxime si liberalitatem attendamus, tamen si causa non exprimitur dicitur simpliciter donum, si autem exprimitur, nunc muneris nomen habebit, seu donationis remuneratoriæ, ut porro disputabimus.

Notandum secundo, quod in testamentis obtinuit, ut hæc ob rem datio diceretur modus, & quæ relicta sunt, ut quid fiat, diceretur relinqui sub modo, *l. demonstratio*, §. ult. ff. de condit. & demonstrat. Verum postea etiam ad causas, quæ extra testamentum sunt, traductum est, ut quæ ob rem dantur, dicantur concedi sub modo, ut declarat titulus: *C. de donat. quæ sub modo* &c. notat Donell. lib. 14. comm. cap. 20.

Notandum tertio, quod hæc ob rem datio, sive modus, dicitur aliquando simpliciter conditio, *l. liberto*, §. *Lucius*, ff. de legat. l. *Maeviam*, ff. de manumissis testamento, *l. Titio centum*, §. 1. ff. de condit. & demonstrat. ut cum dicitur conditio servata pro impleta re, ob quam datum est, *l. 3. C. de condit. ob causam*, & hoc dicitur concise, cum plena oratio est conditio repetendi, ut in *l. si repetendi*, *C. eodem*; vel conditio sub qua repetimus, ut vidimus locutum esse Julianum in *l. 1. §. dat aliquis*, ff. de donat.

Hinc intelligitur Julianus idem in *l. 2. §. fin.* cum Ulpiano in *l. 3. ff. cit. tit.* ubi traditur, si dictum fuerit, dono centum, ut Stichum tibi emeris, dubitari posse, sit ne conditio, an causa, & subditur conditionem esse, si in hoc dedi, ut Stichum emeris, aliter non daturus; causam vero esse, si alias donaturus tibi centum, quia interim tu Stichum emere proposueras: ego dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeris,

res, adeo ut discernere, utrum sit conditio an causa, id pendeat totum ex animo donantis; neque illi in Jure, sed in facto consistere, hoc est non ex Jure definitur, sed ex conjecturis erui. Intelligitur inquam, si notabimus cum Scipione Gentile *de donat. inter Virum lib. 4. cap. 9.* conditionem hic esse causam, quam vulgo finalem vocant. Causam vero simpliciter dici eam, quam causam impulsivam Interpretes dicunt.

Intelligitur etiam Pomponius in *l. sub conditioe in fine, ff. de solutionibus*, in qua scriptum est, rem sub conditione alicui datam factam esse accipientis, etiam antequam conditio extitisset: quod falsum videtur, cum constantissime traditum sit non fieri rem accipientis priusquam conditio existat, *l. qui absenti, §. 1. ff. de acquir. possessione*. Nihilominus difficultas concidit, si verba illa, Ea conditione, ut &c. accipiamus pro modo, sed verba Pomponii demus: Si quis sub conditione pecuniam promissit, dedit eam ea conditione, ut si conditio extitisset, in solum cederet, existente conditione liberari eum, nec ob stare ei, quod ante ejus pecunia facta sit. In cujus legis explanatione mire se torquet Accursius, qui tamen veram interpretationem videtur odoratus, licet in ea mox non consistat; species ergo illius legis ita se habet. Ego tibi stipulanti certam pecuniæ summam sub conditione promisi, puta si navis venerit; postea eandem summam pure do, ut statim pro tua eam habeas, sed dando adjicio hunc modum (quem conditionem Pomponius vocat) ut ea pecunia, quam tibi absolute, & pure dedi, & donavi, cedat aliquando tibi loco solutionis, si forte acciderit, ut illa conditio, sub qua tibi ex stipulatu debebam, existat, itaut si navis non venerit, habebis tibi eam pecuniam, uti donatam; si autem venerit, habebis loco solutionis, in impensum stipulationis, ut cit. Gentilis explicat.

Sed quaeritur I. an hæc donationes ob rem, & ob causam veræ donationes sint, an non? Et res quidem satis dubia est, itaut eam expedire difficile visum fuerit non solum nostris, a quibus nihil hic bene præstitutum est, sed adhuc antiquis Jurisconsultis. Conabimur nos, quam fieri poterit, facillime nodum solvere, & leges, quæ contrariæ videbantur, reducere ad concordiam; sed duos casus principales ob distinctionem considerare oportet. Prior si fiat traditio; alter si celebretur stipulatio.

In traditione ob causam videndum est, si datio facta fuerit ob beneficium jam collatum. Hac in re Paulus animi incertus fuit, utrum eam appellaret donationem, an potius mercedem. nam in *lib. 5. sentent. tit. 11. §. ult.* ita habet: Si quis aliquem a latrunculis, vel hostibus captum eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc donatio irrevocabilis est, si tamen donatio non merces eximii laboris appellanda est. Ubi primo notandum, se monem a Paulo haberi de donatione ob causam: secundo factam fuisse per traditionem, ut patet ex illis verbis, ab ipso accipiat: tertio Jurisconsultum in dubio esse, utrum vere donationem appellet,

pellet, an mercedem. Hæc Pauli sententia refertur in nostris Pandectis, & habetur in *l. si pater*, §. 1. ff. *hoc tit.* ubi manca est, & mutila; quandoquidem Pandectæ Florentinæ ita postrema verba habent: *Hæc donatio irrevocabilis, non merces eximii laboris appellanda est*; ubi articulus, *non*, quia non recte cohærere videbatur, ideo in Pandectis vulgatis pessime mutatus est in articulum, *num*. Hinc factum est, ut Paulus, qui in suis libris animi dubius fuit, aliorum culpa in Pandectis Florentinis neget esse mercedem, in vulgatis contrarium omnino affirmet; sed certum est legendum esse, non. Ceterum licet creditum sit hanc verborum Pauli deturpationem factam fuisse errore amanuensium; nos tamen Triboniano attribuimus, qui ita fecit, ne Pauli opinio adversaretur Papiniano asserenti indubie esse donationem, sed non meram, *l. Aquilius*, ff. *hoc tit.* nimirum esse donationem; quia non Jure cogente, sed prolixè ex causa liberalitatis datur; non meram, quia ob aliam etiam rationem fit, sed ob quandam veluti mercedem rei pro nobis gestæ, ut patet ibi: *Non meram donationem esse; verum officium magistri quadam mercede remuneratum*; quæ Papiniani sententia obtinuit contra opinionem Pauli. Sed illud primo non omittemus, donationem in *d. l. Aquilius* traditione intelligi celebratam; licet enim per epistolam facta videatur, tamen certum est olim per epistolam, sicuti neque per pactum, aut pollicitationem donari non potuisse. Factæ itaque literæ fuerunt solum in rei testificationem, nec donatio celebrata ibi intelligitur, nisi cum res tradita donatario fuit. Non omittemus secundo, a Papiniano non dici, mercedem solutam, sed uti eum particulis, quæ proprietatem denotant, cum dicat: *quadam mercede remuneratum*. Nam donatio, & merces sibi invicem contrariæ sunt, nec simul in eodem actu reperiri possunt, ut patet tum ex Paulo in *d. l. si pater*, §. 1. tum ex aliis Jurisconsultis, quos mox laudabimus.

Sed si datio fiat, non ob beneficium acceptum, sed ob aliquam aliam causam, veluti qui servum suum manumissit, quia nuptias contraxisti, eo casu dubium esse non potest, dici debere donationem, licet non meram; adest quippe liberalitas, & præter hanc alia etiam causa, & probatur ex *l. inter donum*, ff. *de verb. signif.* ubi munus dicitur esse donum cum causa, ut puta natalium, nuptiarum.

In datione ob rem itidem distinguendum est; si enim fiat ob beneficium recipiendum, donatio non est, sed merces, *l. hoc Jure*, §. 1. ff. *hoc tit.* Ubi Ulpianus notat, Labeonem dixisse extra causam donationis esse, cum datur, si tibi adfuero, si satis pro te dederò, si qualibet in re opera, vel gratia mea usus fueris; propterea quod sunt officiorum mercedes: & notandum hic agi de traditionibus; nam de stipulationibus habetur in *§. ult. ejusd. l.* Id ipsum habetur ex *l. metum*, §. *sed licet*, ff. *de eo, quod metus causa*, ubi si aliquid a te accepero, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi liberarem, ait Jurisconsultus,

quod operæ meæ mercedem accepisse videor, & propterea donationem non esse. Sed dubitari potest, cur datio ob beneficium acceptum sit donatio non mera; datio vero ob beneficium accipiendum omnino negatur donationem esse? Verum respondeo liberalem esse qui dat, quia accipit, non item qui dat, ut accipiat; imo si dolo dederit, dicetur Captator, ut constat ex *Martial. lib. 4. epigram. 56.* quod adscribam:

*Munera quod senibus, viduisque ingentia mittis,
Vis te munificum Gargiliane vocem?
Sordidius nihil est, nihil est te spurcius uno,
Qui potes insidias dona vocare tuas.
Sic avidis fallax indulget piscibus hamus:
Callida sic stultas decipit esca feras.
Quid sit largiri, quid sit donare docebo,
Si nescis, dona, Gargiliane, mihi.*

Verum tamen est, Imp. sæpius inter donationes computasse eas donationes, quæ ob beneficium recipiendum fiunt, ut si tibi donem ut alimenta mihi præbeas, *l. ult. C. de rer. permutat. l. 1. C. de donationib. quæ sub modo, l. si donationis, C. de contrab. emt.* Sed hoc intelligendum est tunc demum verum esse, vel cum fructus rerum donatarum excedunt summam alimentorum, vel cum alimenta pro tempore præstantur, res vero donatæ perpetuo penes donatarium mansuræ sunt. Sed si fiat ob aliam rem, quam beneficium, tunc quæstio facti est. Utrum scilicet sit donatio, an vero contractus innominatus; habetur hoc in *l. Aristo, in princip. ff. hoc tit.* in qua si servum tibi tradidero ad hoc ut eum post quinquennium manumittas; dicitur inspiciendum esse, quo animo id fiat; si enim quinquennium appositum est, ut servi operibus per id tempus utaris, donatio est; sin minus, donatio non erit, puta si qui tradidit, operas quinquennales sibi retinuit, vel voluit quinquennium illud cedere in pœnam servi, ut Acc. explicat, *verbo, ut aliquid*; vel ut interea temporis ab eo, cui traditur, instruatur aliqua arte, ut ab eo custodiatur, ut notat Giphavius *num. 5.* tunc enim erit articulus do ut facias, ut expresse habetur in *l. si pecuniam, §. si servum, ff. de condit. causa data.*

Nunc de stipulationibus, in quibus eadem via, & ratione procedendum est, ac modo factum est in traditionibus.

Itaque si stipulatio ob rem respiciat officium nobis præstandum, donationis causam non habebit, sed mercedis. Probat id Paulus in *l. quæ liberti 8. ff. hoc tit.* ubi ait: Ea quæ liberti libertatis causa præstant, non donari, res enim pro his intercessit, hoc est libertas, ut Accursius explicat. Hæc Pauli verba capere oportet de stipulatione, & Jurejurando, quandoquidem servi cum in libertatem afferebantur, vel Jurejurando vel stipulatione promittebant patronis operas, donum, munus se præstituros, ut in *tit. ff. de operib. libert.* Itaque cum libertus hæc, quæ

quæ promittit, patrono præstat, non donat, sed eximii beneficii mercedem solvit; ubi etiam notandum nihil interesse, utrum in his stipulationibus dicamus, do, an potius dono; quoniam non a verbo donandi, pendet donatio, sed a mente dantis, & accipientis, *l. ex condæto, §. Papi- nianus, ff. locati, l. donatio, C. de donat.* Quare licet libertus promiserit do- num, munus, non ideo minus negat Paulus eam promissionem donationi- bus accensendam esse. Hoc idem probat Pegasus, quem laudat Ulpianus in *l. hoc Jure, §. final. ff. hoc tit.* ubi ait: Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero, hac conditione si jurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, & res secuta est. Et plane si quis nomen nostrum ferat, loco beneficii habemus, quare hoc vivis earum est, ut hic, & morientibus, ut in *l. sed sciendum, §. si vero, ff. ad Trebellian.*

Si tandem res beneficium non sit, quæstio facti est, utrum sit do- natio non mera, an potius contractus innominatus, ut ex jam dictis constare potest.

Ceterum si stipulatio ob causam facta sit, videtur dicendum esse donationem, licet non meram, & hoc tam si causa contineat beneficium, quam si aliquid aliud. Plane si cum trado, quia me ab hostibus serva- sti, vel quia nuptias contraxisti, donatio est, ut vidimus. Cur si stipu- ler tibi dare ob unam, vel alteram ex his causis, non dicemus stipula- tioni donationem inesse? Sed his non obstantibus, dicere oportet neu- tro casu donationem esse, quia ita aperte docuit Ulpianus in *d. l. hoc Ju- re, §. final.* ubi generatim ait: Sed & hæ stipulationes, quæ ob causam fiunt, non habent donationem.

Hæ donationes ob rem, vel ob causam ita aliquando fiunt, ut ne- gotium etiam admixtum habeant, quare negotiales dicuntur ab Ho- thoman. *hoc tit. cap. 2.* & eatenus nascitur obligatio, quatenus est nego- tium; & quatenus est donatio non contrahitur obligatio, ut in *l. Aristo, in princ.* Ratio pendet ex iis, quæ supra disputata sunt; hoc est, quo- niam negotium, seu contractus parit obligationem, donatio non item. Exemplum esto ex *d. l. Aristo* in donatione ob rem; servum prolixè tra- do, ut eum post quinquennium manumittas. Hic mixtum est nego- tium cum donatione. Itaque intra quinquennium nulla mihi est actio, quia quinquennium illud tibi donavi. Eo transacto, mihi nascitur actio, ut scilicet eum de manu mittas, quia jam cessavit donatio, & venit negotium, sive contractus, do ut facias, idest ut manu- mittas, quæ actio est præscriptis verbis, *l. naturalis, ff. de præscript. verb.* Quare patet non semper donationes ob rem, vel ob causam ad- mixtum habere negotium, ut aliqui putant, sed tunc demum cum ex iis aliqua actio, & obligatio nascitur; nam negotium sine obliga- tione, & actione contrahi non potest. Ignoratum hoc est ab Anto- nio Fabio, qui *decad. 45. err. 3. num. 12.* putat donationem inter vi-

vos factam certa lege dandi aliquid, vel faciendi, non tam donationem esse, quam contractus do ut des, do ut facias; cum inde nascatur obligatio, & ex obligatione actio. Sed fallitur nam primo videndum erat, utrum res esset beneficium, an non. Illo casu est contractus innominatus, isto est donatio; deinde animadvertere opus erat, hanc donationem ob rem mixtam esse ex donatione, & negotio, quatenus donatio, nulla oritur obligatio, vel actio; secus quatenus negotium est, & contractus. Sed ut clarius intelligatur, quando ex donatione actio nascatur, quando non item.

Queritur II. quibus casibus causa falsa, vel re non secuta, donanti actio reddatur, ad repetendum id, quod donatum est?

Pro eo, quod ad causam spectat, duo casus distinguendi sunt. Prior est si causa vera sit, & res donata repeti nequit, etiam si causa sit turpis, quia nulla inde ad delinquendum invitatio fit, cum delictum jam sit commissum, *l. mercedem, C. de conditione ob turpem causam*. Alter est si causa falsa sit, puta donavi Titio, quod uxorem duxit; id tamen falsum est: hoc casu si scivi Titium nuptias non contraxisse, & tamen dedi, nulla repetitio mihi competit; nam cur repetam? Non quidem quia causa falsa est, cum enim sciverim falsam esse, quoties dedi, non videor ob eam causam dedisse, sed ob aliam, nimirum ob exercendam solam liberalitatem; nam consulto dati donatio est, *l. cuius per errorem, ff. de regul. Jur.* Sed si errans falso mihi persuasi, nuptias Titium celebrasse, tunc nec etiam donati repetio est, *l. in summa, §. 1. ff. de conditione indebiti*. Ratio est, quia qui ita donat duplicem habet causam dandi, præsentem unam, præteritam alteram. Præsens non alia est, quam liberalitas donatoris, quæ cum pendeat ex animo donantis, quem ille donando satis declaravit, nunquam falsa dici potest. Præterita vero pendet non ex animo, sed ex facto, quæ ideo potest falsa esse, & vera. Itaque quia ex duplici causa dedi, cum ultima nimirum præterita falsa est, nihil int. rest, nec ideo possum rem tanquam per errorem solutam repetere; propterea quod altera causa & præsens, hoc est liberalitas, vera est, non erronea; cur ergo dicam solutum per errorem? Et hoc plane innuit Paulus in *d. l. summa, §. 1.* Cujus verba sunt: Id quoque ob causam datur, puta quod negotia mea adjuncta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. Hoc est ideo non repetitur tanquam per errorem, quia donandi causam habet, nimirum liberalitatem. De donatione etiam intelligendus est Pomponius in *l. damus, ff. eod. m.*; nam ut jam dictum semper atque ob causam datur, donatio est, licet non mera: quod ideo notatum volui, quia video communiter in hoc decipi nostros, cum putant, alias etiam dari ob causam dationes voluntarias præter donationem, inter quos est Donellus *lib. 14. num. 10.*

Ceterum hoc ita verum esse puto, si ea causa fuerit impulsiva non fi-

finalis, *l.3. ff. hoc tit.* quæ facti quæstio est. Itaque si ex conjecturis appareat donatorem, nisi id quod putat vere factum sit, se nolle donatum, tunc causa finalis est, & re non facta donatum repetitur. Multo magis si palam se ideo dare protestatus fuerit, quia rem illam factam putat, aliter non daturus; nam eo casu donator ex sola liberalitate non fuerat donaturus, ut ex hoc ipso apparet, quod demonstraverit se aliam finalem causam habuisse, quam liberalitatem: sed si id non apparet, & in dubio simus, tunc causa præsumitur impulsiva, non finalis, ad hoc ut actus sublineatur potius quam ut ruat, *Gloss. in l.2. §. ult. ff. hoc tit.*

Nunc dicamus de re, quæ etiam causa scilicet futura dici solet, si hæc sit possibilis, & deficiat culpa accipientis, qui cum posset, non fecit, nulla dubitatio est, quin possit donatum repeti, ubi de se queri debet donatarius, qui legi dictæ non paruit, *l. dicta, C. de condit. ob causam*, sed si fuerit possibilis, & defecerit casu fortuito, distinguendum est ex *l.2. §. Titio, cum l. seq.* Utrum sit causa impulsiva, & cessat repetitio, quia tunc remanet altera causa nimirum liberalitas; an vero sit causa finalis, & tunc repetitioni locus est; hoc idem habetur in *cap. verum, de condit. apposit.* Ubi donatum Ecclesiæ sub conditione, ut quid fiat, causa cessante non revocatur donatio, nisi causa finalis sit, ut propterea omnino castiganda sit audacia Jacobi Mæstertii, qui *lib.2. de Justitia legum Romanarum cap.12.* Pontificem reprehendit, tum quia Juri civili, tum quia Justiniano contrarium, siquidem ut jam constat, & Juri, & Justitiæ conformis est suum Sacerdos.

Hæc locum habeant in donatione: sed utrum idem sit in contractibus innominatis dubitari potest, & videtur quadamtenus locum habere. Nam in *l. pecuniam, l. advocatianis, C. de condit. ob causam*, distinguitur in dationibus innominatis, ut si causa in datione appositæ cesset culpa accipientis, etiam repetitio cesset; sed si cesset casu fortuito, tunc generatim dicitur rem minime repeti posse.

Sed vereor ne postremum hoc de casu fortuito omnino falsum sit, & contrarium tum Juri, tum rationi: Juri, quia si dedi navis pecuniam, ut me, aut merces veheret, & navis casu amissa sit, vecturam repetere possum, *l. ex conducto, §. item non, ff. locati*. Item si dedi pecuniam, ut Stichum mihi dares, Sticho mortuo repetere non prohibeor, *l. ult. ff. de condictione causa data*; atque ita licet causa in contractibus innominatis fortuito deficiat, tamen repetitio dati est.

Rationi, quia cum tibi do, ut Stichum manumittas, & Stichus moritur, hoc est per vim majorem, causa non impletur, jam datio sine causa est, eoque repetitioni locus fiet, cum iniquissimum sit, te rem meam sine causa habere, *tot. tit. ff. de condit. sine causa*. Cum vero Faber *decad.45. error.9. num.4.* distinguit, ut dicta *Lult.* locum habeat in causa impulsiva, non in finali, omnino fallitur. Cum enim omnis actus tuam finalem

finalem causam habeat; peto quænam erit causa finalis illius contractus innominati, si ea quæ exprimitur est impulsiva? nullam certe assignare poterit; & sane in contractibus innominatis, quia unica semper est causa dandi, nimirum ea, quæ expressa est (nisi forte duæ exprimantur, veluti si quis dixerit, do, ut Stichum emas, ut iter facias) non potest distinguere inter finalem causam, & impulsivam, sed semper ea causa, quæ apponitur, finalis erit; secus est in donatione ob rem, quæ duplici causa fit liberalitatis, quæ est tacita, & negotialis, quæ est expressa. Et proinde sine dubio fieri potest, ut negotialis aliquando sit causa impulsiva, aliquando vero finalis; idem est in legatis.

Itaque ne in absurda hæc ineidamus, dicendum puto dictam *legem penult. cum sequenti* intelligendas esse de donationibus factis ob rem, non de contractibus innominatis. Itaut cum dicit, pecuniam datam ob rem repeti posse, si causa appositæ culpa accipientis non impleatur, concordet cum *l. dista, ff. eodem*. Cum vero ait, quod si causa fortuito deficiat, non detur locus repetitioni, hæc universalis assertio distinguenda sit juxta *l. 2. §. Titio cum l. seq. ff. hoc tit.* ut verum sit de causa finali, non item de impulsiva. Hæc interpretatio optime firmatur ex verbis ipsius *l. ultim.* cum dicitur, causa fortuito deficiente certum esse rem minime condici posse; si enim hoc accipiamus de contractibus innominatis, unde quæso hæc certitudo haberi potest? non ex legibus, quæ in contrarium sunt; non ex ratione, quæ omnino repugnat. At si intelligatur de donatione, in hac vere omnia certa sunt, nimirum tam ratio, quam Jus, ut jam demonstratum est. Et ita plane omnis difficultas evanescet, nec opus erit, tantopere circa dictam *l. penult.* se torquere, ut se torquet, & quidem infeliciter, Hugo Donellus *lib. 14. comm. cap. 21.*

Hæc de donatione ob rem, quæ honestam causam habent. Sed quid si inhonesta fuerit? puto distinguendum eo modo, quo in contractibus innominatis distinguere solet, cum nulla disparitatis ratio subsit; sunt itaque tres regulæ. Prima est, si dantis turpitudine versetur, non item accipientis, nunquam est repetitio, cum nulli suum delictum patrocinari debeat. Ita si meretrici ob stuprum donem, donatio valet, nec repetitio conceditur, *l. affectiois, ff. hoc tit.* Etenim qui dat, turpiter facit, at qui accipit, non ita; quoniam meretrix turpiter facit, quod sit meretrix, non turpiter accipit cum sit meretrix, ut dicitur in *l. 4. §. sed quod meretrici, ff. de condit. ob turpem causam*. Secunda est si dantis simul, & accipientis turpitudine versetur, nec etiam repetitio datur, ut puta donavi, ut homicidium fieret, *l. 3. ff. cit. tit.* Tertia est si accipientis solius turpis causa fuerit, repeti potest, ut donavi tibi, ne quid eriperes, ne alterum neci traderes, *l. 1. in fine, ff. cit. tit.*

Ex his quæ hætenus disputata sunt, inveniri ratio potest, unde factum sit, ut in donatione ob rem, non sit locus pœnitentiæ, *l. Aristo, ff. hoc tit. l. si te, C. de donat. inter virum, & passim C. de resusc. donat.* Quod tamen

tamen secus est in contractibus innominatis, in quibus causa nondum secuta, licet credatur, vel speretur, posse sequi, tamen placuit licere pœnitere ei, qui dedit, & ex pœnitentia datum revocare, *l. 3. in princip. l. 5. in principio. ff. de condict. causa data*. Ratio nimirum est, quia in contractibus innominatis una solum est causa dandi, quæ cum non impleta est, licet nec dum defecta sit, tamen quia non minus verum est causam secutam non esse, ideo repeti potest condictione causa data, causa non secuta. Non ita se res habet in donationibus ob rem, in quibus dandi causa duplex est, præsens, nimirum liberalitas, & futura idest res: quare licet futura pendeat, non adhuc tamen donatum condici ex pœnitentia potest, quia subest alia causa præsens, & jam impleta, idest liberalitas donatoris, quæ nullum pœnitentiam locum relinquit. Ita ferme Antonius Faber *decad. 45. err. 9. nu. 2.*

Quæritur tertio, quænam actiones ex donationibus non meris præstituantur?

Si donatio est ob causam, tunc prænotandum est, quod si causa vera sit, statim donatio tenet, quamvis tenere is, qui dedit, & qui accipit, ignoret; si e diverso falsa sit, donatio statim non tenet. Idque dicimus ita esse exemplo conditionis, quæ in præteritum confertur, de qua in *l. cum ad præsens. ff. de reb. credit.* nam in hoc nihil videntur differre causa, & conditio in præteritum relata: cum ergo causa falsa est, quia donatio nunquam valuit, nec unquam translatum est dominium in accipientem, sed semper hæsit penes dantem; ideo res donata per reivindicationem repetemus.

Sed si donatio ob rem facta sit, tunc ad eam rem implendam cogi potest donatarius a donatore, sive per actionem ex stipulatu, si modo stipulatio fuerit interposita; sive per actionem præscriptis verbis, si nulla stipulatio intercefferit, *l. legem quam, l. cum res, C. hoc tit.* Cur autem detur actio præscriptis verbis, ratio est perspicua; quoniam huic donationi admixtum negotium est, nimirum etiam contractus innominatus, do ut des, vel do ut facias, pro quorum implemento actio præscriptis verbis præstatur, *l. naturalis, ff. de præscript. verbis*. Verum si donatarius nolit, vel nequeat rem implere, tunc quia res non secuta est, præstatur donatori eo nomine condictio ob causam ad rem donatam repetendam, *l. senatus, §. 1. ff. de donat. caus. mort. l. quoties C. de revocand. donat.* Quod argumento est in donatione ob causam statim dominium transcribi in donatarium, quoniam non est condictio nisi ei, qui dominus esse desiit, & rem suam nemo condicere potest, præterquam a fure, & malæ fidei possessore, *§. sic itaque, de donationibus*.

Verum habemus præcepta specialia circa donationem, quæ alteri fit, ut nos ipse alat, vel ut menstruum, seu annuum præstet. Sunt in hac re tres C. leges, nonnihil inter se variæ, quæ tamen facile possunt conciliari, Itaque in *l. ult. C. de rerum permutatione*, statutum est posse dona-

donatorem actione præscriptis verbis cogere eum, qui accepit, ad implendum modum alimentorum. Hoc tamen ita intelligendum est, ut eadem non denegetur actio ad revocandum, ne hoc contrarium sit *l. 1. C. de donat. quæ sub modo*, ubi habetur, posse donatorem revocare rem donatam ob præstationem alimentorum, idque tam actione in personam, seu conditionem ob causam, quam actione in rem, seu rei vindicatione, quod plane in sola donatione ob causam alimentorum facta speciale est, ut constat ex dicta *l. 1.* Ceterum impossibile videtur has actiones simul unire, nam conditio datur non domino, revindicatio vero e diverso soli domino conceditur; quare si donator utramque habet, erit dominus simul, & non dominus, quod omnino absurdum est. Sed quamvis ita secundum strictam Juris rationem sit, ut cui vindicatio conceditur, ei statim denegetur conditio, & e contrario; tamen in hac donatione ob causam alimentorum aliter benignitate Principum statutum est, ut ibidem dicitur. Ratio est, quod alimenta sine magno vitæ nostræ incommodo nequeunt differri, atque providendum est, ut quam citissime consequamur eas res, quæ nobis alimenta sufficiunt; citius autem ad hoc pervenitur rei vindicatione, quam conditione. Ita *Connaeus lib. 5. comment. cap. 10. nu. 1.*

Huic tamen legi primo obstat *l. si donationis 3. C. de contrab. emt.* ubi in eadem causa alimentorum donatori non datur actio ad donationem rescindendam, sed tantum ad compellendum donatarium, ut pareat legi, sive conditioni dictæ. Respondet tamen Giphanius dictam *l. 3.* ita esse accipiendam, ut hoc ibi plane actum fuerit, ne unquam donatio rescindatur; cujus conjecturæ ratio ex eo desumitur, quod in dicta *l. 3.* venditio intercessit, quæ etsi ibi non valet, utpote simulata, tamen enixam voluntatem contrahentium indicat, ut scilicet quod gestum est nunquam rescindatur tanquam venditio. Etsi enim & donatio facile non rescinditur, tamen facilius rescinditur, quam venditio; ut igitur in *d. l. 3.* donatio effet firmior, etiam venditio interposita fuit. Ita plane Giphanius ad *d. l. C. de donat. quæ sub modo num. 13. & seq.* Stet itaque in donatione ob causam alimentorum præstari donatori actionem ad revocandam rem donatam tam conditione, quam vindicatione, quæ tamen vindicatio non est directa, sed utilis; quia utilis in rem facilius datur, etiam non domino, *§. at si is, qui pinxit, de rer. divis. l. 5. §. de arbore, ff. de rei vindicatione*; quod etiam patet *argum. l. 3. §. sed tum postea, C. de donat. quæ sub modo, & l. qui mortis, ff. de mort. caus. donat.* ubi ad rem mortis causa donatam revocandam datur & conditio, & utilis in rem actio.

Sunt qui putant ab his, quæ diximus, excipiendas donationes in Ecclesiam collatas, quæ licet ob rem factæ, volunt re non secuta, non posse agi ad repetitionem, sed solum ad implendum modum, sive rem. Idque etiam si donatio fiat ob præstationem alimentorum, nisi in ip-

ipsa donatione hoc nominatim adjecero hunc in modum : ea lege, ut me alat, quod nisi fecerit, donatio nem irritam esse volo, ita post alios *Di-
dacus Covarr. lib.1. variar. resolut. cap.14.*

Verum contrarium verius puto, nimirum donationem ob rem Ecclesie factam, re non secuta, posse tunc revocari, cum apparuerit rem continere causam finalem; cum autem donatur ob alimentorum praestationem, dubitandum non est alimenta esse causam donationis finalem, quod quidem suadet alimentorum necessitas, sine quibus vita deficit; & plane falluntur, cum putant in tali donatione causam finalem esse respectu Ecclesie, non respectu rei, seu modi, quod nunquam probare poterunt. Non enim id probatur in *cap. verum, de condit. apposit.* nam ibi solum habetur res Ecclesie donatas non revocari ob defectum modi apppositi, nisi modus talis sit, qui causam finalem contineat, quandoquidem concordat cum Jure civili, ut recte in eo *cap. Gloss. notat.* Non itaque dicit nominatim exprimere opus esse causam alimentorum esse finalem, alias semper praesumi impulsivam. Cum vero dicunt negligentiam Praelati in praestandis alimentis Ecclesie non nocere; responsio facilis est, quia ipse Praelatus cum sociis constituit Ecclesiam, quae praeposendo unum omnibus, eligit virum idoneum, qui res ipsius Ecclesie administret, ut recte notat *Rolandus a Valle cons.15. num.23. & seq.*

Et haec videri possent satis de donationum speciebus, earumque proprietatibus, nisi duo adhuc nos morarentur. Primum est de ea donatione ob rem, in qua alteri quid dari, vel fieri placuit. Secundum est de ea donatione ob causam, quae beneficium respicit, seu de antidoro. De quibus placet seorsum agere; sit ergo.

De Donatione, in qua alteri dari quid, vel fieri conventum est.

EXERCITATIONES.

Species ita se habet. Titius praedium Sempronio donavit ea lege, ut id post tempus decennii restituat Caja. Elapso decennio Sempronius donatarius praedium non restituit. Quaeritur quid agendum? Extat hac in re insigne rescriptum Imperatoris Diocletiani in *C. de donat. quae sub modo*, ubi distinguitur inter Jus vetus, & novum, seu Jurisconsultorum, & Principum. Et primum quidem Jure veteri, si Caja, cui res Jussa est restitui, statim stipulata fuerit id sibi restitui, & postea donatarius non restituat tempore elapso, aget Caja contra eum actione ex stipulatu; si vero Caja stipulata non esset, agere non poterat, *l. debitor sub pignore, §. ea quae, ff. ad Trebell.* sed donatori licitum erat

B b b

rem

rem donatam condicere causa data, causa non secuta: post hæc subdit Diocletianus Jus novum benignitate Principum constitutum, quo expositum Jus antiquum corrigitur in ea parte, qua Cajæ non stipulanti denegat actionem. Statuit ergo Jus novum Cajæ utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere, ut sibi secundum placiti fidem res donata restituatur. Hinc ergo corrigitur Papin. in *l. Seja, in princ. ff. de mortis causa capionib.* ubi Seja cum Titio convenit, quod si superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona sua ex causa donationis pertinerent. Nec id Titii filii stipulati sunt: verum in judicio bonæ fidei, puta præscriptis verbis, seu in factum, egerunt cum Seja adhuc viva, ut ipsa permetteret, se bona, cum moreretur, ipsis restitutam. Quærebatur, an Jure id peterent: respondet Papinianus mulierem invitam non cogi cautionem, seu promissionem præstare, ne donatio extorqueri videatur.

Sed Diocletianus, partim mancus videtur, partim falsus; palam utrumque fit ex Scævola, qui ante Diocletianum plus, minusve centum annis floruit; vixit enim non multo post excessum Divi Marci, & Commodi, ut notat Cujacius *lib. 10. observationum, cap. 21.* Scævola itaque in *l. qui Roma, §. Flavius, ff. de verb. oblig.* agit de servo donato ea lege, ut manumittatur vindicta, quæ lex postea a donatario non impletur. Ecce hic species similis ejus, quæ a Diocletiano proponitur. Nam ita donator ut quid alteri detur, nimirum libertas servo, qui hoc a donatario stipulatus non est. At quid Scævola dicit? Inter reliqua duo habet, quæ ad rem nostram faciunt. Primum est donator rem posse de libertate servi convenire donatarium, hoc est, ut modum impleat; quod ideo notatum volui, ut intelligatur non plene a Diocletiano Jus, quod vocat antiquum, esse expositum; solum enim dicit licere donatori rem donatam condicere; omisit vero posse etiam agere ad modum implendum. Secundum est, quod si donatoris heres nolit ad modum implendum agere, nihilominus ex conventionem servo libertatem præstari debere, hoc est servum ipsum contra donatarium, heredemve ipsius agere posse, ut sibi libertas præstetur, quippe cum servis causa libertatis est judicium, *l. qui certis in fine, ff. de judic.* Ita ergo Jure antiquo is cui in donatione aliquid dari iustum erat, agere poterat; quod negabat Diocletianus, dum hoc Jure Principum esse dixit non Jurisconsultorum. Neque hoc solum in donationibus fuit, sed locum etiam habuit in deposito, ut constat ex *l. Publia, ff. de positi*, ubi cum quidam res suas deponeret hac lege, ut ex restituerentur tibi; Paulus ait ex hoc pacto tibi dari actionem depositi; licet enim secundum strictam Juris rationem verum sit ex nostro negotio non posse alteri actionem quæri, ut idem Paulus dixit in *l. quacumque, ff. de act. & obligat.* tamen ex naturali æquitate id restrictum ab antiquis Jurisconsultis est in pactis, deposito, & donationi appositis.

Est

Est tamen quædam differentia inter Scævola, & Diocletianum, quod Scævola dixerit, tunc demum servo actionem præstari, cum donator noluerit agere ad modum implendum; ea ratione, quod cum hæc actio servi ex benignitate descendat, non debet impertiri, nisi in subsidium, cum libertas alia via consequi nequit. Diocletianus vero asserere videtur indistincte posse Cajam contra Donatarium agere; nec attendendum esse, utrum donator velit, an non petere modum impleri; & hoc fortasse est Jus novum, quod Principes induxerunt.

Ex dictis facile intelligi potest hanc actionem, quæ præstatur ei, cui quid dari, vel fieri Jussum est, esse utilem personalem; nam in specie Scævola nulli dubium esse potest, servum actione personali agere adversus donatarium, ut sibi libertatem præstet. Quare in specie Diocletianæ etiam Caje utilis actio præstabitur, nimirum præscriptis verbis, ut ex sententia Eudoxii Græci scholiastis refert Theodorus *lib. 47. Basilicon tit. 1. l. 72.* & ratio est quia huic, cui Jussum est dari, vel fieri, quæritur actio ex negotio gesto inter donatorem, & donatarium: constat autem ex negotio nonnisi personalem actionem oriri. Quare fallitur Philippus Decius, ceterique, qui eam actionem utilem in rem esse putarunt, quorum rationes non tanti sunt, ut redargui mereant. Vide tamen his Covarr. *lib. 1. resolut. cap. 14. a num. 3. ad 7.* & Giphanium *ad d. l. quoties a num. 5. ad 11.*

Sed illud videamus, an donator pœnitentia possit hanc legem ut quid alteri detur, vel fiat, revocare invito, vel ignorante eo, cui dari, vel fieri Jussum fuerat? Quam quæstionem Glossographi tractant in *d. l. qui Romæ, §. Flavius*. Ubi omnium primus Bartolus, & demum Alciatus, & Duarenus affirmant posse. Idem docent Covarruvias *loc. cit. a num. 7.* & Giphanius *a num. 11.* Quæ sententia vera est.

Ita patet ex Paulo in *l. si quis, ff. de servis expor.* ubi lex dicta venditioni servi remitti potest, ut vendo tibi Stichum ea lege ut postquam tibi decennio servierit, eum manumittas: nam non completo decennio mihi venditori licitum est pœnitere, eamque manumissionis conditionem emtori remittere: quod deinde placuit non solum in servo vendito, sed etiam in donato locum habere, ut dicitur in *l. 1. C. si mancipium ita fuerit alienatum*. Itaque si pactum pro libertate interpositum licet re integra revocare, eo magis id licitum erit in pactis aliis, ut in quo dicitur rem donatam alteri restitui debere. Nihil enim in Jure nostro æque favorabile est, ac libertas.

Nec minus id probat ratio; nam per hanc legem donationi dictam re integra, nullum Jus quæsitum est ei, cui quid dari, vel fieri Jussum est; licet enim ipsi detur actio præscriptis verbis, ut impellat donatarium ad implendum modum; tamen hæc actio non statim nascitur, sed tunc demum cum tempus implendi modi jam advenerit, hoc est in specie propolita transacto decennio: quod constat ex eo, quia cum tibi

dono Stichum, ut post decennium mittas de manu, hæc est donatio cum negotio mixta; itaut. ante decennium sit donatio, post vero sit negotium; & ex negotio oritur actio, non item ex donatione, *l. Aristo, ff. hoc tit.* Itaque cum negotium incipiat transacto decennio, post illud etiam orietur actio ei, cui dare, vel facere oportet. Hinc est, quod nec ipsi donatori, si velit modum impleri, datur actio, nisi eo tempore finito in *d. l. Aristo*. Cum itaque nullum adhuc Jus quæsitum est ei, cui dandum est, vel faciendum, patet esse locum pœnitentiæ; si enim neminem lædo, cur pactum donationi appositum remittere non potero?

Sunt qui nituntur hoc idem probare ex natura contractus innominati, sed non uno modo proponunt. Covarruvias ait, quia donatio hæc ob rem ea parte, qua negotium est, sapit omnino naturam contractus innominati. Hinc fit, ut elapso decennio in donatione appposito, possit donatorem pœnitere, & servum petere, ut ei iterum serviat. Ergo multo magis integrum ipsi erit pactum remittere, ut servus perpetuo sub donatarii dominio sit. Sed hoc argumentum vitio laborat, cum jam supra & ratione, & legibus palam factum sit, in donatione ob rem locum pœnitentiæ non esse; licet enim in multis similis sit contractibus innominatis, non tamen ipsi exæquatur in omnibus. Hoc recte videns Giphanius in eo industriam suam posuit, ut huic argumento medicinam faceret, & alio modo proponeret, sed frustra. Dicit enim, quod quamvis donatorem nequeat ita pœnitere, ut eam donationem revocet, tamen ei permittendum est, ut legem donationi dictam remittere possit. Sed hæc ratio seipsam destruit; si enim donatori nil prodest in quantum ad revocandam donationem, quod eam habeat naturam contractus innominati: cur deinde hoc idem ipsi prodesse debet ad revocandum pactum conventum? Hoc itaque argumentum dimittamus, & satis nobis erit probasse, quod proposuimus Jure & ratione jam antea expositis.

Sed duo obijciuntur, quæ diluere opus est. Primo Paulus in *l. 1. ff. qui sine manumiss.* ubi ita habet: Servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur, etiam si sine herede decessissent & venditor, & emtor, servo libertas competit, & hoc D. Marcus rescriptit; sed si mutaverit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit. Quare Paulus sibi ipsi contrarius videtur in *d. l. si quis*; sed danda nobis opera est, ut secum concordet.

Multa quidem comminiscuntur nostri, sed quia more suo divinant, non est cur in ipsorum opinamentis referendis, & computandis immoremur. Quod magis receptum est, ita habet, ut in *d. l. 1. ff. qui sine manumiss.* ideo servo competat libertas, etiam si venditor mutaverit voluntatem, quia emtor sine herede decessit. Quod nobis placet. Verum hoc rejicit Franciscus Caldas de *emphyteusis extinctione*, cap. 19.

num. 33.

num. 33. tum quia hæc responsio hariolatur, tum etiam quia inutilis est, cum vix sine herede decedamus. Sed utrumque falsum est. Non enim divinat, cum de hoc expressim Paulus meminesit, qui loquitur de eo casu, quo & emtor, & venditor sine herede decesserint; eo enim casu dicit, etiamsi ante obitum venditor voluntatem mutaverit, quia tamen non solum ipse, sed etiam emtor sine herede decessit, nihilominus servo libertas competit. Non est inutilis; quia verum non est vix nos sine herede decedere, cum e contrario sæpe contingat, ut obærat heredem non inveniant, & hic casus non semel in Jure nostro consideratur, adeoque ei, qui ob grave æs alienum timet, ne a quoque sua hereditas repudietur, cautum sit, ut unum ex servis suis heredem scribat, quod ex lege Ælia Sentia facere permissum est. Sed quamvis demus Francisco Caldas vix esse, ut sine herede quis moriatur, tamen hic casus licet vix eveniat, consideratur a Paulo, & mirum est de hoc dubitatum esse, cum id expressim notetur in ea l. 1. ibi, sine herede decessissent.

Sed cur emtore sine herede decedente Paulus scripsit, servo competere libertatem non obstante venditoris pœnitentia? Cujacius in recitatione ad d. l. 1. *C. si mancipium ita fuerit alienatum*, ait, ideo hoc factum, quia nullius interest, non emtoris, qui jam mortuus est, non heredis, quia nullum habet. Sed hoc non ita facile admiserim, cum interesse possit creditorum defuncti, qui ideo sine herede obiit, quod hereditas inter creditores repentes æs debitum dispersiendi erat. Horum ergo interest servo libertatem non dari; nam eo libero minus capient. Ob solutionem itaque dubii notandum est, quod sicuti pactum conventum, ut intra certum tempus servus venditus liber sit, appositum est favore servi, ita per pœnitentiam revocatur a vendente, favore ipsius ementis. Quod patet ex eo, quia si post venditoris pœnitentiam emtor nihilominus servum in libertatem asserat, valide id fit; nam eo casu emtor suo favori renunciat, *l. quæsitum, ff. de servis exportandis*. Itaque causa finalis remittendi pactum in servi venditione appositum est favor emtoris, & per consequens ipsius etiam heredis: quo favore cessante venditorem utique non pœnituisse, sed in priori voluntate perdurasset, ut servus libertatem intra tempus præfinitum acquireret. Hinc ergo cum ipse emtor mortuus est, nec ullum post se heredem relinquit, cessat jam favor emtoris, & proinde etiam cessat pœnitentia, quæ ob id facta est, & subingreditur favor servi, cujus gratia in venditione pactum de libertate dando appositum fuit. Merito itaque Paulus ait, quod licet venditor voluntatem mutaverit, cum tamen emtor mortuus est sine herede, servo adhuc libertas competit: qui casus omnino diversus est ab eo, qui ab eodem Paulo propositus est in d. l. si quis, *ff. de servis exportandis*, & ab Imperatore Alexandro in d. l. 1. *C. si mancipium ita fuerit alienatum*, ubi emtor, & donatarius servi vivus erat, vel si mortuus, heredem habebat.

Ob.

Obijcitur II. ex Proculo in *l. si cum fundum*, ff. de pactis. Sed hic illud contingit, quod sæpe animadvertere est in libris nostrorum Interpretum, qui secum facere putant leges, quæ manifeste contra ipsos sunt. Plane Proculus omnino palam probat, re integra posse ex pœnitentia revocari pactum in extranei favorem appositum. Species ita se habet: tu fundum meum possidebas, cum quo pactum ini, ut eum fundum Titio traderes; verum mox me pacti pœnitet, & a te fundum vindico, eumque mihi, & non Titio tradi volo; quæsitum est, utrum id Jure facerem? Respondit Proculus, non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si aut jam tradidisses, aut si tua causa id inter nos convenisset, & per te non staret, quominus traderes, hoc est regulam esse, me posse pacti conventi pœnitere, & fundum vindicare duobus casibus exceptis. Prior est si res integra non esset, ut si fundus jam Titio juxta placiti fidem traditus a te fuerit. Secundus si tua causa ita conventum sit, hoc est si pactum de tradendo Titio fundum, non tam appositum sit ob utilitatem Titii, quam ob tuam, ut si eundem fundum eidem Titio pœna apposita dare promiseras, tunc si per te non stat, hoc est si paratus es tradere, licet non tradideris: frustra ergo voluntatem muto, nec fundum vindicare possum. Patet ergo ex hac lege Proculi nostram definitionem non improbari.

Stet itaque, quod a principio posuimus, legem donationi datam, ut alteri quid detur, vel fiat, re integra posse revocari ex pœnitentia illius scilicet, qui apposuit, non etiam heredis ipsius, dicta *l. si quis*, ff. de servis export. Imo ex dictis constare potest regulam ita generatim concipiendam esse, nimirum pactum in causa extranei in contractu quocunque appositum ex pœnitentia apponentis revocari re integra, hoc est antequam nihil Juris quæsitum fuerit extraneo. Sed videamus quibus modis Jus extraneo acquiritur, ita enim totam rem hanc plane intelligemus. Primo quæritur Jus extraneo stipulatione ipsius, dicta *l. quoties*, C. de donat. quæ sub modo. Secundo diei lapsu, argumento *l. Aristo*. Tercio, & maxime traditione, cum scilicet nullum pactum in tempus prænitum est, dicta *l. si cum fundum*.

Sed ut dicam, quod res est, valde dubito, utrum attento Jure Justiniano, ea quæ diximus locum habeant. Nam hæc donatio, quæ fit ea lege, ut quid alteri detur, vel fiat, duplex donatio est. Una in eum, cui statim res datur. Altera in eum, cui ex pacto est dandum quid, vel faciendum. Constat hoc ex *l. Seja*, ff. de dote prælegata, ubi adhibitus ad stipulandum, dotem tibi soluto matrimonio restituendam, si stipulatur mandato mulieris nubentis, & dantis dotem, non intelligitur adhibitus animo donandi, sed tenetur actione mandati heredibus mulieris (ut etiam est in *l. cum quis decedens*, §. nupturam, ff. de leg. 3.) Sed si absque mandato adhibetur, tunc donationis causa ad stipulandum adhibitus intelligitur: ita lex illa explicanda est. Itaque quoties tibi do-

dono fundum, ut Cajæ intra certum tempus restituas, tunc duplex donatio est, prior tibi facta intelligitur, altera Cajæ, quæ vel omnino non stipulatur, vel utique non stipulatur. Jussu meo, ideoque semper etiam ipsa donataria censetur. Idem est si tibi dono Stichum, ut post quinquennium manumittas; nam libertas etiam donatur, ut indicat phrasis illa libertate donare; ita ut cum in *l. Aristo* dicitur hanc donationem mixtam esse cum negotio, ut scilicet ante quinquennium donatio sit, post quinquennium vero negotium, hoc intelligendum sit respectu ejus, cui fundus, vel Stichus statim traditur, non item respectu Cajæ, vel Stichi, qui & ipsi donatarii sunt. Hoc posito videamus quomodo hæc secunda donatio facta intelligatur. Non est facta pacto, quia pactum solum inter donantem, & primum donatarium conventum est, sed respectu illius, cui dandum est, vel faciendum, habebitur ut facta per pollicitationem, quæ est solius offerentis promissio; & hinc Juris rigore ex hoc pacto ei, cui dandum est, non præstatur actio, quæ ex pollicitatione non nascitur, nisi facta in Rempublicam sit, ut in *tit. ff. de pollicitat.* At vero ex benignitate impertitur, tunc cum tempus præfixum lapsum est, ut diximus. Hinc difficultatis ratio desumitur; propterea quod hodie ex Justiniano in *l. si quis argentum, §. penult. C. hoc tit.* Donatio per pollicitationem facta valida est, & obligat pollicentem ad præstandum id, quod donavit; ut si testato dicam serione Titio absenti centum donata velle, jam Titius Jure me cogere potest ad præstanda ea centum sibi pollicitatione promissa. Ita ergo cum dono tibi fundum, ut Cajæ restituas, quia statim videor Cajæ per pollicitationem donasse, statim etiam ipsi obligor, & perfecta donatio est. Hinc fit me non posse deinde pactum hoc ex pœnitentia revocare; quia revocarem donationem pollicitatione factam, & perfectam contra Juris regulam in *l. 3. C. de donat. quæ sub modo*, ubi habetur; donationem semel perfectam sola pœnitentia non revocari.

De Antidoro, seu Remuneratione.

EXERCITATIONES.

Cum donatio ob causam ideo fit, quod collata in nos beneficia & merita veluti compensare velimus, remuneratoria dicitur, vel antidorum, ut si donem, quod opera tua adjutus sum. Ita tamen ut donatio merita non excedat; nam in excessu dicitur mera donatio, nisi exiguum sive modicum excessum sit, quod non attenditur, ut monuit Tiracuellus in *l. si unquam, num. 86. C. de revocand. donat.* Antidorum itaque est donatio non mera ob causam, quæ sit beneficium. Etenim remuneratio solum præcedentia merita respicit, non etiam futura, Imo.

Imola, & Romanus in *dicta l. Aquilius*.

Communis tamen opinio est antidorum esse donationem impropriam. Verum omni pede renititur Arias Pinellus, qui eam propriam esse putat, tunc cum merita Jus agendi non præstant, ad *l. i. C. de bon. mater. 3. par. num. 60.* cujus argumenta clarissima esse dixit Scipio Gentilis *lib. 2. de donat. inter virum cap. 20.* Sed neutrum verum est. Omnes hæcenus decepti sunt hac in re, quod donationum divisiones, & definitiones omnino ignoraverint. Dicimus itaque antidorum neque propriam, neque impropriam donationem esse, sed esse non meram, quod ex hucusque disputatis clarissimum est, ut ob solam, meramque liberalitatis causam detur, ut demonstratum est, *l. i. ff. hoc tit.* Sed cum quis donat ob benemerita, puta quia me a latronibus tutatus es, donat ex duplici capite. Primo ad exercendam liberalitatem. Secundo ad remunerandum meritum: ergo in ea donatione non est mera liberalitas, & proinde nec propria, nec impropria donatio est, quæ omnes meræ sunt. Sed erit inter donationes ob causam, quæ sunt non meræ, *d. l. Aquilius*, in qua, si donet quis Præceptoris sui, quod ipsum scientia, & diligentia meliorem reddidit, non dicitur meram donationem fecisse, verum officium magistri quadam mercede remunerasse. Nec quidquam agit Accursius ibi verbo, *mercedem*, in eo textu sermonem haberi de mercede debita pro institutione, quod omnino commentitium, imo falsum; nam merces non donatur, sed solvitur, & tamen Jurisconsultus dicit fuisse donationem, licet non meram; amplius non dicit absolute mercedem, sed officium magistri quadam mercede remuneratum; ubi particula, *quadam*, aperte ostendit, ibi de vera mercede non agi. Dicimus itaque Jurisconsultum nihil cogitare de mercede ob institutionem debitam, quæ etsi abundantissime præceptoris soluta fuisset, adhuc tamen cum discipulus præceptoris ob benemerita donat, non omnimodam exercet liberalitatem, sed aliquid compensat, & animum compensandi ostendit, cum dicit se donare ob hoc, quod meritum in se collatum sit.

Probatur id etiam ex *l. sed si lege, §. consuluit, ff. de petitione hereditatis*. Proponitur ibi species de bonæ fidei possessore alienæ hereditatis, qui ex ipsa hereditate alicui rem donavit, & vicissim a donatario postmodum antidora, seu remunerationes accepit, & dicitur quod inde locupletior sit factus; proindeque heredi remunerationes illas restituere teneatur. Ex quo satis arguitur remunerationem esse quidem donationem, quia qui accipit, dicitur locupletior factus, sed vicissim non esse meram. Primo quia bonæ fidei possessor antidora illa restituere teneatur heredi, ea de causa, quod remuneratio facta sit ad compensandum id, quod ex hereditate fuit donatum. Secundo quoniam Jurisconsultus ibidem subdit, hanc remunerationem velut genus quoddam esse permutationis. Cum vero Pinellus ait, hæc verba ornatus causa obiter esse ab Jurisconsulto prolata, nec præinde attendenda, omnino nugatur.

Huic

Huic nostræ opinioni nihil obstant, quæ in contrarium congeruntur, præcipue a Pinello: nos levibus omissis, unum, vel alterum, quod majorem vim habere videtur, discutiamus.

Non obstat itaque primo, quod nulla donatio sine causa fiat, sed omnis quæcumque ea sit ob meritum aliquod accedat, *l. nec adjecit, ff. pro socio*. Nam respondemus verum quidem esse donationem omnem ob merita fieri, sed non ideo statim omnis donatio remuneratoria dicitur. Sciendum itaque ad remunerationem opus omnino esse, ut expressa meritorum mentio fiat, ut probant nostri ex *d. l. Aquilius* ibi: *Quod cum patre meo, &c.* itaut si nulla horum mentio habita sit, non remuneratoria, sed mera donatio est, & dicitur; atque hic locum habet ea Juris regula, quod aliud operatur expressum, ac tacitum.

Nec iterum obstat Papinianus in *l. donari, ff. hoc tit. & ff. de regul. Juris*, ubi habetur: Donari videtur quod nullo Jure cogente conceditur. Non enim hinc fit remunerationem meram donationem non esse, siquidem Papinianus in ea lege non loquitur signanter de mera donatione, sed generatim de omni, siue mera sit, siue non, & utra utra sit, ait, fieri nullo Jure cogente.

His itaque positis, Glossographi multa hic de donatione remuneratoria congerunt; quorum pleraque non legibus aut rationibus, sed opinionibus tantum, & allegationibus barbaricis confirmantur, ut ait Hubertus Giphanius ad *l. si pater, §. 1. num. 11. ff. hoc tit.* Nos prius certa, mox incerta proponemus.

I. Itaque donatio remuneratoria ultra modum facta valet; ita Paulus in *d. l. si pater, §. 1.* in hæc verba: Si quis aliquem a latrunculis, vel hostibus captum eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiet, hæc donatio irrevocabilis est, nam merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non potest. Hanc legem pessime interpretatus est Accursius, qui credidit Jurisconsultum dicere donationem hanc, etiam ingratitudine secuta, revocari non posse. Sed fallitur, quoniam tempore Pauli nondum Imperator Philippus ob vitium ingrati revocari donationem permiserat; quare de hac revocatione loqui Paulus non potest; sentit itaque Jurisconsultus de modo donationis a lege Cincia statuto, quem si donationes excedebant inutiles erant, & ait, hoc locum non habere in antidoro, quod potest valide modum excedere, ut patet ibi *certo modo*. Verum quoniam hodie modus legis Cinciae sublatu est, & in ejus vicem introducta est insinuatio; ideo legem hanc de insinuatione accipiemus, ut nimirum in antidoro insinuatione opus non sit, quod tradunt communiter nostri, & Cujacius *lib. 29. questionum Papiniani ad l. Aquilius*. Concedimus tamen dictam legem ex æqualitate rationis extendi ita posse, ut nec revocetur antidorum ex quinque causis ingratitudinis, neque agnatione liberorum. Quare Cujacius ait *tit. C. de revocand. donat.* non pertinere ad donationes

nes remuneratorias *lib. 17. observat. cap. 33.*

II. Ex *l. idemque, §. ult. juncta l. si vero in princip. ff. mand.* differentia inter principalem, & inter remuneratoriam donationem affertur, quod fidejussor, cui creditor accepto tulit ex causa remunerationis, habeat actionem mandati contra debitorem, pro quo fidejussit, ex principali donatione non habeat; hujus rei rationem Jurisconsulti passim non intelligunt. Henricus Bocerius, *cap. 117. de donat. num. 5.* eam dicit esse, quod qui accipit antidora, non fit inde locupletior, & proinde pro debitore ex suo solvisse intelligitur; quod tamen falsum est, cum omnino contrarium sit, *d. l. sed si lege, §. consuluit, ff. de petit. heredit.* in qua diserte is, qui antidora accipit, dicitur locupletior factus. Dicimus itaque cum Gishan *o loc. cit. num. 32.* rationem diversitatis esse, quia in antidoro abest aliquid fidejussori, in donatione vero simplici non item.

III. Hæc ex meritis donatio facilius præsumitur; patet id ex *l. si vero, §. inde Papinianus, ff. mandati*, ubi patronus prædium emendo beseem pretii solvis, mox idem liberto donat ea lege, ut residuum pretii hoc est trientem venditori redderet; id facit libertus; qui deinceps patrono idem prædium vendenti consensit, censetur patrono donasse, nec trientem petere potest; actus itaque gestus, alias dubius, pro donatione habetur, cum agitur de antidoro. In aliis vero casibus donatio facile non præsumitur, quia nemo facile pecuniam suam jactat, *l. cum de indebito, in princip. ff. de probat.* & qui donat, perdere videtur, *l. filiusfamilias, in princ. ff. hoc tit.* Sunt tamen hujus regulæ exceptiones aliquot, de quibus post alios agit Bocerius *cap. 1. num. 19.*

IV. Antidorum latius interpretatur ac simplex donatio, quare licet habitatio alteri concessa ab herede donatoris revocari possit, cum simplex donatio est, *l. Lucius, ff. hoc tit.* id tamen cessat cum remuneratoria est, *d. l. Aquilius*: sed de his legibus latius in 2. par. agemus.

Hæc tantum privilegia in Jure nostro donationibus remuneratoriis concessa reperiuntur. Sunt tamen alia, & quidem plurima, quæ a Glossographis adjecta sunt. De his videamus.

I. Ex causa remunerationis putant donatorem teneri de evictione, ex *d. l. idemque, §. ult. & ex l. si vero, in princ. ff. mandati*. Id tamen in ea lege non dicitur; nam mandati actio, de qua ibi agitur, non competit donatario contra donatorem, ut stulte credunt, sed adversus debitorem. Verius itaque puto ita donantem evictione non obligari, ut docuit Decius in *l. si donatione, num. 35 & seq. C. de collat.* aliique: sed nullus hætenus vera, & solida ratione id demonstravit. Nos dicimus, quod ideo in reliquis donationibus negatur evictio, quia is, qui accipit, est rei lucrativæ possessor, ut notat Paulus 5. *sentent. tit. 11. §. in vitis*, & quia is, qui dat, non debet liberalitatis suæ pœnam pati, *l. ad res donatas, ff. de adilit. edict.* Sed hæc rationes etiam in antidoro locum habent; propterea quod qui antidorum accipit, locupletior fit,

d. l. sed

d.l. sed & si lege, §. *consuluit*, ff. *de petit. hereditatis*, & qui antidorum dat, liberalitatem etiam exercet, licet non meram. Quare neque hic suæ munificentiae pœnam subire debet, & propterea de evictione non tenebitur. Verum tamen est Jure Longobardico cautum esse, ut in antidoro detur evictio, *l. 2. de evictionibus inter leges Longobardicas*.

II. Docent donatorem in causa remunerationis teneri in solidum, hoc est etiam ultra id, quod facere potest, Tiraquellus *loc. cit.* n. 58. & 144. Sed placet contraria opinio, tum quia leges generatim docent eum, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnari, deducto etiam ære alieno, *l. inter eos*, §. *finali*, ff. *de re judicata*, §. *sed etsi quis*, *Institut. de actionibus*. Ergo id etiam in donatione remuneratoria locum habere debet; nam Jura singularia non sunt recipienda sine certa lege, quæ ea statuatur, *argum. l. quod vero*, & *l. Jus singulare*, ff. *de legibus*; tum etiam quia liberalis non est avare exigendus, nec debet suæ liberalitatis pœnam ferre; ita Giphanius *loc. cit.* num. 33. & seq. Bo-cerus num. 29. qui tamen in gratiam Pragmaticorum putat contrariam opinionem posse defendi ratione, quod donator hic duplici vinculo ligatus est; primo naturali ad antidora; deinde etiam ex promissione sua; sed quoniam hoc duplex vinculum non facit, quin donator hic liberalis non dicatur; ideo ratio hæc nihil urget.

III. Inter virum, & uxorem ajunt donationem remuneratoriam valere. Probant id tum ex *l. ult. ff. de donat. inter virum*, ubi si uxor nummis a viro sibi donatis servum emerit, qui plane uxoris fit; mox vero servum hæc donationis causa viro tradiderit, rata erit traditio, & donatio; tum ex *l. quod autem*, §. *si viro*, ff. *cit. tit.* ubi si vir, & uxor, quia invicem sibi donaverint, & maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit compensationem fieri donationis, & hoc D. Hadrianus constituit. Ex his, inquiunt, patet antidorum licite inter conjuges fieri, constat enim donationes mutuas, de quibus citatæ leges loquuntur, etiam remuneratorias esse, *d.l. sed & si lege*, §. *consuluit*.

Sed verius est donationem remuneratoriam inter conjuges interdicti, ut censuit Arias Pinellus in *l. 1. C. de bon. mater. par. 3. num. 62. vers. insertur nono*, & Scipio Gentilis *lib. 2. cap. 2.* quorum tamen argumenta parum urgent, cum fundentur in eo, quod putant remuneratoriam donationem esse propriam, & simplicem donationem, quod falsum esse jam ostendimus. Nos ergo istud ita probabimus. Ratio potissima cur donationibus conjugalibus interdictum sit, est ne alter ditior, alter pauperior fieret, ut constat ex oratione D. Antonini: sed qui antidorum accipit ditior fit, ut diserte traditum est in *d.l. sed & si lege*, §. *consuluit*, qui autem dat, pauperiorem fieri, nullum dubium esse potest, cum patrimonium suum diminuat: quare dicendum est etiam antidora inter conjuges prohibita esse.

In quantum ad donationes mutuas, dicimus eas permitti, non quia

sunt remuneratoriæ , licet etiam hujusmodi sint , sed quia mutux ; nam mutux donationes tunc inter conjuges substinentur , si tantundem simul quis accipiat , aut paulo plus minusque , quam dederit , ut notat Gentilis idem *lib.1. cap.5.* tunc enim nullus conjugum fit pauper vel dives , cum pene quod dedit accipiat , quare optimo Jure permittuntur ; ita ergo cum quis donat uxori centum , quæ inde servum emit , & viro invicem donat ; neque vir diminuit , vel auget patrimonium , neque uxor ; & proinde nihil est , cur prohibita dicatur , *d. l. ult.* Ita quoque si vir uxori anulum , qui centum valeat , causa donationis tradat , & e contrario uxor viro Syphum , qui tantundem æstimetur , ob eandem rationem substinentur donationes : licet autem mox ex supervenienti causa vir servet sibi donatum , uxor amittat , non tamen ad irritum recidere potest , quod ante Jure valuit , *l. donationes. in princip. ff. hoc tit.* quod confirmavit Imperator Hadrianus in *d. l. quod autem , §. si vir.* Itaque permissæ inter conjuges mutux donationes sunt , non quod alter alteri remunerare possit , sed quoniam nihil ex patrimonio diminuitur , ut propterea nihil etiam pro donationibus remuneratoriis inter conjuges substinendis ex dictis Juribus erui possit.

IV. Militem , qui focariæ suæ donare prohibitus est ab Imperatore Antonino in *l. 2. C. de donat. inter virum* , volunt id posse , si ab hac in ipsum beneficia collata sint . Ancharanus *conf. 247.* Decius *consil. 132.* Afflictus *decis. 172.* afferunt ad hoc textum in *l. miles in princ. ff. de re judic.* quæ tamen lex nihil ad rem nostram facit , cum ibi solummodo dicatur militem ob æs alienum in Castris contractum non conveniri , nisi quatenus facere potest. Stet ergo regula , hanc militis donationem in focariam nunquam valere .

V. Traditum est Procuratorem , qui liberam administrationem habeat , posse antidorum dare ei , qui in dominum beneficus fuisse probatur , Bartolus in *l. ambitiosa , ff. de decretis* , in quam sententiam communiter itum est apud Tiraquellum in *l. si unquam* , verbo , *donatione largitus , num. 26.* Sed nullo modo id substineri potest , & improbatur per Cajum in *l. contra , §. si filius , ff. de pactis* , ubi filius , aut servus licet liberam peculii administrationem habeant , concessum tamen Jus donandi non habent ; & ratio est , quia donare est perdere , non administrare res. Quare contrariam sententiam recte veriore judicat Aretinus *conf. 24.* quam amplectuntur Bocerus *cap. 13. num. 19.* Giphanius ad *l. penult. n. 21. ff. hoc tit.*

VI. Tutorem , & Curatorem propter remunerationem posse donare , existimant Raphael Cumanus *conf. 101.* Romanus *conf. 50.* sed plane non est recedendum a regula , quæ his de bonis pupilli , vel adolescentis donare prohibet , *l. ult. ff. de Curat. furios. l. tutor ad utilitatem , l. Lucius , §. ult. ff. de administrat. tutorum , l. pactum Curatoris , C. de pactis* . Non enim ulla ratio est , vel lex , quæ ab hac regula recedendum esse suadeat ,
vel

vel jubeat. Et plane ad rem nostram non facit Paulus in *l. cum plures*, §. *cum tutor*, ff. *de administrat. tutorum*; nam ibi dicitur tutorem præstare præceptoribus pupilli mercedes, quod plane necessitate fit, non ex liberalitate. Dicitur etiam eum posse solemnia munera parentibus, cognatisque pupilli mittere. Stultum autem est credere munus hic accipi pro antidoro, cum significet munuscula, quæ causa nuptiarum, vel natalium, conjunctis nostris mittimus, quæ non præstare incivile est, & contra bonos mores. Hinc tutor, qui non rebus modo, sed etiam moribus pupilli præponitur, hæc solemnia munera mittere potest, ut dicitur in *d. §. cum tutor*; quare nihil in ea lege habetur de antidoro, & licet tutori munus solemnne dare permittatur, non licebit tamen remunerare. Ita maritus potest uxori munera natalitia dare, vel contra, *l. sed si vir*, §. *penult.* ff. *de donat. inter virum*, & nihilominus antidorum præstare non potest, ut jam demonstratum est.

VII. Constans nostrorum opinio est donationem patriam ob remunerationis causam valere. Sed præ omnibus hic inspiciendum est, utrum filius de patre suo possit benemereri, quem lapidem prius omnium movit Jacobus Menochius, qui *lib. 3. præsumt. cap. 29. a num. 4. ad 20.* negat, nec videtur motus levi ratione; quandoquidem qui præstat id, quod Jure debet, non dicitur benemeritus, sed justus, & æquus; constat autem filium omne obsequium, operas omnes patri, a quo vitam, & alimenta recepit, debere; si enim patri non debemus, cui quæso debemus? Hinc filius obsequia patri præstat Jure Decalogi; eidem alimenta præstat tum naturali ratione, tum etiam Jure civili, ut patet ex Ciconiariis legibus, quæ sunt in *l. si quis a liberis*, §. *parens*, ff. *de liberis agnosc.* & in *l. ult. §. ipsum autem*, C. *de bonis, quæ liberis*. Reliquas operas quibus patris vita substinetur, & defenditur, nisi filius præstaverit, poterit ut ingratus exheres scribi: quapropter dicendum videtur filium, si hæc omnia patri exhibeat, non esse benemerentem, sed justum, & æquum; quod omnino docuit Aristoteles 8. *eth. ult.* in hæc verba: *Deo, & parentibus nemo unquam dignum reddere potest*: sed qui quoad potest, obsequitur, bonus, & æquus esse videtur. Hanc Menochii rationem nullo modo solvit Fachineus, dum *lib. 3. contr. 74.* contra Menochium scribit, sed solum plures leges congerit, quæ meritorum filii in patrem, matremque meminerunt, ut est in §. *1. ant. de non eligendo*, *l. de emancipatione*, C. *de legit. heredit. l. cum pater*, §. *rogo*, ff. *de legatis 2. l. 1. §. toties*, ff. *de collat. bonor.*

Sed hoc si recte attendamus, nullius momenti est, omnemque nodum dissolvit Papinianus in *d. l. cum pater*, §. *rogo*, in qua quærit, quid intelligendum sit, cum dicitur filius promeruisse de matre, & respondet Jurisconsultus hoc tam esse si matrem beneficio affectit, quam si matrem non offenderit; itaut qui filius matrem offendit, demereatur, qui non offendit mereatur. Ex quibus perspicue manifestum fit in filiis prome-

tendi

tendi verbum, aliter accipi, ac in reliquis personis; nam in aliis ille promeretur, qui beneficium confert; in filiis etiam, qui non offendit, illo casu proprie loquitur, isto improprie. Sed si quæramus unde hæc varia verbi illius acceptio orta sit; unica tantum ratio nobis occurret; nimirum quia filius nunquam dici potest in patrem, matremque vere beneficium conferre, nam quidquid confert debitum est; ideoque nunquam etiam de genitoribus promereri potest, sicuti extraneus de extraneo, quia unus in alterum potest, non solum debitum, sed verum beneficium conferre. Hinc ergo factum est, ut filii de parentibus nequeant hoc sensu promereri, sed solum improprie, non solum si beneficium conferant, sed etiam si non offendant, quod nisi ita explicemus, sed e contrario dicamus semper hoc verbum, proprie, & eodem sensu accipi, jam rem absurdissimam attribueremus Papiniano, hoc est facilius posse filium promereri de genitoribus, quam extraneus de extraneo; quandoquidem in his non satis esset, & vere non satis est, si unus alterum nunquam laxasse dicatur, sed quid amplius exigeretur, scilicet beneficium fuisse collatum: in filiis vero ad promerendum non aliud opus esset, nisi leve istud, & propemodum nihil, hoc est non offendisse; itaque Papinianus stat pro Menochio, non contra ipsum pugnat, ut putabat Fachineus, & juxta Papinianum interpretandæ sunt reliquæ leges, quæ de meritis filiorum meminerunt.

Si ergo verum est filium de patre promereri non posse, quid stultius quam quærere, utrum patria donatio collata in filium familias benemerentem valeat, an non? Sed age demus Fachineo, reliquisque, filium familias vere posse de patre benemereri, adhuc tamen dicimus eam donationem Jure non sustineri; nam ideo pater familias in filium donationem nullam conferre potest, quia ea statim a filio in patrem regrederetur, quæ certe ratio etiam locum habet in filio benemerito, cum regula sit omne profectitium nunquam filio familias acquiri, sed patris semper esse; ergo hæc etiam donatio nullius roboris est. Sed respondet Fachineus res ita a patre donatas non tam ex substantia patris, quam ex propria industria filium acquirere, eoque accensendas esse adventitiis. Verum frustra est; nunquam enim in Jure nostro legimus ad res adventitias constituendas satis esse, si ex filio familias industria quærantur cum simul exigatur omnino, ne a patre proveniant. Ita expressim Justinianus in *lult. in princip. C. de bonis, quæ liberis*.

Tandem ajunt Ecclesiasticos posse remunerationis causa res Ecclesiæ immobiles donare, quod pugnat perspicue cum *l. jubemus nulli, §. scientes, C. de Sacros. Eccles.* ubi Leo Imperator dicit Archiepiscopo, & Æconomis Urbis Constantinopoleos nulla occasione vel tempore ad vicissitudinem beneficii collati (colorati legit Baldus & Cujacius *novell. 7.*) aut gratiæ referendæ donandi immobilia, vel quæ pro immobilibus habentur, facultatem permissam esse. Hanc legem extendit ad omnes Ecclesiasticos

sticos cujuscunque regionis, & locum, Imperator Justinianus in *novell. 7. de non alienand. & novell. 120. de alienatione, & exapbyteusi.*

Atque hæc de antidoro, & omnibus donationum speciebus, earumque proprietatibus dicta sunt satis.

De Modis, quibus vel donatio fit, vel ad donandum obligamur.

C A P. III.

Duo omnino sunt modi, quibus donationes perficiuntur, alter de Jure civili, ut mancipatio, alter de Jure gentium, ut traditio. De priori dicendum prius est.

Mancipatio est imaginaria venditio, & traditio. Hæc in pluribus causis olim a Romanis adhibebatur, ut in testamento, quod per æs, & libram dicebatur; quod primus Constantinus Imperator substulisse videtur in *l. quoniam, C. de testamentis*; quemadmodum ostendunt verba illa: Ademtis his quorum imaginarius est usus. Adhibebatur etiam, & quidem tribus vicibus, cum filiusfamilias ex patria potestate exsolvendus erat, quod explosit Justinianus in *§. præterea, Quibus modis patria potestas*. Solitum quoque erat usurpari in adoptionibus; nam Suetonius ait Augustum sibi Cajum & Lucium adoptasse, per assem (hoc est per æs) & libram emtos a patre Agrippa. Ejus etiam usus erat in donatione, itaut res mancipi per mancipationem; res nec mancipi per traditionem donarentur, ut patet ex *C. Theod. hoc tit.* Sed quæ fuerit mancipationis solemnitas videamus.

Fiebat quinque testibus, & libripende Civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo qui antestatus dicebatur.

Aderat libripens, quia cum Veteres non ære signato, sed graviter uterentur, eoque penso non numerato, ideo nullæ venditiones celebrabantur, nisi coram eo, qui æs penderet. Is libripens dicitur. Adhibebatur etiam antestatus, sed quis esset, non ita obvium est. Conjectura Alexandri ad Cajum est antestatum fuisse, qui id agebat, ut quinque testes Cives Romanos puberes convocaret, mox cum libripende mancipationi interesset, & quinque testium aures, antequam mancipatio perageretur, semel, atque iterum, ut rei gestæ memores essent, velleret, & sic antestaretur. Id enim antestari est, ut patet ex Plinio *lib. 11. cap. 45.* Est, inquit, *in ima aure memoria locus, quem tangentes antestamur.* Et Horat. *lib. 1. satyr. 9. Licet antestari? Ego vero oppono auriculam.* Tum qui rem mancipio accipiebat æs tenens ita dicebat: *Hanc ego rem ex Jure Quiritium meam esse ajo, eaque mihi cuncta est hoc ære, antequæ libra.* His dictis ære ferebat libram, idque æs dabat ei, a quo

Mal-

mancipio accipiebat, quasi pretii loco: & res omnis erat absoluta. Hoc æs grave ab antiquis dicebatur Raudusculum, ut constat ex Varro-
ne *lib.44. de ling. latin.* mox cum signaretur erat nummus sextertius: quare apud Vitruvium *lib.2. cap.4.* legitur: *Nummo sextertio man-
cipio dedi.* In matrimonio per coemptionem puto dictum æsem Caja-
num, ex illis verbis, *ubi tu Cajas, ego Caja.* Atque ita accipio Sta-
tium:

Emtana plus minus æsse Cajano.

Ex dictis plura colliguntur ad nostri Juris intelligentiam. Primo quia hæc solemnitas, seu mancipatio in omnibus alienationibus adhiberi solebat, hinc intelligitur unde factum sit, quod in lege Decemvirali emtionis verbo omnis alienatio comprehenderetur, ut dicitur in *l.statu-
liberi, §.sed verissimam, ff.de statuliberis,* & nomen venditionis gene-
ratim sumtum omnem omnino actum denotet, quo dominium transcri-
batur, *l.sicut, §.venditionis, ff.quibus modis pignus, cum concordanti-
bus ibi a gloss. citat.* Propterea si venditio rei prohibita sit, etiam dona-
tio prohibita intelligetur, si modo aliqua via, & ratione colligi possit
cum, qui prohibuit, venditionis nomine generatim sumto usum fuisse,
ut si dictum fuerit, ne quid vendatur extra familiam, ut disponitur
in *l.4. C.de fideicom.* ibique notant Bart. & Salyc.

II. Quia hæc solemnitas cum animo donandi adhibebatur, erat ima-
ginaria venditio, sed re vera erat donatio; ideo statutum est ne a no-
mine donationis donatio penderet, sed a mente dantis & accipientis,
cum plus valeat, quod agitur, quam quod simulate concipitur, *tit.G.
plus valere;* quare si verbo donationis dominus colono ob sterilitatem
anni remiserit, deinde sequentibus annis contigerit ubertas, nihil obest
domino remissio, quasi non sit donatio, sed transactio, *lex conducto,
§.Papinianus, ff.locat. & e diverso,* si ut donaretur venditionis contra-
ctus simulatus est, non est emtio venditio, sed donatio, *l.3. C.de con-
trab.emt.* Imo etiam si quis conduxerit *nummo ano*, conductio nulla est,
quia & hoc donationis instar inducit, *l.si quis conduxerit, ff.locat.* De
his donationibus velatis intellexit Constantinus Magnus in *l.donatio,
C.de donation.* ubi meminit donationis cognominatæ animo dantium,
accipientiumque sententiis; hoc est, ut Theodorus græcus glossator in-
terpretatus est, donatio velata alterius contractus titulo, quod probat
Cujacius *lib.2. observat. cap.4.* & Jacobus Gothofredus ad *l.1. C.Theod.
de donat.*

III. Colligi potest, quid voluerit Justinianus in *l.alt. C.boc tit.* ubi
statuit rejicienda esse verba illa, quæ olim in donationibus apponi sole-
bant, nimirum sextertii nummi unius assis, vel quatuor, quæ verba nil
mirum est non intellecta fuisse ab Accursio omnis antiquitatis ignaro;
pertinent enim ad formam donationis, quæ cum post mancipationem in
scripturam redigebatur, nummis sextertii, qui pro varietate temporum

va-

varius fuit, mentio fiebat, quo mancipatio facta erat, ut patet in inscriptione Urbis Romæ, Fuggeriana, cujus verba hæc sunt: *Hoc monumentum Lucius Taurinus Sabinus se vivo donavit Lucio Sappio Symphoro, mancipavitque sextertio nummo uno*; quæ verborum solemnitas posita in omnes donationes obrepsit, ut ex *d.l. ult.* patet. Et hæc aufertur a Justiniano ibidem; ita tamen ut cuique permillum sit iis uti, vel non uti, ut magis libitum est.

Et hæc de modo donandi civili, qui jam sublatus est: dicamus de eo, qui est de Jure gentium. Modi quibus rerum dominia Jure gentium nobis acquiruntur, tres omnino sunt; occupatio si res nullius est; traditio si res dominum habet; & accessio, quæ locum habet tam in rebus nullius, quam in alienis: ideo cum donatio, si originem spectes, sit adquisitio de jure gentium, uno ex his modis perficiatur, oportet. Certum est autem ex his, quæ disputata sunt *cap. 1. quæst. 1.* perfici traditione, non item occupatione, quia non donantur res nullius, nec accessione, quia in hac potius juris censura, vel facto meo, quam facto alterius (quod factum in donatione requiritur) dominium rerum nostrum fit; ideo unicuique tantum erit modus, quo donatio perficitur, nimirum traditio. Ceterum, ut traditio dominium transferat, varia exiguntur, jus, sive dominium tradentis, capacitas accipientis, affectus utriusque in idem, res corporalis, & iusta traditionis causa, ut patet in *tit. ff. de acquir. rerum dominio*.

Verum gravis hic quæstio est, si dissensus sit dantis, & accipientis in causam, utrum vitietur causa solum, an etiam traditio. Finge pecuniam tibi traditam animo donandi, quam tamen animo mutui accipis; hic dissensus est in causa, sive titulo; datur enim pecunia titulo donationis, & accipitur titulo mutui; quæstio hinc duplex esse potest. Prior est si error iste in causa ita vitiet causam, ut nec donatio, nec mutuum sit; altera si vitiet etiam traditionem, hoc est, ut ea traditione proprietates rei translata non sit. Ad hanc duplicem quæstionem non advertunt nostri, sed eas, tanquam una sit, invicem confundunt. Sed falluntur, ut per se clarum fiet.

Quoad primum attinet, dubitandum non est causam vitari. clarissima enim sunt verba Ulpiani in *l. si ego, ff. de reb. credit.* ubi habet: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit videndum est. & puto nec mutuam esse. Ratio utriusque propositionis in promptu est: non enim est donatio, quia ad eam necesse est, ut utrinque concurrat animus, & affectus dantis, & accipientis liberaliter; non est mutuum, quia in mutuo, & in omni contractu consensus requiritur utrinque, ut obligatio constituatur, *l. 3. §. 1. ff. de A. & Ob.* Quare cum ad causam requiratur consensus, & hic sit dissensus, hinc fit, ut nulla subsit causa.

In quantum ad secundum an ea pecuniæ traditione dominium,

Ddd

& pro-

& proprietas transcribatur, dubitatio magna est. Ulpianus enim in *cif. l. si ego negat*, his verbis: Magis (puto) nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, hoc est quia opinionum diversitas sive dissensus facit causam nullam, ideo traditio nuda est; constat autem nunquam nuda traditione dominium transferri, ut habet Paulus in *l. nunquam, ff. de acquir. rer. dominio*. Verum Julianus Ulpiano diserte in quaestione proposita adversatur in *l. cum in corpus, ff. cit. tit.* Cujus verba adscribam: Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi; aut recipiendi dissenserimus. Quare juxta Paulum ad proprietatis translationem satis est, si in corpus, quod traditur, consentiamus, licet in causis dissentiamus. Id negat Ulpianus.

Ut hanc Jurisconsultorum discrepantiam de medio tollant, multa Nostri comminiscuntur. Alciat. *lib. 5. parerg. cap. 14.* secutus Franciscum Aretinum torquet verba Juliani, itaut apud ipsum accipiens pecuniam quasi creditam, intelligendus est accipere quasi sibi debitam; ut trado ego tibi pecuniam animo donandi, tu eam accipis, non ut donatam a me tibi, sed ut debitam, accipis, inquam, in solutum, & hoc casu transfertur dominium, quia subest causa, nempe obligatio, sive contractus. Donellus vero ad *d. l. si ego* e diverso torquet verba Ulpiani, putatque illa, nummos accipientis non fieri, ita esse accipienda, quasi dictum sit, fieri quidem, sed non plene, & perfecte, eo quod conditione possint repeti. Verum hæ nugæ sunt, quas palam utriusque Jurisconsulti verba non ferunt. Et merito Aretinus reprehenditur a Ludovico Charonda *lib. 2. cap. 2.* aliisque, & Donellus rejicitur ab Huberto Giphanio ad *d. l. cum in corpus*. Nec alii, qui hanc materiam tractandam susceperunt, meliora his reponunt.

Mihi plane dubium non est Julianum, & Ulpianum hac in re de industria dissensisse, nec posse sine cavillo ad concordiam reduci, qui discordes esse voluerunt. An ergo reprehendemus Tribonianum, quod leges sibi invicem adversantes nobis observandas proposuerit? Nihil minus, si verum est, quod jam supra monuimus in *ff. cum plurimum Jurisconsultorum pugnancia responsa posita sunt*, quorum unum sit opinio, alterum sententia, ea mente fieri, ut unius opinio rejiciatur, retenta alterius sententia. Ita plane in casu nostro dicimus observandum pro lege esse responsum Juliani, quod per modum sententiæ conceptum est, cum ait: Constat proprietatem ad te transire; e diverso vero referri tantum, non etiam probari responsum Ulpiani, quod opinionem solum habet, ut patet ex illis verbis, Magisque puto. Sed videndum est an id merito fiat, sive utrum rectæ Juris rationi innittatur sententia Juliani, cum dicit dominium transferri, etiamsi error, & dissensus sit in causa; Affirmat Donellus, & Giphanius, quod verum est.

Pro-

Probatur, nam ad translationem domini opus est, ut traditio non sit nuda, sed cum causa iusta. Consentiant in id Paulus & Ulpianus, ille in *d. Inunquam. ff. de acquir. rer. dom. iste lib. regular. tit. 19.* & qui. dem rationi consentaneum est, nam cum nihil sine causa fiat, consequens est, ut qui sine causa tradit, nihil egisse, & tradidisse videatur. Ceterum in specie proposita, cum ego trado quasi donaturus, & tu accipis quasi mutuum, adest causa iusta traditionis. Quare dicendum est dominium transferri. Quod adsit causa iusta, perspicuum fit ex eo, quod cum ego trado, quasi donaturus, duplicem habeo tradendi causam. Prima est, ut in te rei dominium transferam. Secunda, ut transferam titulo donationis, possem enim alio titulo transferre. Hinc quamvis causa secunda nulla sit, seu vitietur ex dissensu, subest tamen prior causa, nimirum velle rei dominium in te transferre: in quam causam etiam ipso consentis, quoties enim accipis eam pecuniam, quasi mutuam, duplicem etiam accipiendi causam habes. Prima erit, ut in te dominium rei transcribatur. Secunda, ut fiat ratione mutui, & proinde consentis mecum in prima causa, licet dissentias in secunda, sive in mutuo, quæ causa propter dissensum vitatur, non secus ac vitatur causa donationis. Adest itaque traditionis causa, nimirum domini translatio, quæ quidem iusta est, cum inde nullus invitetur ad delinquendum: in hanc concurrat affectus dantis & accipientis: ergo dominium transfertur. Et sane cur dicemus dominium non transferri, si consentimus ambo in hoc, ut dominium per traditionem transferatur? hoc esset contrarium naturali æquitati, ut constat ex Cajo in *l. qua ratione, §. hæc quoque. ff. de acquir. rer. dom.* ubi de acquisitione per traditionem agens, ait: Nihil enim est tam conveniens naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam habere. His accedit, quod in causa indebiti, si quis alteri solvat, putans se ei debere, transfert dominium in accipientem, quamvis non debeat, quia animus utrinque fuerat dantis, & accipientis ad dominium transferendum. Hinc ad eam rem repetendam non datur vindictio, sed condictio; condicimus enim quod nostrum non est, sed nobis debetur, toto *tit. de condict. indebiti*.

Hinc non obstat contra Julianum ratio Ulpiani, cum dicit, ideo nummos accipientis non fieri, quia alia opinione accepit, hoc est ego dedi titulo donationis, tu accipis titulo mutui. Non obstat inquam, quia hinc solum colligi potest non valere neque mutuum, neque donationem; in hoc enim diversitas opinionis est, sive dissensus. At vero circa translationem domini secus se habet, cum in ea consenserimus; tunc itaque verum esset dominium non transferri, si ego tradam quasi donaturus, tu accipias quasi depositum; tunc enim quia non consentimus in domini translationem, ideo non transfertur dominium; & insuper neque donatio, neque depositum ullius momenti est, nempe dissensus est in prima, & in secunda causa traditionis: & hoc est traditionem esse nudam.

Fit etiam donatio per traditionem fictam, quæ etiam quasi traditio dicitur. Ut vero pateat hanc locum habere in donatione, opus est, ut in ejus explicatione aliquantum immoremur. Ejus quaternas facio species, Fictio brevis longæque manus, Traditio per symbolum, seu notam, Traditio legalis, & quæ in alia traditione fundatur.

Quid sit brevis, & longa manus in Jure nostro, non omnes intelligunt. Nos dicimus brevem manum esse eum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad secundum, a secundo ad tertium, unica tantum fit, seu vera, seu ficta, ut si primus recta tradat tertio. Manifestum id est ex Ulpiano, qui inter Jurisconsultos solus de brevi manu mentio nem habuit in *l. licet §. 1. ff. de jur. dot.* ubi si quis debitori marito sic acceptum ferat, ut velit mulieri donatum, videtur brevi manu acceptum a muliere, & marito datum, & maritus uxoris debitor manet, tanquam ab ipsa accepisset. Ecce hic datur a primo, scilicet creditore, tertio, qui est maritus, brevi manu quod tradendum erat a creditore mulieri (quæ hic dicitur secunda) & ab hac marito. Similis casus habetur in *l. hæc ratio, §. final. ff. de donat. inter virum*, in *l. 2. §. cum vero*, in *l. qui id, §. fin. ff. hoc tit.* in *l. singularia, ff. de rebus creditis*, & in *l. quod meo, §. si venditore, ff. de adquir. poss.* Longa manus idem est, ac brevis, quod inter tot Interpretes solus Accursius recte vidit in *l. pecuniam, ff. de solut.* ubi solum mentio longæ manus habetur; ait enim ibi Jabolenus rem mihi debitam, si in conspectu meo ponere te jubeam, finge super tabulam, efficitur, ut tu statim libereris, & mea esse incipiat, & quodammodo longa manu tradita existimanda est. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu qui es primus, tradere debebas mihi secundo rem debitam, quam ego secundus super tabulam, quæ est tertia, ponere debebam, sed non ita actum est. Verum tu primus super tabulam, quæ est tertia, posuisti. Hoc factum per brevem manum diceret Ulpianus, sed Jaboleno placuit longam manum appellare; uterque autem recte, cum ad diversa respexerint, brevis ideo, quia duæ manus, seu traditiones restrictæ sunt, & veluti migrarunt in unam; longa e diverso est, quia una manus, seu traditio tantum valet, quantum si duæ factæ manus essent. Itaque gravissime fatetur Hotomanus ad *l. 6. C. de donat.* ubi distinguit inter longam, & brevem manum, itaut brevi manu id donari dicat, quod transit de manu donantis, recta in manum donatarii, tunc vero longa manu, cum donans absens absenti per nuncium, vel per procuratorem mittit. Nihil absurdius excogitari poterat. Falsus etiam est Dionysius Gothofredus ad *d. l. pecuniam*, cum putat longæ manus vocabulo intelligi oculos, & affectum, quibus possessio rei quandoque apprehenditur, quod etiam dixerat Cujacius ad *l. 2. feudor. tit. 3.* qui desumit id ex *l. 1. §. penult. ff. de adquir. poss.* Verum licet ibi Paulus dicat possessionem oculis quandoque apprehendi, non ideo statim oculi longæ manus sunt. Imo Jabolenus dicit debitorem tradidisse pecuniam longa manu, quæ traditio non oculis, sed manu facta est.

Fi-

Fictio per symbolum est, cum unius rei traditio alterius rei traditionem factam inducit. Primo est per claves, ut si merces in horreo, aut vinum in cella vendatur, & clavium horrei, aut cellæ traditio fiat, ipsæ merces, & ipsa vina tradita videntur, *l. qua ratione, §. item si quis, ff. de acquir. rer. dominio*; modo tamen id fiat in re præsentī, hoc est apud ipsum horreum, vel cellam, *l. clavibus, ff. de contrab. emt. d. l. i. §. penult. ff. de acquir. poss. II.* Per instrumentum, quo mancipium emi, tibi donationis causa tradam, etiam mancipium ipsum donasse, & tradidisse videor, *l. i. C. de donat.* quo tamen casu rei, seu mancipii donati præsentia non est necessaria, ut ibidem notat Ciphanius, quia instrumentum est loco rei, cujus Jus in eo continetur; aliud est in clavibus, in quibus certe Jus contineri non potest, & earum traditio prope horreum requiritur, ut sciatur sine fraude, quæ merces, & in quo horreo conditæ tradi intelligantur. Non itaque semper rerum aut personarum præsentia requiritur, sed in certis tantum casibus, ut & Cujacius admonuit *lib. 4. observat. cap. 3.* III. Est pars pro toto, ita tradere vinum degustandum emptori pro totius dolii traditione habetur, *l. i. & l. 4. ff. de pericu. lo, & commod. rei venditæ.* IV. Species pro quantitate: exemplum est in *l. rogasti, ff. de rebus credit.* in hæc verba: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis utereris, si vendideris, puto pecuniam mutuam factam.* Itaque traditio speciei, nimirum lancis, inducit per symbolum traditionem ipsius pecuniæ, seu quantitatis.

Traditio legalis est, cum nihil traditur, sed tale aliquid fit, unde rem traditam intelligere oportet. Hujusmodi est primo exceptio usufructus, ut si donando rem, usumfructum mihi excipiam, jam tradidisse videor, & sic perfecta donatio est, *l. quisquis rem, C. hoc. tit.* quia usufructus, & proprietas simul in eodem esse non possunt, & nemini res sua servit. Hæc fictæ traditionis species antiquis Jurisconsultis (quidquid repugnet Cujacius *lib. 19. observat. cap. 18.*) nota non fuit, *argum. l. Seja, ff. de mort. causa donat.* Ubi Seja Titio cognato bona sua donavit, eaque ei tradidit, sed sibi usumfructum recepit. Utrumque igitur ibi intervenit, nempe & traditio corporalis, & exceptio usufructus; deinde hæc fictio introducta fuit Jure Principum in duobus casibus, donationis, & dotis, quæ & ipsa est donationis species, ut referunt Honorius, & Theodosius in *l. penult. & ult. C. Theod. hoc. tit.* Verum Tribonianus cum eas leges retulisset in C. Justinianum in *d. l. quisquis rem*, extendit id etiam ad venditionem. Hæc dicta volui, ut intelligatur stricto jure hanc fictæ traditionis speciem in aliis causis præter tres dictas locum non habere. Secunda species traditionis legalis est rei demonstratio, ut si quis columnas alteri vendat in re præsentī, *l. i. §. penult. ff. de acquir. poss.* illa enim rei demonstratio pro traditione habetur, ut in *l. quod meo, §. si venditorem, ff. cit. tit.* Tertia est custodiæ po-

positio: ita si acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me iusserit, simulatque custodiam posuero, traditus mihi videtur, etiam si corpore acervus non sit apprehensus, *l. quorundam, ff. de acquir. poss.* Quarta est exemptio: qui ergo saxum de suo eximere mihi permisit, donationis causa, statim cum lapis exemptus est, habetur ut quasi traditus, & meus sit; idem quoque Jus est in arbore cæsa vel adempta, *l. qui saxum, ff. de arbor. tit. & in arena, creta, & marmore, & similibus, l. permittit, ff. de præscript. verbis, l. si cum mihi, ff. de dolo malo.* Quinta est ingreditio, ut si consensu auctoris in possessionem emptam ingressus fuero, ea mihi tradita censetur, *l. quadam, ff. de rei vindicatione, l. non idcirco, C. de contrab. empt. l. si emancipatis, C. si quis alteri, l. minus, C. de acquir. possess.* Tandem etiam nulla traditione secuta perficitur donatio, si donatam a me rem precario recepissem, aut conducto, *l. si aliquem, ff. de acquir. possess. & d. l. quidam*: idem est in acceptilatione, & novatione, ut patet.

Ultima species fictæ traditionis est, quæ fundatur in vera traditione antecedenter facta, ut rem tibi tradidi ex causa depositi, vel mutui, mox vero eandem rem tibi vendidi, vel donavi, tunc statim sine nova traditione tibi dominium acquiritur per solam patientiam, cum patior rem perpetuo penes te esse, *l. qua ratione, §. interdum, ff. de acquir. rer. dominio, l. absenti, ff. de donat.* Ita etiam fundatur in obligatione antecedenti, ut si quæ mihi debes ex stipulatu, mox donem.

Has omnes fictæ traditionis species in donatione recipi ex hætenus dictis perspicuum est. Dubium solum esse potest circa fictionem brevis manus, quamvis enim recipi eam in donatione inter vivos simplici aperte constat ex *l. 2. §. cum vero, & ex l. qui id, §. fin. ff. de donat.* sicut etiam in donationibus causa mortis, *l. idemque, ff. de donat. inter virum, & tandem in donationibus uxoris, l. hac ratio, §. fin. ff. cit. tit.* ubi habetur; si donaturum mihi iussero uxori meæ dare, nullius momenti donatio est; perinde enim est atque si ego acceptam, & rem meam factam uxori meæ dedissem. Ita ex sententia Juliani refert & probat Ulpianus. Nihilominus palam obstat Pomponius in *l. sed si vir, §. quod legaturus, ff. cit. tit.* in hæc verba: *Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meæ relinquere, & non videbitur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur.* Quæ verba satis perspicue negant fictionem brevis manus: & licet agant de donatione uxoria, etiam ad alias omnes posse extendi nulli dubium est.

Dux in hac re sunt Joannis antiqui glossatoris responsiones in *d. l. idemque*, quarum unam sequitur Connanus 8. *comm. cap. 4. num. 8.* Altera Scipio Gentilis *de donat. conjugal. lib. 1. cap. 36.* uterque suppresso Joannis nomine. Gentilis itaque putat, in specie Pomponii rem non esse mihi legatam, neque acquisitam; erat enim testator legaturus, sed non legavit; quare nihil mirum si dicor nihil de bonis meis delibasse, nec donasse uxori meæ; secus est in specie Ulpiani, ubi res non solum erat

mi.

mihi donata, sed adquisita; & licet Ulpianus scribat mihi donaturum; perinde tamen est, ac si dixisset mihi traditurum ex donatione jam facta. Verum hæc verborum donandi, & tradendi commutatio absurda est; sed si demus Gentili ita esse, consequens erit, ut dicamus rem donatam nondum fuisse mihi adquisitam; non enim donator tradiderat, sed erat traditurus. Constat autem non potuisse mihi rem nisi per traditionem veram, seu fictam acquiri. Quomodo itaque Gentilis opinio procedere potest, dum ait rem donatam fuisse mihi quæsitam, at non traditam, si ante traditionem res aliena nobis non acquiritur?

Nos hanc controversiam cum Connano ita conficimus. Ad fictionem brevis manus opus est, ut rem Jussu meo primus det tertio. Nam quod Jussu meo datur pro eo est, quasi mihi datum esset, *l. quod Jussu, ff. de regal. Jur.* & mox a primo tertio datum; hinc est, quod leges, quæ de hac fictione loquuntur, ad unam omnes (excepta *l. licet, §. 1. ff. de Jur. dot.*) Jussus mei, vel meæ voluntatis, quod hic perinde est, meminerunt. Sed ut ad rem nostram veniamus; ita est in specie ab Ulpiano proposita, ubi maritus jubet donaturum dare uxori suæ; quare recte videtur res primo tradita, & ita quæsitæ marito, & mox ab eo causa donationis in uxorem translata; quæ uxoria donatio moribus reprobata est. Non ita accidit in specie Pomponii, ubi testator rogatur a me, uxori meæ relinquat; cum rogo nihil videor acquisivisse; nam si acquisivissem, utique juberem; hinc cum testator rogatu meo uxori meæ legat, non videtur res mihi acquisita, & a me in uxorem translata; eoque nihil ego conjugi dono, ut recte Pomponius dicebat. Regula itaque sit. Cum quid alteri Jussu meo traditur, mihi prius quæsitum videtur, quod meo rogatu, non idem. Verum tamen est, esse & alteram differentiam inter speciem Ulpiani & Pomponii; nam apud Ulpianum licet ego Jusserim, poteram tamen rogare, ut uxori meæ dares; & hæc donatio licite facta esset; quoniam eo casu, non ego, sed tu, qui non prohiberis, uxori meæ donasses. Non ita apud Pomponium, qui rogat, potest etiam jubere; nam si eum, qui mihi legaturus est, jubere possem uxori meæ legare, sequeretur absurdum, hoc est intelligi legatum mihi quæsitum, & mox a me uxori donatum, quod fingi non potest, cum res legata mihi acquiri non possit, nisi mortuo legante. Idem est in hereditate.

His itaque modis perficitur donatio, uno civili ut mancipatio; altero de Jure gentium, ut traditio. Ceterum jam tempus sibi poscit, ut sermonem faciamus de modis, quibus nos ad donandum obligamur, qui tres omnino sunt, Stipulatio, Pactum, & Pollicitatio.

Stipulatio fuit ab antiquis usque temporibus in donatione recepta ob varias utilitates, quarum tres recenset Federicus Brummerus ad legem Cinciam. Nos etiam quartam addimus. I. Si donator donationem esset revocaturus, fortiori exceptione removeri posset; stipulatio enim

enim causa firmandarum obligationum inventa est. II. Ut in donatione clausula doli mali, nimirum dolum malum abesse, abfuturumque apponi posset, quæque omnibus fere stipulationibus subijciebatur, *l. doli clausula*, ff. de verb. oblig. ex qua clausula illa promanabat utilitas, ut ad incertos doli casus, qui stipulatione prævideri, & nominatim comprehendere non poterant, agi posset *l. stipulationes commodissimum*, lex ea parte, ff. cit. tit. III. Quia donatarius in re donata forte deceptus, si nulla stipulatio interposita est, haberet adversus donantem actionem de dolo malo; puta dolo rem alienam mihi donasti, quæ cum magnos sumtus in ea erogassem, evincitur, actionem de dolo malo intendam, *l. Aristot.*, §. fin. ff. hoc tit. quæ hoc incommodi habet, quod famosa sit, eoque non temere, ac nisi actione civili, vel honoraria deficiente, a Prætoribus decernebatur, *l. 1. §. 4. ff. de dolo malo*; sic nec contra omnes, cum ea convenire patrem, patronum, similesque personas, quibus honor, & reverentia debetur, prohibitum sit. Ceterum cum interposita stipulatio est, tunc non de dolo actio, sed ex stipulatu intendi potest, *l. apud Celsum*, §. Labeo, ff. de doli mali except. Clausula enim de dolo stipulationi supposita non parit actionem de dolo, quæ datur solum in subsidium, sed ex stipulatu, *l. & eleganter*, §. non solum, ff. de dolo malo. Ultima utilitas est, ut donari queant res, quæ traditionem non admittunt, ut quæ futura sperantur, nec dum sunt in rerum natura, *l. interdum in princ. ff. de V. O. l. 3. C. hoc tit.* Ita etiam Universitas bonorum, quæ veram traditionem nullo modo recipit, cum traditio sit rerum singularium, & corporaliū, Universitas vero sit quid incorporeum, ut supra notatum est; nec facile posset recipere traditionem fictam, maxime si constet Universitatem ex varia rerum mixtura, ut ex corporalibus, & incorporalibus, præsentibus rebus, & futuris. Sed hæc infra plenius tractabuntur.

Deinde Justinianus in *l. si quis argentum*, §. penult. C. hoc tit. præter stipulationem statuit posse nos ad donandum valide obligari, etiam modis aliis, Pacto, & Pollicitatione. De utroque dicendum est.

De Jure antiquo pactum nudum a donatione removebatur, neque ex eo actio dari poterat, juxta dispositionem *l. juris gentium*, ff. de pactis. Ita vero, ut si mox traditio rei in donatione promissæ sequeretur, pactum confirmabatur, atque ita intelligunt Justinianum in *d. l. si quis argentum*, §. si autem, ubi dixit; olim donationes, hoc est donandi conventiones traditione fuisse confirmatas, secus nullam vim pactum habebat. Quare cum in *l. in edibus*, ff. hoc tit. asseritur donationem valere citra corporis traditionem, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam; id non intelligendum est, quasi ad donationem perficiendam jure antiquo satis fuerit pactum intervenire; sed ita accipiemus, ad donandum non semper requiri veram traditionem, sed satis esse fictam, ita ut cum paciscor ne a te ante certum tempus petam, hic pactum nudum non est, sed intelligitur concomita-

tum

tum a traditione ficta , quæ est fundata in vera traditione antecesser ibi facta , ut propterea satis sit patientia , cum scilicet patior rem penes te esse. Hæc Jure antiquo . Ceterum Justinianus pacto etiam nudo donandi obligationem contrahi voluit in *d. §. si autem* .

Aliquando fit donatio moneros , hoc est alterius tantum partis consensu , ut fit in pollicitatione , quæ est solius offerentis promissio. Quamvis enim regulariter donatio sibi non constet, nisi donatarius acceperit, *l. si vero, §. si seruo, ff. de bon. libert.* ita ut in illo Terentii loco: *Dos Pamphile est decem talenta, Pamphilus: accipio*, notet Donatus , nisi dixisset, accipio, dos non esset . Quare non solum opus est , ut donatarius sciat rem sibi donatam , sed etiam ut eam se accipere dicat . Nihilominus quidam casus olim ante Justiniani tempora excipiebantur . I. In donationibus publicis, quæ in Reipublicæ , & Patriæ usum , honorem , vel ornamentum fiebant ; quales erant impensæ in extructionem , vel reparationem murorum , navalium , portuum , aquæductuum , templorum , aliorumque operum publicorum . In his enim pollicitatio , & pactum nudum omnino ad præstandum obligabat, *l. jam hoc Jure, ff. hoc tit. l. 1. & l. pactum, ff. de pollicitat.* II. Cum quis donat Martyribus , Prophetis , Angelis , vel loco Pio , donatio si modo fuerit insinuata , licet moneros facta , valet ex Constitutione Zenonis in *l. si quis donaverit, C. de Sacros. Eccles.* An vero id ex Jure Justiniano productum sit , & ad omnes omnino casus pertineat , quibus per pollicitationem donatio fit, in dubium revocatur . Nos tamen dicimus Justinianum in *d. §. si autem cum seq.* non solum loqui de pacto nudo , sed etiam de pollicitatione , tum quia generatim ait , donationem valere , licet neque stipulatio interposita sit , neque traditio facta ; tum etiam quia id maxime voluit locum habere in donationibus ad causas pias ; quod si tantum de pacto nudo , non etiam de pollicitatione intelligeremus , jam Justinianus ibi restringit , & coarctat Jus antiquum , quo donatio pia etiam per pollicitationem valebat ; cum e contrario ibi palam sit Justinianum velle Jus antiquum producere , vel omnino productum confirmare ; idque factum fuit exemplo eius quod Theodosius in dote statuit , dum pro ejus exactione sola pollicitatione contentus fuit , *l. ad exactionem, C. de dotis promissione.*

Verum circa Justiniani constitutionem in *d. l. si quis argentum* , una , & altera difficultas oritur . Prior est , an sit justa , & plane eam non omnino æquam esse voluit Cujacius ad Papinianum in *l. Aquilus, ff. hoc tit.* Licet enim Jure gentium unusquisque liberam res suas etiam citra parsimoniæ regulas donandi facultatem habeat , restrinxit tamen hanc , & Juri gentium detraxit lex Cincia , ut fieri solere notatum est in *l. 6. ff. de justitia* ; eo quod multi patrimonia sua inconsulte largendo effunderent , & communi bono nocerent ; quod testatur & ipse Justinianus in *§. 2. de his , qui sui , vel alieni Juris sunt* , cum ait : *Expedi*

Eee

Rei-

Reipublicæ, ne quis sua re male utatur. Hinc Jurisconsulti, donare, aliquid quando perdere, dilapidare, interpretantur; videlicet non solum ideo, quod qui donat accipientem civiliter obligatum non habet, eoque perdit: verum etiam quia immodice, & inconsulto donans vere perdit, & notat Fridericus Brummerus ad *l. Cinciam. cap. 12.* Quapropter cum Justinianus donatoribus omnes libertatis habenas laxavit, hoc optimum Jurisconsultorum antiquorum institutum avertit.

Ad hæc ex levi satis, & inefficaci ratione Justinianus inductus est ad eam constitutionem faciendam; testatur enim, donationem nudo pacto vel pollicitatione factam, ideo velle se, ut postmodum valeat, quoniam cum in arbitrio cujuscunque sit donare, oportet donatorem, vel ad hoc non proficere, vel cum ad hoc venire properaverit, præstare id, quod semel a se donatum voluit; hæc, inquam, ratio futilis est, cum nimis probet, & ultra id, quod Justinianus proposuit; inde quippe sequeretur omne omnino pactum nudum, omnem pollicitationem pro quacunque re, & in quacunque causa factam, valere debere, siquidem semper hæc eadem Justiniani ratio locum habet; cum in arbitrio semper promissoris sit, qui vel non debebat promittere, vel si semel id fecit, stet promissis oportet, & tamen nunquam Justinianus id voluit, quæ voluisse debuit, si ejus ratio efficax, & alicujus roboris esset.

His tamen minime obstantibus, dicimus Justinianeam constitutionem æquitati maxime conformem esse, si Justiniani temporum ratio aliqua habenda est, cum donationes non ita frequentes erant, ut in antiquis *Reipublicæ Romanæ* temporibus, animis hominum ad avaritiam pronis, ut patet ex *eod. §. si autem in fine.* Diversa autem tempora diversas leges exigunt, & mutatis moribus, mutantur & leges. Itaque operæ pretium visum Imperatori fuit eas donationes, quæ tunc temporis fiebant, quantopere adjuvare, ut validæ essent; eo magis quod homines legibus, quæ non nisi traditione, vel stipulatione donationes factas comprobabant, abutebantur ad illudendos alios; largissimis namque promissis se alicui donaturos promittebant, quos cum diu hac spe lætassent, tandem decipiebant; quare stomachatus Justinianus dixit iniquum esse his artibus suum propositum defraudare, & quasi legitimis velamentis tantam indevotionem protegere, ut ipse loquitur in *d. §.* & hac de causa specialiter voluit in donatione, non item in aliis omnibus causis, pactum nudum, & pollicitationem obstringere. Ex his facile patet quid respondendum sit iis, quæ supra opposita sunt; quare hic amplius immorandum non est.

Sed non omittam stipulationis formulam, & solemnitatem interrogationis, & responsionis, non solum in donationis, sed in omnibus omnino actibus, & contractibus in usu amplius non esse, ne dum non esse necessariam; siquidem utimur his in rebus non jure civili, cujus sti-

stipulatio est, sed fere Jure gentium, cui stipulatio fuit ignota. Pacta itaque, & legitimus promittentium consensus, & dilucida conventio hodie in usu sunt, sublata stipulatione; nam licet tabelliones etiam in præsens instrumentis contractuum, & pactionum, interdum stipulationis mentionem adhibeant, id tamen de more tantum est, & dicis gratia, cum re vera nulla, neque interrogatio, neque responsio præcesserit. Ita notat Connanus in *lib. 1. comment. cap. 6. in fine.* Molineus, aliique apud Giphanium ad *tit. ff. de verbor. oblig. in rubr. n. 28. & seq.*

Altera difficultas est, an promissio de donando valeat ex nudo pacto; itaut qui donare promisit, mox conveniri possit. Verum quia hujus questionis sensus non ab omnibus intelligi animadvertimus, ideo notandum est dubitationem non esse, si promissio his modis contracta sit, quibus placuit Jure civili obligationes efficaces oriri, puta quis Titio stipulanti se centum donaturum promisit, hic promissor non utique est solutus, sed stipulando jam obligatus intelligitur. In hoc omnes consentiunt, & verum est. Sed ad quidnam est obligatus? Communiter dicunt, ut mox obliget se, sive pacto nudo, sive stipulatione ad donandum, verbis in præsens conceptis, itaut cum in priori contractu dixerit, promitto me donaturum, in hoc posteriori diceadum sit dono; quibus peractis ad rem tradendam urgeri potest: hoc etiam pro rato apud omnes habetur. Ceterum nos falsum esse dicimus, nam qui promittit se donaturum, hoc tantum promittit se liberaliter daturum; nam donatio non est, nisi liberalis traditio; sed Interpretum error natus est ex eo, quod ignoraverint stipulationem, in qua dico me donare, vel donaturum, non esse donationem, cum re vera non sit, nisi ad donandum, hoc est liberaliter tradendum obligatio. Ita in materia donationis, idem est si in stipulatione dicam, promitto donaturum, ac dono; nam utrum dixerim, non oritur, nisi donandi, seu tradendi obligatio; hoc quod diximus de donatione, de omnibus reliquis adquirendi modis dictum puta. Aliud tamen est in contractibus; nam si in stipulatione promittam, me tibi venditurum, non hoc ipso teneor ex vendito, cum non vendiderim, hoc est non celebraverim contractum venditionis emtionis, sed tantum obligatus intelligor ad alium contractum, in quo dicam me vendere; & ex hoc demum ex causa venditi tradere cogi possim: itaque recte dicitur aliud esse vendere, aliud pacisci se venditurum, *lab emtione in fin. ff. de pactis*; quod quidem ad casum donationis male traditur a Giphanio hic in *rubrica num. 28.* & ab Antonio Fabro *decad. 44. err. 4. num. 10.* cum differentia perspicua sit; quoniam enim donatio tota est in traditione, ideo qui se donaturum spondet tradere obligatur. Venditio vero tota est in contractu, eoque qui se venditurum dicit, mox non potest nisi ad contrahendum urgeri. Illud tamen non negaverim, qui promiserat se venditurum posse circuitus vitandi causa statim conveniri ex vendito, *argum. l. vendita, ff. de condi-*

etione indebiti ; cum enim sit obligatus ad vendendum , parum aut nihil interest , an conveniatur ut vendat , an ut ex venditi causa tradat .

Sed in hoc nostra quæstio non versatur , solum enim illud petimus , an Justiniani constitutio , qua voluit nos valide pacto ad donandum obligari , an inquam hæc eadem ita porrigi possit , ut si promittam pacto me tibi donaturum , etiam valide obliger , an potius in hoc casu opus omnino stipulatione sit ; itaut cum dico , dono , satis sit pactum ; cum vero dico , promitto me tibi donaturum , opus sit stipulatione juxta jus *ff. antiquum* .

Et nos facile rem conficimus , dicendo Justinianeam constitutionem locum habere in utroque casu , seu utrovis modo dixerim , semper ex pacto teneri . Patet id evidentissime ex jam dictis , nam cum dico , dono , non obligor nisi ad tradendum liberaliter ; id enim donare est , hoc est non dono in præsens , sed obligor in præsens ; sed cum dico promitto me donare , eodem prorsus modo non dono in præsens , sed obligor in præsens ; ergo in utroque casu Justiniani constitutio recte locum habebit . Et in hanc sententiam frequenter itum est ab Interpretibus penes Clarum in *§. donatio , qu. 14. nu. ult.*

Verum repugnant Hugo Donellus , & Antonius Faber , quorum tamen rationes tanti non sunt , ut nos a proposita sententia abducant . Donellus itaque *3. commentar. 22. ad finem* , voluit Justiniani constitutionem intelligi omnino de eo , qui paciscitur se donare , non item si dicat se donaturum . Differentiæ rationem hanc assignat ; quodcum dico dono tibi illud , vel illud , verbis in præsens conceptis , perinde habendum est quasi tradidissim ; non enim aliis verbis uter in re tradenda , quod non idem dici potest , ubi quid in futurum promittitur .

Sed hæc ratio nihil urget ; non enim cum donationi pactum confirmavit Justinianus , ullo modo ad traditionem respexit , vel respicere potuit , quandoquidem traditio est modus acquirendi , pactum est modus obligandi . Unde omnino male Justinianus fecisset , si de isto agens , ad illum mentis oculos convertisset ; quare dicendum est , eum potius respexisse ad stipulationem , quæ modus obligandi est , non secus ac pactum , & ita plane est ; sicut enim olim ad donandum solum valide quis obligari poterat stipulando , ita Imperator voluit certo juris vinculo obstringi , etiam si paciscatur . Itaque in quantum ad hoc æque valent pactum , & stipulatio . Proinde jam facile potest hinc collectio contra Donellum fieri , nimirum quod sicut quis stipulando obligatur , tam si dicat dono , quam si promittat se donaturum ; ita etiam obligetur , si alterutro ex illis modis paciscatur : nam ut dicebam , Justinianus in hoc , pacti , & stipulationis vim exæquavit .

Subdit Faber *loc. cit. a nu. 10. ad 13.* qui plures pro se tuendo rationes in medium adfert , quæ tamen partim falsæ sunt , partim ipsum oppugnant .

Nam

Nam prius argumentum totum in æquivocis est. Ait enim aliud esse donare, aliud pacisci de donando, sicut & aliud est vendere, aliud pacisci de vendendo; propterea ab uno ad aliud argumentum duci possit: itaque qui nudo pacto promisit se venditurum, hoc ipso non tenetur ex emto ad rem tradendam; sed solum urgeri potest, ut vendat, hoc est iterum contrahat: similiter cum quis promisit se donaturum, dicendum est dandam actionem donatario contra promissorem, non ad tradendum, sed ad donandum, cum non promiserit se traditurum, sed se donaturum. Atqui Constitutio Justiniani non obligat promissorem ad donandum, sed ad tradendum supposita donatione. Non igitur ad hanc causam constitutio accommodari potest.

Sed mirum est Fabrum non animadvertisse, argumentum a venditione ad donationem deduci non posse, cum & ipse docuerit donationem non esse contractum, sed quanta quanta est, totam in acquisitione consistere, cum alias planum sit venditionem esse contractum. Quomodo itaque argumentum ab acquisitione ad contractum recte unquam procedere poterit? Sic plane in casu nostro est, nam qui dixit se venditurum, verum est non posse ex emto ad traditionem urgeri; nam vendere non est tradere, sed obligatus intelligitur ad interponendum contractum, cum emptio venditio contractus sit, & ille solum ad vendendum se receperat. At non ita est in donatione, qui enim dicit se donaturum, recte ad tradendum convenietur, nam donatio, & liberalis traditio non distinguuntur: non item urgeri potest ad contrahendum, cum donatio contractus non sit: & hæc quidem jam supra monuimus, sed erant hinc inculcanda. Alterum Fabri æquivocum est in eodem argumento, cum dicit Justiniani constitutionem obligare ad tradendum præsupposita donatione; dicendum enim erat præsupposita donandi obligatione, quam contrahimus, vel sola stipulatione, ut olim, vel etiam pacto, & pollicitatione, ut hodie. At vero nunquam fieri potest, ut traditio præsupponat donationem, cum ipsa donatio traditio sit, nihil autem seipsum præsupponit. His positis, ex eodem fonte argumentum contra Fabrum deducimus. Justiniani constitutio obligat ad tradendum eum, qui donandi obligationem contraxit: sed cum quis promisit se donaturum, jam ad donandum se obligavit, uti jam constat: ergo & hic tradere ex eo pacto tenetur.

Urget Faber: Si Justiniani constitutionem ita interpretamur, ut etiam locum habeat, cum quis se donaturum dixit, jam paulatim eo pervenire licebit, ut dicamus etiam ex sola donandi destinatione posse quem efficaciter urgeri, juxta eandem constitutionem. Nam si verum est obstringi, qui alteri pacto nudo fassus est se donaturum; cur non etiam obligari quem dicemus, cum fatetur alteri, se illi fundum donare destinasse; utroque enim casu adest nudum pactum, & neutro casu verba in præsens concipiuntur, sed futurum tempus respiciunt, & tamen hoc

ab.

absurdum est; sicut enim qui destinavit aliquem heredem scribere, sive pure, sive sub conditione, non idcirco eum instituisse intelligitur, *l.quoties, l.tantundem, ff.de heredib.instituendis, lex ea, ff. qui testamenta facere, l.fideicommissa, §.1. ff. de leg.3.* Ita ergo non dicitur donasse, qui solum donationem facere destinavit, eoque qui donare promisit.

Sed sponte nos Fabro damus, sola donandi destinatione actionem non oriri, & ad ipsam Justiniani constitutionem non pertinere concedimus; & tamen ex sola donandi promissione obligari credimus: neque enim quicquam commune est inter unum casum, & alterum. Quod ut perspicue pateat, notandum est, tum Jure civili, tum gentium, ut obligatio nascatur, apertum, promptumque contrahentis affectum requiri, qui animum jam deliberatum, & pronum ad actum faciendum declarat; alias iniquum est eum obligatum velle, qui dubius est, nec satis deliberavit adhuc, utrum velit omnino se obligare, an non; siquidem illa animi suspensio consensum excludit, qui ad contractus necessarius est. Nec aliud hac in re interest inter Jus civile, & gentium, nisi quod Jus gentium præter animum hunc apertum, & jam omnino deliberatum, nihil ultra exigit, unde ei satis est pactum nudum; Jure vero civili formulas etiam quasdam, variasque solemnitates adhibere necesse est, ut fieri videmus in stipulatione, ad hoc scilicet, ut eo magis, magisque firma animi deliberatio cognosci possit: nullo autem Jure, ut dicebam, oritur obligatio ex voluntate non omnino determinata ad actum celebrandum. His positis, facile est cognoscere, cur ex sola destinatione donandi actio non detur ex Jure gentium, adeoque ex Justiniani constitutione, quæ pactum nudum exigens eo Juri conformis est; ideo nimirum, quia qui donare solum destinavit, Juris censura nunquam animum firmum, & deliberatum habet, sed ad actum illum animo suspensio procedisse intelligitur. Cur ergo eum obligatum dicemus? At de Jure civili alia etiam ratione non obstringitur; quia Juris solemnitatibus usus non est. Non ita se res habet in eo, qui dixit, se donaturum, idque pacto nudo; tunc enim aperte suam voluntatem, & jam deliberatum animum ad se obligandum declarat. Hinc fit, quod qui destinat se donare non paciscitur; qui promisit jam vere pactus est, ut propterea in hoc casu locum habeat Justiniani constitutio, non item in illo.

Sequitur & aliud Fabri argumentum. Is qui collatis verbis in præteritum tempus dicit se donasse, non ob id, aut donare, aut donasse vere dicitur, benignaque interpretatione opus est, ut eo mortuo, qui sic dixit, dominium dicatur pertinere ei, cui defunctus dixerat se donasse, ut scriptum est in *lex hac scriptura, ff. hoc tit.* Ergo multo minus donasse videri, aut probari potest is, qui tantum promisit se donaturum; neque hic benignæ interpretationi locus ullus relinquitur circa Ju-

Justiniani constitutionem, quæ cum novum Jus condatur, & ut nostri loquuntur, exorbitans a Jure communi, coarctanda potius est, quam adjuvanda interpretatione.

Sed quantopere in hoc argumento decipiatur vir doctissimus, plenum, credo, fiet si dictam *l. ex hac scriptura* exponemus, quæ a nemine, quod sciam, hætenus intellecta est. Species ita se habet: Titius in quadam scriptura ita dixit: Sciant heredes mei, me vestem universam, ac res ceteras quasunque in die mortis meæ mecum habui, illi, & illi libertis meis vivum donasse. Mortuo Titio orta lis est inter libertos, quæ earum rerum dominium ad se pertinere ajebant, & inter heredes, qui negabant; quæsitum est ab Ulpiano quid Juris? Credunt nostri rationem dubitandi in eo esse, quia nuda testificatio etiam morientis non facit donationem, ad quam tempore Ulpiani omnino opus erat, vel traditione, vel stipulatione, quarum neutra hic facta apparebat, cum pro libertis non aliud in medium adduceretur, quam Titii testificatio. Itaque non valebat. Respondet tamen Ulpianus ipse hæc verba, dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere; sed ubi hæc interpretatio, & benignitas fundatur? Respondet Faber *loc. cit. num. 12.* quia sumi potest in vim donationis causa mortis, quod etiam prius dixerat Accursius in ea lege. Sed hoc nullo modo recipiendum est; eum enim ad donationem mortis causa, inter cetera, duo exigantur, ut in ea mortis mentio fiat, *l. Seja, §. ult. ff. de mortis causa*, & donatarii consensus, *l. inter mortis, ff. cit. tit.* ex benigna interpretatione, alterutra ex his solemnitatibus posset remitti, non utraque; alias totum Jus subverteretur, cum tamen neutram intervenisse pateat. Præterquam quod nec adhuc discernere possum, cur hic ea donatio benigna interpretatione juvanda sit, & non potius in ea stricto Jure procedatur; siquidem æquitas non pro arbitrio interponitur, sed ex justa aliqua ratione, cum per eam Jus scriptum subvertatur. At vero Nicolaus Valla *de rebus dubiis cap. de donat. pag. 35.* ait pertinere dominium ad libertos non Jure donationis, sed Jure fideicommissi, aut legati, *argum. l. si donatio, C. hoc tit.* Sed fallitur, quia hæc interpretatio tunc solum locum habere posset, cum ea donatio facta esset in testamento, vel codicillis; non enim in alia scriptura legatum, fideicommissumque ordinari potest, quod non est in casu nostro; nam Ulpianus scripturam in genere dicit, aperte demonstrans hoc quod ipse ait, recipiendum esse, tam si ita dictum fuerit in ultimis voluntatibus, quam inter vivos. Quare non obstat textus in *d. l. si donatio, C. hoc tit.* quoniam in ea quis testando fassus erat se donasse, eoque fideicommissi vim contineri in verbis illis. Benigne interpretatus est Imperator, ut ibi patet. Demum Giaphanius in nostra *lex hac scriptura* valde animi pendet, nec facile videt, quid dicendum sit; licet tandem & ipse inclinet verba substinere in vim fideicommissi, propterea ipsi idem, quod Vallæ, objicimus; quid

quid ergo dicendum putamus, ut nēdus hic dissolvi possit? Nos prae omnibus admonemus vestes, & ceteras res Titii traditas ab ipso vivo fuisse libertis, quod nullus adhuc animadvertit, & tamen aperte patet ex eodem Ulpiano, cum dicit dominium ad libertos pertinere; traditionem enim dominium transferri, & pertinere dicitur: quod si res libertis jam traditæ non essent, utique Ulpianus dixisset actionem ad libertos pertinere, non vero dominium. Sed statim quis objicere potest: Si res erant libertis traditæ, & Titius in scriptura quadam dixit se ea donasse: ergo jam stricto Jure donatio, & dominium erat libertorum; nec ad benignam interpretationem recurrere oportebat; siquidem jam supra monuimus, cum traditio rei intercedit, tunc Juris rigore perfectam esse donationem, quæ scriptura quavis solebat comitari, non ad hoc ut ea donatio vim acciperet, sed solum ad rei testificationem, ut patet ex *l. Aquilius*. Nihilominus respondemus, in nostra specie difficultatem omnem pendere a verbis, quibus Titius scripturam conceperat, dixerat enim: Sciant heredes mei me quasunque res die mortis meæ mecum habui, libertis meis donasse. Hæc verba inepte concepta sunt; videntur enim prolata a Titio, postquam e vivis esse desiit, tanquam si eam scripturam ab inferis ad heredes misisset; ita enim sonant verba illa, quas habui tempore mortis, quæ demonstrant Titii mortem jam præterisse cum hæc scripsit; quia ergo verba erant inepta, & absurdum intellectum constituebant, ideo heredes ejus scripturæ nullam rationem habendam esse contendebant. Hæc erat difficultas, & non illa, quam Interpretes ceteri comminiscuntur. Itum itaque est ad Ulpianum, qui respondit dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere; hoc est licet secundum strictam juris rationem verba hæc Titii nihil libertis suffragari deberent, cum absurdum sensum constituent; quoniam tamen æquitas poscit, ut non tam verba, quam mentem dicentis inspiciamus, ideo ita interpretari debet Titius, ac si dixisset; sciant heredes mei, me res quasunque mecum habebam, cum mortifero hoc morbo corripere, & ex quo moriturus sum, eas omnes libertis meis vivum donasse. Itaque cum liberti jam ea bona habuerint a Titio ægroto, recte ait Jurisconsultus dominium ad eos pertinere. Hæc quicumque attente considerabit, ita se habere facile deprehendet. Quare non fuit opus benigna interpretatione, ut Faber in argumento proposito putabat, quia verba in præteritum, & non in præsens erant concepta: quod adhuc etiam hinc fit manifestum, quia cum quis dicit se donasse, vel facta traditio est, & donatio jam est per eam traditionem perfecta, nec verba deserviunt, nisi ad donationis testificationem, & proinde si vera donatio jam præcessit, vera etiam est testificatio illius, quid dicit se donasse; hinc eo casu nulla difficultas potest oriri ex verbis in præteritum conceptis, immo orientur si essent in præsens concepta, cum donatio non in præsens fiat, sed jam facta sit. Vel non est facta rei traditio, & scriptura tempore Ulpiani, qui-

quibuscumque verbis concepta nullius momenti erat, cum opus fuisset vel traditione, vel stipulatione.

Opponit tandem Faber illud, quod vulgo dici solet, nil actum videri, quamdiu aliquid superest agendum, *l.penult. C.de his, quibus ut indignis*, & ita sane in casu nostro esse dicit; quomodo enim potest videri omnia jam egisse is, qui nudo tantum pacto promisit se donaturum? Sed ex dictis in prono responsio est, eum qui dixit se donaturum, omnia quidem egisse, nec ei quidquam agendum superesse in quantum ad contrahendam obligationem donandi, & hoc satis est, ut omnia egisse videatur; siquidem regula illa *d.l.penult.* non intelligenda est: ut nihil agat, qui rem omnino, & omni ex parte non impleat, etiamsi rei implementum constat ex actibus omnino diversis; hoc enim falsum est: sed ita ut nihil desit ad eum actum, quem in præsens implere intelligit. Exemplo res clara fiet: qui stipulando dixit se donare, hic in quantum ad contrahendam donandi obligationem Jure civili, jam quidquid opus erat implevit, licet non omnino donationem perfecit, quæ requirit translationem dominii per traditionem rei donatæ, & est actus omnino diversus a priori, nimirum ab obligatione. Nec per hoc contra ipsum potest objici nihil egisse, quia etiam aliud agendum superest. Ita prorsus in casu nostro, qui dixit se donaturum pacto nudo in quantum ad contrahendam obligationem jam omnia implevit, etiamsi in quantum ad traditionem nihil adhuc fecisset. Non itaque nos movet hoc Fabri argumentum, ubi etiam denuo admonemus omnes pene Fabri errores in hac controversia, & captiones pendere ex eo, quod non viderit, quid distet inter obligationem donandi, & donationem.

Cum hætenus in hoc capitulo demonstratum sit, donationem non posse inter contractus recenser, apparet frustra quæri ab Interpretibus, an ea sit stricti Juris, an bonæ fidei; in qua quæstione Ugolinus antiquus Glossator distinguebat, olim fuisse stricti Juris, hodie vero bonæ fidei esse. Verum hunc reprehendit Bartolus in *d.l.in adibus*, §.1. *ff.hoc tit.* qui semper fuisse stricti Juris asseverat; frustra inquam id quæritur, cum solum contractus distinguantur in bonæ fidei, & stricti Juris; donatio vero nullo modo contractus sit. Verum tamen est, si donandi obligatio stipulando fuerit contracta, prodi inde actionem stricti Juris, non ratione donationis, sed stipulationis interpositæ; quoniam hæc omnino stricti Juris est, & ita colligitur ex *l.eum qui*, *ff.hoc tit.* Verum si donatio interponatur nudo pacto absque stipulatione, petes an actio, quæ inde proditur, stricti Juris sit, an vero bonæ fidei? & dicimus esse stricti Juris; licet enim pacta servari æquitatis naturalis sit, *l.1. ff.de pactis*; tamen actio, quæ inde nascitur, a Jure civili est, nimirum a constitutione Justinianea, & proinde stricti Juris est: ut etiam patet ex contractu emphyteutico, qui licet nudo consensu contrahatur, quoniam tamen vim habet a Jure civili per Zenonem Imperatorem,

torem, ut in *l. 2. C. de Jure emphyteutico*; ideo actio, quæ inde descendit, stricti Juris est, sed non computetur inter actiones bonæ fidei, quas omnes deduxit Justinianus in *§. actionum, Institut. de actionibus*, ubi nec etiam recensetur actio, quæ pro redonata consequenda competit. In eundem errorem incidunt, qui quærent, an dotis contractus sit stricti Juris, vel bonæ fidei, cum dos omnino contractus non sit, sed interponatur vel traditione, vel stipulatione: illo casu uxori olim repenti dotem prodita erat bonæ fidei, quæ rei uxoriæ dicebatur, isto dabatur actio ex stipulatu, quæ stricti Juris erat; hodie vero ubique uxor actione de stipulatu agit, quæ ex privilegio bonæ fidei esse censetur, ut in *l. 1. C. de rei uxor. act.* Illa hic breviter de dote notasse operæ pretium erat.

Supereſt, ut aliam hic quæſtionem diſcutiamus, an ſcilicet ad donationem perficiendam aliquando ſcriptura neceſſaria ſit? Et ſi donatio fiet per traditionem, ſcripto non eſt opus: quare ſi mox ſuper ejus rei poſſeſſione lis mota fuerit, ſatis erit ſi donationem per teſtes probemus, ut patet ex Diocletiano in *l. 12. C. de fide inſtrumentorum*; quod etiam ratione firmatur, quoniam traditio actum omnino perficit, eoque nihil amplius ad ejus complementum exigi poteſt. Si vero donatio per ſtipulationem interponatur, neque etiam ſcripto indiget, ut conſtat ex Theodoſio Juniore, qui generatim ſtatuit donationem etiam in ignotos collatam ſine ſcripto vim ſuam habere, *l. 29. C. hoc tit.* quod poſtea firmatum eſt a Zenone in *l. 31. C. eod.* & recte, cum ſtipulatio per deficientiam ſcripturæ nunquam fiat inutilis, ut patet ex *tit. de inutilibus ſtipulat.* Verum obſtare videtur Conſtantine Magnus, qui ante Theodoſium, & Zenonem floruit, dum ſcripturam in donationibus adhibendam indicat in *l. 25. C. eod.* Sunt tamen qui reſpondent, hanc Conſtantine legem correctam a Theodoſio fuiſſe, & mox a Zenone, ita plane Cujacius 20. *obſerv. 4.* Dionyſius Gothofredus ad *d. l. 29.* & Jacobus Gothofredus ad *d. l. 1. C. Theodoſ. de donat.* Verum communis Interpretum opinio eſt, ad donationem perficiendam nullo proſus tempore ſcripturam exactam fuiſſe, quod quidem eſt ex mente Triboniani, qui tum Conſtantine, tum Theodoſii, & Zenonis leges in Codicem Juſtinianum retulit, quod utique non feciſſet, ſi leges illæ ſe invicem corrigerent: & plane Conſtantine in *d. l. 25. §. in conſcribendis*, ſolum declarat ſolemnitates, & obſervationes, quæ in conſcribendis donationibus requiruntur, ſi forte quis eas in ſcriptis potius, quam ſine ſcriptis mallet conſicere, non item ſancit donationem omnino in ſcripturam eſſe redigendam, quæ interpretatio ad tollendam antinomiam recipienda eſt, licet Jacobus Gothofredus eam reſpuat propter præciſa, ut ipſe ait, Conſtantine verba, qui ſcripturam in donationibus pro forma depoſcere videtur.

Sed quid Juris eſt, ſi donatio paſſio interponatur? Et Scipio Gentilis

tilis ait, donationem nudo consensu factam robur nullum habere, nisi Scripturam, & Chirographum donatoris accesserit. Ita in *lib. 3. de donat. inter virum*, cap. 38. Probat id primo ex *nov. 162. cap. 1.* ubi Justinianus respiciens ad suam *l. si quis argentum*, §. *penult.* ita loquitur. Nos autem & constitutionem nostram revocavimus in memoriam, quæ dicit donatorem, licet traditio ab eo stipulata non fuerit, necesse tamen habere, ut donatam rem tradat; neque enim per imposturam, & ut in nudis consistant litteris, quæ geruntur, instrumenta confici conveniens est, ut etiam legitur in *Basilicis lib. 47. tit. 1. l. 78.* Quibus verbis apparet tria ab Justiniano asseri, primo donationem stipulatione interpositam validam etiam Jure antiquo fuisse, adeout inde donator ad traditionem cogi potuerit. Secundo olim donationem pacto gestam vim non habuisse, etsi super ea re instrumentum fuisset interpositum, quod erat vanum, & ut Imperator loquitur, nudæ litteræ. Tertio tandem Justinianum statuisse in sua constitutione *d. l. si quis argentum* hoc instrumentum & litteras has amplius vanas, & nudas non esse, sed qui ita pacto donavit, instituta actione condictionis posse ad traditionem adstringi. Constat hinc Justinianum ad validitatem donationis, quæ pacto initur, exegisse scripturam, vel Chirographum donatoris. Idque summa ratione, ne ex quovis temere prolato verbo, & levi ostentatione, quis ad donationem obligaretur. Porro hæc *nov. 162.* cum aliis, quæ in decimam collationem conjecit Antonius Contius, olim neglecta fuit ab Interpretibus, ut patet ex Accursii Glossis, quæ non usque eo pertinent, sed desinunt in nona collatione; tamen a diligentibus antiquis etiam aservabantur. Quare Jacobus de Belloviso, qui commentarios ad novellas scripsit, testatur se eas omnes extravagantes novellas (sic enim appellat) ad finem lectionis suæ adscribi jussisse. Quidquid tamen sit, certo constat, cum sint a Justiniano conscriptæ, vim legis, vel maximam saltem auctoritatem habere; quod eo potissimum dicendum est in casu nostro, quia Justinianus in *novella 162.* se refert ad *l. si quis argentum*, quæ extat in nostro Codice.

Hæc Gentilis, sed contra ipsum scripsit Schipherdegheus *lib. 1. ad Fabrum tract. 11. qu. 7.* qui tamen Gentilis opinionem non omnino recte intellexit, dum putat illum ad omnem quâmcunque donationem scripturam exigere, cum clare vir ille solum de donationibus nudo consensu initis sermonem habeat, dicatque donationes traditione, vel stipulatione factas ad sui perfectionem scripturam non requirere. Nec insuper quidquam in medium adfert, quo Gentilis rationes subvertere possit; cum enim dicit in novella Justinianeâ instrumenti, & litterarum mentionem fieri, non quod ipsæ donationi sint necessariæ, sed quod eo casu fuerint interpositæ, hoc falsum est, quoniam evidenter apparet citata Justiniani verba generalia esse, neque ad ullam se speciem propositam adstringi. Cum vero subdit nudo pacto contrahi obligationem,

modo serius donandi animus appareat, eoque scripturam non exigi etiam falsum dicit, cum de hoc serio donandi animo nunquam Justinianus meminert, cum tamen e diverso literarum mentionem fecerit,

De Personis, quæ donant, quæque donationem accipiunt.

C A P. IV.

Sæpe in Jure nostro contingit, ut domini habeant quidem Jus libere disponendi de rebus suis, sed exercitium disponendi non habeant; & hoc vel absolute eis a lege denegatur, itaut in nullam omnino personam quicquam conferre valeant, ut in materia donationis est de eo, qui delictum capitale contraxit, vel solum respectu ad certas aliquas personas; ita inter patrem, & filiumfamilias, virum, & uxorem, militem, & focariam prohibita est a lege donatio. De his ordine agemus.

Donatio patria, seu quæ a patre in filiumfamilias confertur, invalida est, *l. 1. §. si pater filio, ff. pro donato, l. donationes, §. pater, ff. hoc tit. l. 2. ff. de inoff. donat. l. si denatione, C. de collat. l. si ve emancipatis, C. hoc tit.* Hujus rei rationem invenire difficile visum est Fabro *lib. 7. conjectur. cap. 11. num. 6.* Nobis communis ratio placet; dicimus enim illud certum esse huic donationi, quin valeat, impedimento esse Jus patrum, *d. l. si ve emancipatis, §. sane.* Dubium solum esse potest, ex quonam patriæ potestatis effectu, hoc impedimentum descendat; quod ut resolvetur, sciendum est, patriæ potestatis olim tres omnino fuisse effectus, ut pater Jus haberet in vitam, in bona, & in voluntatem filii; ex quibus reliqui omnes innumeri patrii Juris effectus promanant, ut alibi a nobis explicatum est. Ex quonam igitur horum nullitas hujus donationis dependeat, videndum est: & certe cum non sit ex Jure in vitam, neque in voluntatem, uti constat, superest, ut sit ex Jure in bona, & fortunas; Jus autem hoc in eo consistit, ut omnia filiusfamilias, exceptis Castrensis, patri acquirat, adont nec momento apud filium hæsisse censeatur, id quod quæritur, *l. 1. §. 1. ff. si quis a parente, l. placet, ff. de acquir. hered.* Hoc Jus licet hodie restrictum sit in quantum ad adventitia, manet tamen integrum, & inconcussum respectu ad profectitia bona, *l. ult. C. de bon. matern.* Hac ergo de causa, cum pater donat filiofamilias, donatum in patrem statim regreditur, ut propterea frustra donatio facta sit, tanquam si sibi ipsi quis donaret, Accursius ad *d. l. 2. verb. in potestate, C. de inoff. donat.*

Hæc ratio admodum displicuit Fabro *loc. cit.* propterea quod falsum esse putat filiumfamilias omnia patri, & sibi nihil acquirere; nam etiam Jure veteri acquisitionis capax filiusfamilias fuit, volente tamen patre; quod

quod probat ex *l. cogi*, §. *si pater filio*, ff. *ad Trebell.* At quid apertius est, quam velle patrem adquiri filio, quod ipse filio donat? Non ergo patria donatio ex hoc capite non valet, sed ex alio nimirum, quia donatio valere nulla potest, quin obligatio inter donantem, & donatarium contrahatur, & quidem civilis, ut ex causa donationis conveniri donator possit ad præstandum id, quod stipulanti donatori promiserit, vel ut donatæ rei, & traditæ dominium translatum irrevocabiliter censeatur; at inter patrem, & filium familias contrahi obligatio civilis non potest ob Jus patriæ potestatis, *l. Imperator*, ff. *ad Trebell.*

Verum neque communis rationis impugnatio, nec ratio a Fabro tradita ullius momenti est. Singula discutiamus. Cum itaque ex *d. l. cogi*, §. *si pater*, putat manifestum esse filium familias aliquando volente patre potuisse adquirere, id omnino falsum est: verba illius legis sunt: *Si pater filio, quem in potestate habet, restituere rogatur hereditatem, an filius patrem suum, si suspectam dicat hereditatem, cogere possit? & non est dubium patrem a filio per Prætorem cogi posse*; hæcenus Jurisconsultus, ubi videmus patrem hic restituere ex Trebelliano filiofamilias hereditatem; sed si quæras cuinam filius familias hoc fideicommissum adquirat? Respondet Faber, licet hac de re nulla in ea lege mentio fiat, patere tamen filium familias illud sibi adquirere; nam si utique non sibi, sed patri quæreret, consequens esset patrem gravari a filio, fierique obnoxium contra suam voluntatem creditoribus hereditariis, quod est absurdum, DD. in *l. si quis mihi*, §. *Iustum*, ff. *de acquir. heredit.* Nos tamen in contrariam sententiam imus, & dicendum putamus, fideicommissum hic restitui quidem filiofamilias, sed patri acquiri ex regula, quod filius ei quærat, sub cujus potestazione est, nec patri inde onus ullum imponitur; quandoquidem cum heres, qui adire renuit hereditatem suspectam, cogitur ad id ex Trebellejano, solidum fideicommissario restituit; cujus per consequens erunt omnia onera, & lucra, §. *si quis uno*, & §. *sed quia stipulationes, de fideicommissariis hereditatibus*; eoque in nostra specie omnia hereditatis onera una cum fideicommissio transeunt in filium familias, itemque fideicommissarium; at vero bona fideicommissi, quia manere penes filium non possunt, regrediuntur ad patrem, qui poterit quidem conveniri a creditoribus hereditariis, sed non ex persona sua ut heres, quoniam solidum restituit, sed ex persona filii, qui solidum ex Trebelliano accepit; ceterum cum pater ex filii persona convenitur, nihil damni sentit, cum non teneatur nisi quatenus in peculio filii est, hoc est quatenus in fideicommissio extat, siquidem quod in rem patris versum est, id in filii familias peculio esse dicitur, *l. 1. §. ult. ff. de in rem verso*. Falsum ergo filium familias ex Jure veteri unquam potuisse sibi quicquam adquirere, nisi bona castrensia. Cetera vero omnia patris erant, ut propterea recte procedat communis ratio, ideo patrem familias filiofamilias donare non posse, quia res donata ad patrem regrederetur,

Quod

Quod attinet ad rationem, quam Faber adducit, ex pluribus modis peccat. Primo enim licet verum sit ex donatione per stipulationem interposita nasci obligationem tradendi rem promissam; negamus tamen ullam nasci obligationem, vel actionem ex ea donatione, quæ traditione perficitur, ut supra probatum est, & patet ex *l. Aristo, ff. hoc tit.* & concedit, imo probat Faber ipse sibi contrarius in *deca. l. 45. err. 7. num. 5.* II. Peccat ex eo, quod hæc Fabri ratio eodem recurrit, ac ratio communis; nam ut recte monuit Joannes Corasius in *l. frater a fratre, ff. de condit. indebiti*, & *lib. 4. miscellan. cap. 3.* ideo filiusfamilias non obligatur patri, quod ea, quæ acquirit, non sibi sed patri quærit. Unde factum est, ut si filiusfamilias peculium castrense habeat, valide patri obligetur, *l. adoptivi, ff. de in Jus vocando, l. lis nulla, ff. de judiciis*, quod hodie locum etiam habet in adventitiis, & notat etiam Accursius in *d. l. frater a fratre*.

Verum est I. notandum donationem hanc patriam dici, & esse nullam, adeo ut nec etiam post patris mortem filius rem donatam capere usu possit, ut expresse habetur in *l. 1. §. si pater filio, ff. pro donato*; quare etiam si patria donatio legibus nominatim prohibita non esset, adhuc pater nullo modo filiofamilias donare posset, nam etiam nulla stante prohibitione, per filium sibi ipsi acquireret, eoque actus nullus esset; hinc non tam dicenda est donatio prohibita, quam nulla, & nullos producit Juris effectus.

II. Notandum, si pater filio, quem habet in potestate, aliquid donavit, & tradidit, nec emancipando ademit, videtur, ex post facto aliam donationem novam facere, quæ valida erit, utpote collatam in filium emancipatum, *l. si emancipatis, C. eodem*. Verum tamen est eo casu donationem patriam dici a Papiniano perfici, *l. donationes, §. pater, ff. hoc tit.* ratam haberi a Pomponio in *l. si pater, ff. pro donato*, convalescere a Paulo *5. sentent. 11. §. pater*, & tandem confirmari ab Imperatoribus; quæ dicendi formulæ non ita proprie, uti sonant, accipiendæ sunt, quandoquidem si donatio hæc, ut diximus, nulla est, dici non potest eam confirmari; nam id confirmatur, quod aliquo modo est, non item quod non est, cum non entis nullæ sunt passionēs, *l. ult. ff. de condit. indebiti*. Ita etiam dici non potest perfici, ratam haberi, & convalescere. Itaque recte monet Donellus *lib. 9. comment. cap. 5.* hanc donationem dici confirmari, habito respectu ad effectum patris, qui eam animo inchoavit; at vero non perfecit Jure refragante. Quod si vere loqui velimus, non tam prior donatio hac via perficitur & confirmatur, quam nova constituitur. Sed rem totam clarius exponam; quoties pater quidquam filiofamilias donat, & tradit, nec mox emancipando ei peculium adimit, in quo peculio etiam res donata est, tunc Jure nova donatio fit, quia prior nulla fuit, & dum patitur eam rem esse penes filium emancipatum, videtur iterum quasi tradere ex causa do.

donationis; nihil enim interest, utrum quis nunc primum ex justa causa rem transferat, an vero cum forte apud eum esset, patiat apud eundem ex eadem causa manere, *l. qua ratione, §. interdum, ff. de acquir. rer. dominio, l. restituta, ff. ad Trebell.* Ita etiam est in donatione conjugali, quæ nulla est, ut patet ex *l. hæc ratio, §. et si stipulanti, ff. de donationibus inter virum*, in hæc verba: *Ipsa enim Jure, quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Et nihilominus eam donationem dicitur confirmari ex oratione D. Severi, ut passim in eo *tit. ff.*

III. Notandum est, communiter persuasum esse donationem in filium familias a patre collatam confirmari, seu perfici patris morte, qui in eadem voluntate duraverit; qua tamen in re, magna ambiguitas est. Certe olim donatio profectitia non confirmabatur sola patris morte, *l. 1. §. 1. ff. pro donato, l. 2. §. ult. ff. pro herede*, in quibus Juribus filius nec etiam post patris mortem, ullo modo rem donatam usucapere potest, nec pro donato, nec pro herede, quia nulla donatio fuit: requirebatur ergo ad confirmationem non solum patris mors, sed etiam extremum ipsius judicium, hoc est, ut pater eam donationem testamento ratam habuerit, *l. penult. ff. de collat. dotis*, atque ita accipiendus est Paulus *§. sentent. 11. §. pater*, ubi habet: *Pater si filios familias aliquid donaverit, & in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit*, quod Cujacius ibidem recte intelligit de voluntate in morte expressa, non item de tacita. Hoc quod dicimus, patet etiam in *l. 2. C. Gregor. tit. famil. eriscunda*, sicut etiam apertissime deciditur ex Diocletiano, & Valeriano in *l. si pater, C. de inoff. donat.* Quod si pater id non fecisset, non prohibebantur tamen ipsius heredes eam ratam habere, *l. 4. ff. pro donato, l. 4. §. 1. ff. pro suo.*

His tamen omnibus ob stare videtur Justinianus in *l. donationes 25. C. de donat. quæ inter virum*, ubi statuit donationes patrias, & conjugales silentio donatoris firmas fieri; quid igitur dicendum erit?

Communis opinio est a Justiniano corrigi leges antiquas; sed hoc Jure dici non potest. I. Quia si Justinianus ea lege Jus antiquum correctum voluisset, utique non retulisset in suum Codicem citata legem Diocletiani & Valeriani, in qua aperte habetur donationes patrias sola patris morte non firmari. II. Leges citatas Jurisconsultorum in Pandectis non apposuisset; nam *d. l. 25.* lata est ab Justiniano anno Imperii sui secundo, & Christi 528. hoc est multo ante, quam da pandectis concinnandis cogitaret, quas scilicet componi mandavit anno Imperii sui quarto mense Decembris, ediditque anno septimo mense itidem Decembris. Si itaque Justinianus ea *lege 25.* leges Jurisconsultorum correxisset, certe eas postea, uti dicebam, in Pandectas non retulisset. Scio Balduinum *lib. 1. de Jur. nov. chart. 64. & seq.* putare id oblivione Triboniani factum esse, sed hoc non facile admiserim.

Dicimus itaque cum Donello nullum in hac re novum Jus in *l. 25.*

ab

ab Justiniano statui, sed solum dici donationes, quæ non consistunt; & silentio firmantur, ita firmari, &c. ubi aperte patet eam legem ab Imperatore solum conditam esse, ut novum Jus circa modum confirmationis statueret, non autem circa confirmationem ipsam. Cum vero ait, loqui se de donationibus, quæ silentio firmantur, refert se omnino ad Jus antiquum, quod statuit donationes conjugales silentio donatoris ad mortem usque ratas fieri, & donationes patrias silentio per emancipationem perfici, quod etiam patet ex eo, quod non dixit donationes eas morte firmari; tunc enim locum haberet, quod communiter credunt, sed dixit firmari silentio, ut nimirum posset eo modo comprehendere tam donationes inter virum, & uxorem, quæ morte validantur, quam inter patrem, & filium familias, quæ perficiuntur emancipatione, si donatores fileant, nec donationes collatas revocent.

Dices. Ad confirmandam inter vivos donationem patriam duo exiguntur, ut pater filium emancipet, & peculium non adimat, *d. l. si ve emancipatis, C. cod.* Ergo eadem ratione idem locum habere debet, cum pater moritur, nam tunc filius sui Juris fit, nec pater rem donatam adimit. Sed idem Donellus respondet hos duos casus longe inter se distare, quandoquidem in primo, ideo pater emancipat filium, ut hic sibi adquirere possit, & propterea si rem donatam non adimit, censetur id fecisse, ut ipsi filio jam emancipato adquiratur. At vero non ideo moritur pater, ut filium sui Juris faciat, quod certe præter patris voluntatem accidit, eoque dici non potest donationem non ademptam voluntate patris filio adquiri, cum non ex ejusdem voluntate sui Juris fiat. Hoc autem ita se habere patet in peculio, quod non ademptum filio emancipato adquiritur, *d. l. donationes, §. pater, ff. hoc tit.* Non ademptum filio, qui morte patris sui Juris fit, filio non adquiritur, sed in collationem venit, *l. si fratres, §. item Pomponius, ff. pro socio.*

Apparet ex his, ut sit intelligendus Imperator Valerianus in *l. si pater, C. de inoff. donat.* ubi donatio in filium familias collata, dicitur valida, ubi male Glossa 1. putat donationem statim initio eo casu valuisse, utpote factam vel causa dotis ex *l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. ercisc.* vel fuerit de rebus mobilibus collata filio familias in castra eunti, ex *l. 4. C. famil. ercisc.* Male etiam alii putant sola patris morte intelligi confirmatam; sed cum non appareat in ea lege, quo capite illa donatio confirmetur, opus omnino est, ut exponatur eo modo, quo reliquis legibus consonet, non ut eis adversetur. Dicemus itaque confirmationem intelligi, vel emancipatione peculio non adempto, vel extremo patris judicio.

Ceterum in quantum ad confirmationem notabimus ex *d. l. 25.* quod si donatio patria (idem est de conjugali) firmetur patris silentio, ut fieri solet in emancipatione, tum si non excessit legitimam summam quingentum aureorum, omnino firma est. At si excessit, distinguendum est, aut fuit actis insinuata, & in totum firmatur; aut insinuatio fuit omis-

sa,

sa, & firmatur non in totum, sed solum quoad summam prædictam; ut contra Salicetum est communis opinio apud Clarum in *§. donatio*, *qn. 17*. Sed si pater testamento eam donationem firmaverit, semper, & omni casu in totum rata erit: quod si donatio uni ex liberis facta sit, eatenus confirmatur, quatenus inde reliqui filii in legitima portione non lædantur, *novella 92. de immensis donat. in filios factis*.

Hæc de confirmatione, nunc de retroductione, si donatio rata sit, sive silentio, sive testamento, & summa legitimam excedit, nec sit insinuata, non fit retroductio ad tempus donationis collatæ, sed vires habet a die rati habitationis. At si non excedit, vel excedendo sit insinuata, retrahitur. Hic est verus, & facilis sensus *d. l. 25*.

Hic illud explicandum est, quando donationes patriæ, vel conjugales retrahuntur, quis sit eorum effectus, vel quas ad res hæc retrotractio pertineat, vel profit? Et quod attinet quidem ad fructus rerum donatarum, ancillarum partus, & similia, quæ medio tempore a donatario percepta sunt, omnium opinio est donationem retrahi, ut testatur Arias Pinellus ad *l. 2. par. 2. num. 51. C. de rescind. vendit*. Difficultas tamen est in quantum ad dominium earundem rerum, & receptum quoque est in quantum ad hoc donationem non retrahi, Clarus *d. §. donatio qn. 11. num. 7*. Covarruvias in *rubr. de testam. par. 3. num. 5*. Sed hanc opinionem nervose rejicit Scipio Gentilis *de donat. inter virum lib. 3. cap. 35*.

Est etiam prohibita donatio inter virum, & uxorem, ita tamen ut omnino nulla sit; quod diserte probat Ulpianus in *l. 3. §. sciendum, ff. de donat. inter virum*, ubi ait: ita interdictam inter virum, & uxorem esse donationem, ut ipso Jure nihil valeat, quod actum est; proinde si corpus sit, quod donatur, nec donatio quicquam valet, & si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nil valet. Hæc vero donationes pluribus de causis fuerunt interdictæ, ut patet in tribus prioribus *legibus, ff. eod.* sed illa omnium maxime frequens est, & apud Jurisconsultos notabilis, ne melior in paupertatem incideret, deterior fieret; & profecto ita est, ut plerumque semper munera capiet deterior, atque emungat simpliciores. Quare male Harmenopolus *lib. 4. Prochiri tit. 11*. & Leo Philosophus in *Basilicis*, illa verba, *melior, deterior*, atque locum illum orationis D. Antonini verterunt; ne dives pauper, & ne pauper dives fieret. Ceterum hæc ratio cum aliis ab Antonino assignatis non ita placuerunt Hothomano, ac ratio, quæ apud Plutarchum in problematis Romanis, & præceptis Conjugalibus legitur; quoniam nimirum inter conjuges bona omnia esse debent communia: putatque Hothomanus hoc sanctum esse lege Romuli, quæ omnium sacrorum, & bonorum communionem inter conjuges introduxit. Hincque factum, putat, non esse inter eos donationibus locum, cum nemini res sua donari possit. Ceterum hæc ratio minime procedit, cum hæc Romuli lex

omnino commentitia sit, nec uspiam legatur, imo ex Marco Catone scriptore antiquissimo constat de servis, aliisque rebus, quæ dotium non essent, neque ad virum transirent, quas propterea receptitias appellabant, quia eas sibi mulier recipere, cum nuptum iret, nec marito in dotem dare consuevisset, vulgo bona phraphernalia, hoc est præter dotalia dicimus.

Ceterum quandoque donatio inter conjuges sibi constat, ut puta, honoris causa; hoc est si quid adipiscendæ dignitatis causa ab uxore in maritum collatum est, *l. quod adipiscendæ, cum duab. seqq. ff. cit. tit.* Et aliis causis multis, de quibus plene Scipio Gentilis *lib. 2.* Ulterius donationes inter conjuges invalidæ ex oratione Imperatoris Antonini confirmantur, si donator prius decesserit, quam qui donationem accepit, & in eadem voluntate usque ad supremum vitæ spiritum perseveraverit, *l. cum hic status, ff. cit. tit.*

Prohibita est etiam donatio collata a milite in focariam, ne hujus ficta adulatione miles spoliaretur, ut idem Antoninus statuit in *l. 2. ff. cit. tit.* Focariæ sunt, quas milites, ut focus ad coquendum operam dent, secum in expeditionem asferre solent, quibus etiam uti scortis, seu concubinis utuntur, quod hodie in usu maxime est apud Germanos, licet Imperator Federicus I. olim id lege Castrensi prohibuisset, ut est apud Cuntherum Ligurini *lib. 7.*

Non erit in nostris nobiscum fœmina Castris.

Quod militis privilegium post alios Rolandus Vallenensis *cons. 1.* extendit etiam ad clericos, sacros milites, & advocatos milites togatos, uti scilicet donationes ab his in suas concubinas collatæ omnino prohibitæ censeantur: quod tamen falsum est, cum nunquam relatum sit has Clericorum, & Advocatorum donationes rescindi, nec quod militibus ex privilegio concessum est, potest ad alios extendi, *§. sed & quod placet, de Jure naturali*, ut recte sentit Gentilis *lib. 1. cap. 9.*

De donatione in scortum collata, sunt qui dubitant. Accursius in *l. affectionis, ff. hoc tit.* ubi habetur, donationes in meretrices factas affectionis causa valere, distinguit ut locum habeat, si res jam tradita scorto sit, tunc enim repeti non potest; sed si fuerit promissa, nec data, peti a scorto nequit; quod probat etiam Connanus *lib. 9. cap. 11. num. 2.* ea ratione, quoniam omnis stipulatio turpis nullius est momenti, *l. generaliter, ff. de verbor. oblig.* Uerum Bartolus omnino valere ait, & Jure cogi ad solvendum promissorem posse, quod sequitur Hothomanus in hoc tractatu, simulque Gentilis *loc. cit.* & vulgo recepta est, non solum a Jurisconsultis, tunc Didaco Covarr. *2. par. Relectionis qu. 2.* sed a summis Theologis Dico Thoma, & Dominico Soto *lib. 4. de Justitia q. 7. tit. 1.* Quod probatur ex regula, quod scortum turpiter facit, quod sit meretrix, sed non turpiter accipit, cum sit meretrix, *l. idem ob stuprum, §. sed & quod, ff. de conditione ob turpem causam.* Sicut ergo in

ac.

accipiendo nulla versatur turpitude, ita nec petendo videtur meretrix turpiter facere, ut propterea ea stipulatio, in qua ei donare promittimus, turpis non sit, ut male creditum est a Connano. Probatur etiam exemplo Judæ *Genes. cap. 38.* ubi cum hædum mercedem Thamaræ promissum misisset, eaque in eo loco, ubi compressa fuerat, non elset reperta, tum Judas dixit: *Certe mendacii arguere nos non potest, ego mihi hædum, quem promiseram.* Unde colligitur ita olim vulgo receptum fuisse, ut deberetur pro stupro promissum; quin & pignus Thamaræ dederat anulum, & alia quædam, donec mercedem solveret, quod notandum est contra Zasium *d. §. sed & quod*, ubi negat, pignus tenere, utpote adjectum promissioni invalidæ.

Tandem qui capitale crimen admisit, donare non potest post condemnationem, ante potest, *l. post contractum, ff. hoc tit.* Extant in hanc celebrem legem commentarii Alciati & Corasii. Agunt etiam de ea Connanus, Balduinus, Contius, Hotomanus, Giphanius, alique. Verum quoniam a Justiniano, ut diximus, sublata est; ideo nos hic tantopere immorandum non ducimus. Breviter itaque sciendum est, ideo sententiam passum donare non potuisse, quia in fraudem fisci facere censeretur, ad quem bona damnati Jure antiquo pertinebant. Constat autem donationem, omnemque alienationem in fisci fraudem factam revocari, *Non fraudem, ff. de Jure fisci*; sed quoniam hoc successionis Jus fisco post condemnationem acquiritur, ideo si reus ante sententiam donet, Jure valida donatio est, cum nihil hoc casu in fraudem fisci factum dici possit; eo magis, quod potest reus mori in reatu, & post mortem non potest sequi condemnatio, cum crimen mortalitate extinguatur, *l. 3. ff. de publicis Judiciis, lex Judiciorum, ff. de accusationibus, l. ult. ff. ad Juliam Majestatis*; ut propterea eo casu fiscus nullo modo succedat. Ceterum hodie ex *Novella de mandatis Principum, §. oportet autem, & Novella ut nulli judicum, §. fin.* statutum est, bona damnatorum non amplius fisco, sed liberis eorum, aut parentibus, aut agnatis relinqui, eoque ex novissimo Jure præsens lex post contractum abrogata est, sublata scilicet causa, idest fraude fisci, & ita apud nos hodie servatur; licet in multis regionibus Jus vetus confiscationis in usu sit, & in iis hujus legis prolixa disputatio utilis est. Excipere tamen oportet crimen perduellionis, per quod etiam ante reatum, imo etiam ante perfectum delictum facta donatio non valet, sicut neque alia quæcunque alienatio, *l. donationes, §. ult. ff. hoc tit. l. quisquis, §. dotes, C. ad Juliam Majestatis*; quocunque enim horum casuum semper perduellis bona fisco adquiruntur; neque hoc correctum est ab Justiniano in *novellis*, sed expresse confirmatum in *d. §. finali, novella, ut nulli judicum*.

An donatio inter patrem, filiumque familias, Jurejurando firmari possit.

Q U Æ S T I O I.

SI Juris tantum civilis nobis ratio habenda esset, nullus huic quæstioni locus foret; constat enim ex eo non confirmari per Jusjurandum pactum sive actum a legibus improbatum; primo ex Pandectis, in quibus generatim omne pactum, vel contractum quemcumque a Jure communi remotum servari non potest, etsi Jusjurandum acceperit, *l. Jurisgentium, §. penult. ff. de pactis*; deinde ex C. ut in *l. non dubium, C. de legibus*; & tandem ex *novella 51.* ubi idem iterato habetur. Idem etiam ratione firmatur, tum quia legibus pactum, & æquum decernitur, quod si interposito Jurejurando violare liceret, jam fieret Jusjurandum iniquitatis vinculum; tum etiam quia legis prohibitio est Juris publici, quod privati immutare non possunt, *l. Jus publicum, ff. de pactis*. Tandem si Jusjurandum confirmaret actum lege non validum, una via concederetur, quod altera non licet, contra *l. scire oportet, §. 1. ff. de tutoribus, l. cum hi, §. si cum his, ff. de transactionibus, l. beres meus, ff. de condit. & demonstrationibus*. Verum quaterni casus sunt, in quibus ex Jure civili Jusjurandum robur addit pactioibus; & contractibus, quæ tamen alias valent. I. In transactione majorum, *l. si quis major, C. de transactionibus*. II. Si adolescens Juraverit se majorem 25. annis esse, restitutione in integrum amplius frui nequibit, *l. 3. C. si minor se majorem*. III. Si adolescens vendendo Juraverit se adversus venditionem non venturum; tunc enim venditio alias valida, sed quæ revocari poterat, perpetuo firma redditur, *l. 1. & auth. sacramenta puberum, C. si adversus venditionem*. IV. Si libertus Jurejurando patrono operas, donum, munus promiserit, ut passim in *ff. de operis libertorum*.

Verum hæc Juris civilis dispositio per Pontifices correctæ est, qui eam Jurisjurandi vim esse decreverunt, ut etiam contra auctoritatem legis interpositum, modo iniquitatis vinculum non sit, valeat, itaut omnino servari opus sit, *cap. quamvis pactum, de pactis in 6. cum concordantibus*. Hinc orta quæstio est, an Jusjurandum eatenus vires suas extendat, ut donationem patriam confirmet. Et non una est nostrorum opinio.

Sunt qui putant, donationem patriam adhuc nullius esse momenti, sed Jusjurandum appositum esse servandum, ne in perjurium incidamus. Ita Corasius in *l. frater a fratre n. 73. ff. de condit. indebiti*, qui ita sæpe a Senatu Tholosano judicatum refert, Fernandus Vasquius *de successorum creat. lib. 3. §. 29. n. 14.* sequitur Menochius *lib. 3. præsumt. cap. n. 114.*

Ho.

Horum opinio fundamentum habet in eo, quod docuit Christophorus Porcius in §. *extraneis*, de *heredum qualitate*, dum generatim voluit ex Jure canonico nunquam Jurejurando actum Jure non validum confirmari, sed Jurantem ad Jurisjurandi observantiam obstringi. Patet hoc ex *cap. 28. de Jurejurando in 6. cum aliis similibus*, in quibus nunquam, ait ipse, dicitur pactum sacramento validum fieri, sed non debere paciscentes proprio sacramento contravenire. Hæc autem maxime inter se differunt. I. Primo quia licet Jurans non possit non implere contractum, heredes tamen ejus potuerunt contravenire, qui defuncti Juramento ad perjurium non obligantur, *cap. veritatis, de Jurejurando*. II. Si Jurans ad hoc ut fidem suam liberet, promissum solvit, solum repetet, ut traditum sine causa, *cap. debitores, cit. tit.* III. Quia petens Jurisjurandi remissionem potest pacto contravenire. Vasquius tamen in effectibus tantum variat. Ceterum quidquid sit, hæc distinctio a Portio tradita, & a Vasquio, & Corasio probata, ut nimirum Jure canonico pactum non validetur, sed solum Jusjurandum servandum sit, falsa omnino est, ut aperte patet ex *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* ubi dicitur pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote recepta nullum ad bona paterna regressum haberet, Juramento firmari, adeo ut omnino servandum pactum sit. Quod evidens adeo est, ut Jason in *auth. sacram. puerum*, licet prius adhæserit Portio, mox tamen *n. 14.* notet ex *d. cap. quamvis pactum*, Portii sententiam subverti.

Itaque in questione nostra, vel dicendum est donationem patriam omnino Jurejurando firmari, vel omnino non firmari, nullusque locus mediæ alicui sententiæ relinquitur. Communiter ergo creditum est eandem donationem Jurejurando ratam fieri. Ita Andreas Gaillus *lib. 2. observ. 38. a num. 8. ad 12.* Fachineus *3. controuv. 77.* Joannes Gutierrez *de Juram. confirmatorio par. 1. cap. 4. in princ.* & post alios Clarus *lib. 4. §. donatio, qu. 8.* Horum rationes mox adducemus.

Alii e diverso statuunt Jusjurandum in patria donatione nullius esse momenti. Paulus de Castro *conf. 345.* Fulgosius *consil. 199.* Corneus *conf. 238. lib. 1.* Bocerus hic *cap. 3. num. 7.* & consentit Alciatus in *cap. cum contingat num. 108. de Jurejurando*. Quæ sententia Juri conformis est.

Id probatur evidentissime, quod Jusjurandum ex Jure canonistico, a quo omnis hæc quæstio pendet, eam solum vim habet, ut confirmet actum, qui Jure civili invalidus est, ita aperte in dictis Juribus, & præsertim in *d. cap. quamvis pactum*: ergo Jusjurandum in donatione patria nullius roboris erit, utpote quæ non est invalida, sed nulla, *l. 1. §. 1. ff. pro donato*. Quid quæso confirmabit Jusjurandum, quod confirmatorium dicitur? non certe donationem, quæ non est, siquidem nullam dicere donationem est, non secus ac dicere nunquam fuisse donatum ex Juris censura: sicuti ergo donationi, quæ facta non est, Jusjurandum

randum nihil prodest, ita etiam huic nullæ. Unde recte statuitur, Jusjurandum esse accessionem ipsius actus, quo non subsistente, nec ipsum Jusjurandum subsistet, *cap. accessorium, de regul. Jur. in 6.*

Probatur amplius, quia si pater filiofamilias donaret, sibi ipsi donaret, cum per eam donationem, utpote de bonis profectitiis factam, patri dominium quæreretur: sed sibi ipsi tradere, & donare impossibile est, *l. si quis pro eo, §. 1. ff. de fidejussoribus*: quapropter Jurejurando ea donatio firmari nequit, cum Juramentum vires suas non eatenus extendat, ut rem factu impossibile efficiat, ut possibilis sit.

Sed age videamus, quibus argumentis contrariæ opinionis assertores pugnent. Dicunt itaque nostras has rationes pendere a viribus patriæ potestatis, ob quam filiusfamilias patri quærit, & cum eo una persona censetur; quare corruant necesse est, quoties palam fiet in nostro casu, neque patriam potestatem, neque unitatem personarum locum habere.

Quod unitas personarum locum non habeat, probant, quia pater, filiusque familias una persona censetur in iis, quæ spectant ad obligationem civilem, non item in iis, quæ obligationem naturalem respiciunt; quandoquidem obligatio civilis ea est, quæ in patrem, & filiumfamilias non cadit, inter quos tamen cadit obligatio naturalis, ut expresse habetur in *l. frater a fratre, §. quasitum, ff. de condict. indebiti*.

Idem est in servis, qui ex contractu domino naturaliter obligantur, *Institutionibus de fidejussoribus in principio*; & ratio est, quod dominus, & servus, pater, & filius, si naturaliter, & re ipsa considerentur, distinctæ personæ sunt, eoque potest unus alteri naturaliter obligari, eos enim Juris vinculum in unam personam unit, hoc est, vel patria potestas, quæ a Jure civili est *§. 1. de patria potestate*, vel potestas despotica, quæ a Juregentium descendit, *§. 1. de his, qui sunt sui*: ergo cum pater aliquid filiofamilias donat, jam ex ea donatione oritur inter utrumque naturalis obligatio. Hæc, si Jusjurandum accesserit, robur, & efficaciam ex eo accipiet; itaque si pater verbis filiofamilias donaverit, rem tradere instituta actio cogi potest, quod si tradiderit non erit locus repetitioni.

Quod ulterius locum nec etiam habeat in casu nostro patria potestas, probant, quia in rebus spiritualibus patria potestas negligitur, *cap. fin. §. fin. de judiciis in 6.* ubi in causis beneficialibus, & aliis id genus, quæ spirituales sunt, filiusfamilias agere potest etiam sine consensu patris, qui consensus alioqui Jure patriæ potestatis exigeretur; sic ergo & negligenda est, cum agitur de Jurejurando, quod est quid spirituale, & vinculum animæ, *cap. et si Christus, de Jurejurando*. Accedit, quod Jusjurandum est Juris divini, patria potestas est Juris civilis, eoque illi cedere debet: quare cum patriæ donationi Juramentum adiungitur, ex vi ejusdem filiusfamilias uti extraneus censendus, adeo ut in,

inter eos jam non solum oriatur obligatio naturalis, sed etiam civilis; quæ inter extraneos ubique locum habet.

Subdunt etiam, si demus donationem patriam esse nullam, nihil tamen ob stare quin Jurejurando confirmetur; idque probant ex Papinia. no in *l. cum pater, §. filius matrem, ff. de legat. 2.* ubi testamentum nullo Jure factum, addita Jurisjurandi religione, servandum est ab herede.

Sed hæc licet alicujus momenti prima fronte esse videantur, facile tamen concidunt, si attentius considerentur.

Ad primum itaque respondeo; duosque casus distinguo. Prior est si donatio re facta sit, hoc est per traditionem, tunc falsum est inter patrem filiumque familias ullam oriri obligationem, nec etiam naturalem; tum quia omnis obligatio est contractus, & traditio non est nisi distractus; tum etiam quia actio, vel est rei persecutoria, vel datur in personam, ut quid det, vel faciat, quarum nulla hic locum habet; non enim potest donatarius rem donatam persequi, cum jam apud eum sit; nec potest agere in personam donantis, ut tradat, cum jam tradita res sit; quare nullo modo est donator obligatus. Et plane Jurisconsultus in *d. l. frater a fratre* manifeste ostendit, solum ex contractu inter patrem filiumque familias gesto obligationem naturalem oriri; non enim temere, & sine ratione loquitur nominatim de mutuo, quod contractibus accensetur.

Secundus casus est, si pater stipulando, vel pacto filio familias donaverit, & fateor non invitus oriri inter eos obligationem naturalem, hoc est patrem non cogi tradere, verum si tradiderit, tunc filio competere retentionem, sed non omni casu; nam si pater dederit filio rem pacto donatam, dum hic est adhuc sub patrio Jure, tunc filio familias retentio non competit, cum traditio nullius momenti sit, & res patri quaratur, *d. l. placet, ff. de adquir. heredit.* Si vero pater rem filio post emancipationem tradat, utique dico filium posse patrem repetentem exceptione repellere, retentionemque habere. Probatur id manifeste ex *d. l. frater a fratre, §. quasitum*, in qua tunc solum filio retentio conceditur, cum pater post emancipationem solvit id, ad quod ex contractu olim gesto naturaliter tenebatur. Hæc naturalis obligatio si Jurejurando firmetur, non majorem vim adquirat, atque hætenus expositum est; nam falsum est, quod putant, Jusjurandum accedens obligationi naturali tribuere actionem civilem; siquidem in *d. cap. quamvis pactum*, non aliud statuitur, nisi actum Jure invalidum, Jurejurando firmari. Cum autem firmum est, jam ex certa ratione actio ex eo efficax nascitur; & quamvis nonnulli ex *cap. 2. & 8. de Jurejurando* tradiderint, ex pacto nudo decerni actionem; id tamen omnino falsum est, cum in eis solum constitutum sit pacta esse servanda, & Jus esse Episcopo per censuras Ecclesiasticas adigere paciscentes ad fidem servandam, quod fieri potest, etiam si inde nulla decernatur actio. Immo hinc elicitur nullam ex pactis

Etis nudis præstari actionem; nam si præstaretur, quid opus esset paci-
fcentes ad observantiam adigere per censuras, cum possint cogi actione
instituta.

Ad secundum cum dicitur in spiritualibus negligi patriam potesta-
tem; respondeo id verum esse, sed in casu nostro locum non habere,
ubi agimus de donatione, quæ spiritualis non est: ita recte dicebat
Porcius in §. *extraneis*, de *heredum qualitate*, num. 13. in fine, dicendo,
quod licet in spiritualibus, ut aliqui putant, minor pro majore habea-
tur; id tamen minime procedere, si de contractibus agamus, qui in-
ter spiritualia non recensentur.

Nec quicquam tertio pro communi opinione facit Jurisconsultus
in *l. cum pater*, §. *filius matrem*, ff. de *legat. 2.* ubi filius matrem heredem
scripserat, & fideicommissa tabulis data cum Jurisjurandi religione præ-
stari rogaverat, cum testamentum nullo Jure factum esset, nihilominus
mater legitimam hereditatem cogitur fideicommissario præstare; nam
obnixæ (inquit Jurisconsultus) voluntatis preces ad omnem successionis
speciem porrectæ videbantur. Ex qua lege inepte Doctores colligunt,
Juramentum testatoris, vel heredis habere vim repetitionis ab intestato.
Dicunt testatoris, vel heredis, quia dubitant, utrum in hac specie
ipse filius Juraverit, an filius matrem Jurare adegerit, ut Accursius ibi
notat *verbo Jurisjurandi*: sed omnino decipiuntur, quandoquidem in
ea lege Jurisjurandi nomen non significat Juramentum, sed obsecratio-
nem; quoniam enim fideicommissa non ex Jure, sed ex fide restitueban-
tur, ideo testatores fidem suorum heredum implorare solebant, & ob-
secrabantur vel per Deum ut restituerent, l. 3. in princ. ff. de *Jur. fisci*, vel
per salutem Augusti, *Institut. tit. de fideicommissariis hereditatibus*, in
princ. Hæc obsecratio a Papiniano dicitur Jusjurandum, non secus ac
a Justiniano in l. 2. *C. commun. de legatis*, dicitur rogari En horco, hoc
est Jurejurando, ut ibi legit Alciatus, vel Enhorco, hoc est Jurejuran-
do convenio, ut putat Cujacius 16. *observ. 25.* Itaque in nostra specie
filius matrem heredem per Deum rogaverat, ut injunctum fideicommissum
præstaret, & ex hac obsecratione debetur fideicommissum etiam te-
stamento nullo. Patet id quia ibi ait, fideicommissum ab intestato re-
stitui non ex vi Juramenti, quippe nullum fuerat adhibitum, sed ob
preces enixæ voluntatis, hoc est, quia rogata mater fuerat per Deum,
ut particula illa, Preces, aperte ostendit.

Ita etiam putò intelligendum esse textum in *l. si quis inquilinos*,
§. *ult. ff. de legat. 1.* quo habet: Divi Severus, & Antonius rescripse-
runt, Jusjurandum contra vim, legem, & auctoritatem Juris in testa-
mento scriptum nullius esse momenti: ubi in eam sententiam itum est,
ut credant per Jusjurandum significari Juramentum, quod falsum est,
ut patet ex eo, quod nullo modo species illius §. poni potest, & frustra
Accursius, qui eam ita fingit, lego ædes destruendas, & volo heredem,
vel

vel legatarium Jurare, seu lego tibi decem, si Juraveris capitulum non ascendere.

Primo enim hæc legata nihil habent contra vim, & auctoritatem legis. Secundo in his casibus heredes, vel legatarii Jurare deberent post testatoris mortem in alia scriptura, quam testamento; nihilominus in eo §. dicitur Jusjurandum in testamento scriptum, immo si eo modo interpretemur, Severi, & Antonini lex omnino inutilis foret, cum jam ante ipsos a Prætoris generatim sanctum esset, nihil posse sub conditione Jurisjurandi, seu Juramenti relinqui, quod si relictum fuerit, Juramentum nihil operari, ut constat ex Ulpiano in *l. quæ sub conditione, ff. de conditionibus institutionum*; quapropter Jusjurandum in *d. §. ult.* non erit, nisi obsecratio testatoris in testamento scripta, qua adjurat heredem, ut quid faciat, vel non faciat, contra vim, & auctoritatem legis; ut puta si per Deum roget, ut hereditatem filio adulterino restituat, hæc obsecratio, inquit Imperatores, quia contra legem, non obligat heredem, licet alias obnixæ voluntatis preces maxime operentur, ut dicebat Papin. in *cit. l. cum pater, §. filius matrem, ff. de leg. 2.*

An inter patrem, filiamque familias dotis causa donatio valeat.

CONTROVERSIA II.

Constans nostrorum opinio est, hanc donationem privilegio dotis omnino valere, & moventur eleganti illo Papiniani responso, quod extat in *l. Pomponius Philadelphus, ff. familia erciscundæ*; in cujus specie cum proponeretur, patrem quædam prædia filix suæ dotis causa tradidisse, eorumque redditus genero solvi mandasse; tum quæreretur an post mortem patris accepto inter filiam, ceterosque patris ex testamento coheredes, familie erciscundæ Judicio, præcipua retinere filia posset; respondet Papinianus justam causam retinendæ possessionis habere filiam; quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis esse voluerat, & matrimonium post mortem quoque patris steterat; filia enim naturaliter agros tenuit specie dotis, cujus capax fuisset. Hinc ergo probant donationem patriam dotis causa factam statim vires habere; neque eam teneri filiam mortuo patre in collationem ponere. Ita Glossa, & Cujacius ibidem, Covarruvias in *cap. quamvis pactum, de pactis in 6. 3. par. §. 1. ad finem*, late Petrus Barbosa in *l. 2. §. quod si in patris a num. 2. ff. solut. matrim.* Ratio cur ita sit, credunt indicatam a Papiniano verbis illis, speciem dotis cujus capax fuit, defendi, hoc est, quod

H h h

sicut

sicut filiafamilias dotis capax est; ita etiam capax erit donationis dotis causa factæ.

Verum donari causa dotis filiafamilias non posse post Fulgonium & Ripam, docent Alciatus *ibid. num. 8.* Faber *conjecturarum lib. 7. cap. 12.* & *de erroribus pragmaticorum decad. 40. err. 9.* Schiferdegherus *lib. 12. tract. 15.* quæ sententia vera est.

Probatur id primo, quandoquidem regula, qua traditur, donationem inter patrem, filiamque familias valere, non est cur violanda sit in donatione causa dotis, eoque etiam in hac locum habet. Verum hoc excipiunt fieri favore dotis, vel favore nuptiarum, ut voluit Cujacius ad Papinianum in *l. Imperator, §. pater filia, ff. de leg. 2.* Itaque harum intuitu regula illa de donatione patria celsat. Sed respondetur hanc donationem causa dotis factam, nihil favere doti, vel nuptiis, sed eis potius obstat, & nocere; dos enim a patre tradenda est genero filia nomine, non item donanda filia, illo quippe casu vere dos est, & matrimonium ea conciliatur; isto neque dos est neque nuptiæ alliciuntur. Utrumque patet, siquidem dos tunc constituitur, cum res viro traduntur, non cum filia donantur, *l. de divisione in fine, ff. solut. matrim. l. dotale, §. dotale, ff. de fundo dotali*, & consentiunt adversarii, inter quos Barbosa ad *rub. ff. sol. matrim. par. 4.* & matrimonia tunc conciliantur, cum res dotales ipsi viro traduntur; hac enim esca capiuntur, qui uxores ducunt. Apparet itaque in hac donatione nullum vel dotis, vel nuptiarum favorem considerari posse, quod eo fortius urget in *d. l. Pomponius Philadelphus*, quod in ea specie prædia donata filiafamilias penes ipsam permanerant, ut videbimus.

Probatur ulterius ex *l. cum pater, §. pater filia, ff. de leg. 2.* ubi agit Papinianus de patre, qui mancipia filia nubenti dederat, nec eo minus negat valituram donationem, si verbis fideicommissi confirmata non esset, & ob id eam comparat donationi factæ inter virum, & uxorem, quæ etiam inutilis est; licet hæc confirmetur morte, & silentio conjugis donatoris; illa vero expressam patris confirmationem exigit. Nec quicquam obstant Accursius, Cynus, Catrensis, quorum aliqui fingunt, patrem donasse quidem filia, sed simpliciter, vel dotis causa; alii vero contendunt, nec etiam donasse, sed dedisse in dotem, vel ultra dotem; nam respondetur cum pater quid simpliciter filia nubenti dat, illud in dotem dare censetur, nisi extra dotem dare se expresserit, *l. donationes, §. species, ff. hoc tit.* Ratio est, quia patris officium est dotare filiam, & in dubio præsumitur quis satisfacere potius officio suo, quam meram liberalitatem in alium conferre; itaque pater in *d. §. pater filia*, causa dotis filia mancipia donavit, quod etiam patet ex eo quia Papinianus ibi hanc donationem mancipiorum filia, comparat donationi in uxorem collatæ.

Sed

Sed age probemus jam hanc donationem patriam non valere, proba-
ri ex ipsa *l. Pomponius Philadelphus*, qua communis opinio nititur;
quod ut evidentissime constet, libet hic eam legem longo filo tractare.

I. Itaque negamus in ea specie ullam factam esse donationem, non
enim dicitur patrem filiae, quam habebat in potestate, prædia in dotem
tradidisse, sed dotis causa, ut eorum redditus genero solverentur; aliud
autem est donare, aliud dotis causa tradere, cum illud sit liberalitatis, hoc
in patre sit necessitatis, quæ duo scilicet necessitas, & liberalitas simul
esse non possunt. Unde non videtur donare uxor, quæ marito dedit, ut
pro filia genero in dotem daret, *l. profectitia, §. si quis certam, ff. de jure dot.*
iuncta *l. siue uxor, ff. de donat. inter virum*: ergo ita etiam non censetur
donasse pater, qui filiae familias prædia dedit, ut inde viro suo constitue-
ret dotem: quod si dixeris in specie proposita patrem non genero, sed fi-
liae prædia dotis causa tradidisse; respondeo nihil in quantum ad dona-
tionem referre, utrinam pater dederit, cum non aliter prædia data fue-
rint filiae, quam dotis causa.

Neque recipiendum est commentum Barbof. *d. n. 2.* Cum voluit do-
tem datam quidem filiae, sed a filia deinde marito, quasi actus unus tra-
ditionis occultetur, ut in *l. 1. §. sed si debitorem, ff. de donat. inter virum*,
quam traditionem colligit ex eo, quod dicatur pater voluisse ea prædia
dotis esse, quare tradenda erant marito, quia alias esse dotis non poterant,
l. de divisione in fine, ff. solut. matrim. l. dotale, §. dotale, ff. de fundo dotali, quæ
Barbosæ opinio aperte Papiniano repugnat; siquidem pater iussit ex præ-
diis filiam genero fructus solvere. Unde patet prædia penes filiam esse,
quæ solvit, non penes virum cui solvitur, alias vir si ipse fundos habe-
ret, ipse sibi solveret, quod absurdum est, cum solutio fiat a debitore cre-
ditori, nullus autem possit simul sibi ipsi debere, vel sibi obligari. Im-
mo in fine legis Papinianus dicit filiam naturaliter prædia illa tenere.
Neque obstat aliquando actum unum occultari; nam hoc verum est in tra-
ditione ficta, ut in *d. l. 3. §. sed si debitorem*, ubi si vir debitorem uxori sol-
vere mandat, & ita fiat, censetur debitor creditori dare, & creditor uxori,
quod non est in specie proposita, cum Barbosa contendat, vere præ-
dia a filia translata fuisse in virum, licet a Papiniano non exprimatur,
quod omnino diversum est a traditione ficta: cum autem idem Auctor sub-
dit, dotem dici non posse, nisi viro tradita sit, nos id concedimus; sed
notandum est hic dotis titulum non valuisse, ut mox fiet manifestum;
stet itaque prædia filiae dotis causa tradita fuisse, non item ei donata,
quod primus omnium notavit Schipherdegheus, licet Faber, Alciatus,
ceterique putaverint, vere patrem prædia filiae donasse.

II. Hæc patris in filiam familias sive donatio, sive traditio, non va-
luit; patet id ex eodem Papiniano, dum ait filiam naturaliter agros te-
nuisse; quod sane demonstrat traditionem nullius momenti fuisse; nam

cum traditio valet, qui accipit, utpote rei traditæ dominus, rem verè, & civiliter possidet: sed cum dicitur retentio, sive etiam possessio naturalis, tunc veræ possessioni detrahimus, & detentionem solum significamus. Urde omnes, qui dicuntur naturaliter possidere, dicuntur etiam non possidere: ita fructuarius naturaliter rem possidere dicitur, in qua usumfructum habet, *l. naturaliter, ff. de acquir. posses.* at ipse idem non possidet, *l. adquiretur, §. ult. ff. de acquir. rer. dominio*. Sic quoque Colonus, Commodatarius, Depositarius, naturaliter possident, *l. 2. §. quod valgo, ff. pro herede*; nullus tamen istorum vere possidet, ut diserte scripsit Ulpianus in *l. certe, §. is qui, ff. de usucap.* & in *l. officium, ff. de reivindicatione*. Ratio autem cur in specie Papiniani traditio, seu donatio non valuerit, facile intelligi potest; si enim de traditione loquamur, hæc ideo non tenuit, quod traditum ex causa dotis, ut valeat, non fieri debet filiæ, sed generi filiæ nomine; cum maritus efficiendus sit dominus dotis, *l. doce ancillam, C. de reivindicatione*, eoque ipsi res dotalis tradenda est ex *l. traditionibus, C. de pactis*. Sin autem eam donationem esse dicamus, ideo non valet, quia filia sub patris potestate constituta, cum rem donatam a patre accipit, eam nonnisi naturaliter tenere, seu possidere potest, ut in nostra specie asserit Papinianus; & concordat cum eo, quod Julianus ex Servii sententia scribit, filiam rem donatam a patre non posse pro herede usucapere, ea ratione, quod naturalis possessio penes ipsam fuerit vivo patre, *l. 2. in fine ff. de usucap. pro herede*.

III. In specie Papiniani nec titulus ipse dotis valebat, ex quo secuta traditio proponebatur: id ita diserte exprimit Jurisconsultus, ut nihil magis, cum ait filiam specie dotis defendi, idest eo colore, & prætextu potius, quam jure; nec enim consentiendum est Cujacio, cum censet Papinianum dixisse specie dotis defendi filiam pro causa dotis, *l. Mævius in princ. ibi, Si plus sit in specie legati, ff. de legat. 2.* Nam speciem significare causam, nusquam legimus, neque id speciei nomen pati potest, cum contra notissimum sit, speciem denotare prætextum, coloremque; cum autem in *d. l. Mævius* dicitur, debitor non semper quod debet, jure legat, sed ita si plus sit in specie legati, hoc significatur, tum legatum rei debitæ consistere, cum creditori, eidemque legatario utilius est rem recipere sub nomine, & titulo legati, quam rei debitæ.

Neque obstat, quod Papinianus subjiciat esse filiam dotis capacem constante matrimonio; hinc enim male inferunt adversarii eam etiam capacem esse donationis causa dotis factæ; nam longe differunt filiam dotis capacem esse vivo patre, & posse filiam familias ex donatione traditam sibi a patre dotem accipere; potest enim, sive potius tenetur pater filiæ nomine genero dotem tradere; sed ipsi filiæ dotem tradere, ut ei adquiratur, non potest ob impedimentum patriæ potestatis.

IV. Apud Papinianum proponitur, matrimonium post mortem quoque

quæ patris stetit, hoc ideo quia si moriente patre matrimonium solutum fuisset, res in dotem data, utpote profectitia, esset ad patrem reversa, nam dos non est, nisi constante matrimonio: quod si in hac specie collationem intervenisse velimus, notandum jure ff. donationem in filiamfamilias a patre collatam patris morte non confirmari; nam si confirmaretur, non opus fuisset Papiniano tueri donationem, quia matrimonium post patris mortem steterat, sed dixisset, jam patris morte validam fuisse factam: quare patet error Barbos. *loc. cit. n. 3.* qui credebatur olim Papiniani tempore donationem patriam morte ratam fieri; unde se misere torquet, ut rationem adinveniat, cur hæc dotis causa donatio etiam mortuo patre donatore, non habita fuerit eo-capite, tanquam valida. Gravius errat Antonius Faber *decad. 40. err. 9.* qui dixit se in hac Papiniani lege novum quid, & propemodum mirabile deprehendisse, quod nullus hæctenus observarat, deterioris conditionis olim fuisse donationem inter vivos factam filiarumfamilias ex causa dotis, quam ceteras, in eo, quod cum ceteræ donationes inter vivos a patre in filios, vel filiarumfamilias collatæ silentio, & morte patris convallescerent, etiam citra specialem confirmationem; donatio tamen facta ex causa dotis non confirmabatur: & tamen notare debebat hodie, nedum olim, donationem patriam silentio, & morte patris non effici posse ratam, sed omnino exigi specialem morientis confirmationem, ut jam supra cum Donello docuimus.

V. Filia possidebat, quamvis naturaliter, prædia a patre sibi tradita, siquidem non possideret, ei integrum non esset, ea prædia a coheredibus petere, multoque minus jure præcipui vindicare ea ratione, quod dotis capax etiam vivo patre fuisset; non posset inquam, quia si pater tantum illa tradere promississet, patris promissio tanquam inutilis non concederet filiae petendi actionem; sed quia jam naturaliter ea tenebat, facilius est, ut ab arbitro familiæ erciscundæ detur ei retentio ad conservandam patris inter liberos voluntatem, quamvis jure destitutam, *l. quoties, l. filii, & l. ult. C. familiæ erciscundæ, l. parentibus, C. de inoff. testamento.*

Tandem Papinianus decidit posse filiam sibi jure præcipui, five excipui, doti retinere. Pro qua decisione (ut breviter repetam) duo supponit. Primo patrem fecisse testamentum, nam iure ff. tunc solum dos in collationem veniebat, cum pater ab intestato decesserat, non item si cum testamento, *l. 1. §. filiam, ff. de collat. dot.* nisi nominatim collationem fieri jussisset, *l. pater nubenti, ff. cit. tit. l. Theopompus, ff. de dote prælegata*, licet deinceps per Justinianum statutum sit omni casu dotem conferri debere, *§. illud, Novella de triente, & semisse*. Quare si pater in specie Papiniani ab intestato mortuus fuisset, dubium non esset prædia filiae tradita causa dotis in collationem venire, si dos ipsa genero tradita fuisset.

Se-

Secundo matrimonium post patris quoque mortem stetisse ; nam si vivo patre fuisset solutum , dos ad patrem reversa in ipsius patrimonio jam absque ulla collatione reperiretur , *l. fin. C. communia utriusque judicii*. Itaque si verum est , cum post patris mortem testato matrimonium stet , dotem non esse conferendam , videtur neque prædia filiaefamilias causa dotis tradita in collationem venire. Difficultas vero in hoc erat , ea prædia vere dotalia non esse , cum viro tradita non sint , sed filiaefamilias , eoque censenda videbatur non uti dos , sed uti quid profectitium , quod collationem non effugit. Respondet tamen Papinianus , filiam specie , prætextu , & colore dotis defendi , hoc est licet ea prædia vere dotis non sint ; tamen ratio aliqua voluntatis paternæ habenda est , qui pater ea nomine dotis tradiderat . Addit filiam possidere , licet naturaliter , quia possessori favendum est . Hæc nobis Papiani ~~genuina~~ interpretatio esse videtur in *l. Pomponius Philadelphus* , quæ tantopere nostrorum Jurisconsultorum ingenia stylumque exercuit .

Verum quia contraria opinio moribus recepta est , valide scilicet patrem filio , quem sub iure mancipioque habet , causa nuptiarum donare , ideo operæ precium est cursim aliqua circa eam notare ; siquidem hodie cum filiaefamilias matrimonio sociantur , donationes intuitu certi illius matrimonii a patre accipiunt nuptiarum tempore , hoc est in tabulis nuptialibus , quo magis mulieres ad contrahendum alliciantur , cum maritum divitem habent , quare accidit filiofamilias potius causa nuptiarum donari a patre , quam filiaefamilias .

Primo itaque hæc patria donatio , ut sustineatur , fiat tempore nuptiarum opus est : nam ante nuptias nullus ipsarum favor , nullumque privilegium considerari potest , ut patet ex *l. Divi* , ibi , *patris , quæ matrimonii tempore* , *C. de naturalibus liberis* ; hinc ante matrimonium dos nulla est , *l. 3. ff. de jure dot.* & ita sentiunt Soccinus junior *conf. 44. num. 4. lib.* & ante ipsum Castrensis *conf. 345. num. 1. lib. 1.* Fontanella *de patris nuptialibus clausula 4. glos. 1. n. 22.*

II. Hæc donatio actione ingrati non revocatur , Menochius *conf. 723. a n. 9.* Nam donatio ob causam , nisi causa non secuta , non revocatur. Ceterum donationem hanc ob nuptias , ob causam esse , sive ob rem , nulli dubium est . Addit Franchis *decis. 205.* nec filium donatarium posse matrimonio inito hanc donationem patri retrodonare , sive omnino , sive pro parte , quia mulier , quam filius duxit , nuptias non contraxisset , nisi vir suus esset ita a patre locupletatus ; quare æquum non est per has dolosas retrodonationes decipi .

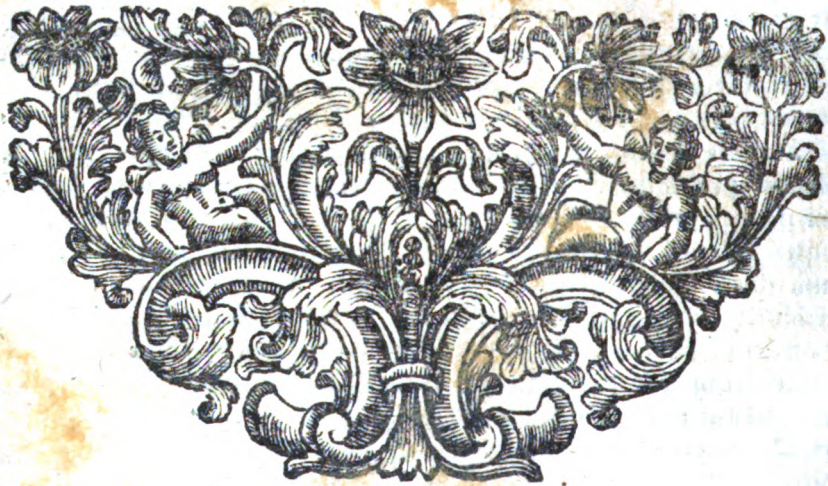
III. In his donationibus non solum adest favor uxoris , sed etiam filiorum , qui ex his nuptiis nascentur , etiam si ipsorum nulla habita fuerit mentio , & hoc ut ipsi post patris mortem habeant , unde honeste vivere possint , ut sentit Franciscus Molina *de rit. nuptiar. lib. 3. qu. 10. num. 27.*

num. 27. & seq. Quare patri donatis in his rebus omnis alienatio prohibita est, easque debet integras filiis nascituris reservare, qui tandem patre mortuo, succedunt uti filiis, non uti heredes, eoque nullum ius in ipsis quaeritur creditoribus patris, ut decisum refert Starbanus *resolut. 23.*

IV. Si matrimonium ante patris mortem nullis inde susceptis liberis dissolutum fuerit, res ita donatæ filiofamilias non acquiruntur, sed per ipsum iuxta regulas transeunt in patrem. Probant hoc, quod Papinianus ideo statuerit posse filiam prædia sibi dotis causa donata iure precipui retinere, quia matrimonium post mortem quoque patris steterat, ut ibi notat Fulgosius *num. 2.* Cardinalis Zabarella *consil. 152. num. 2.* quibus accedit Barbosa *cit. num. 8.* ea ratione, quia pater in dubio censetur voluisse id, quod lex disponit, *l. uxorem, §. testamentum*, ubi Bartolus, *ff. de legat. 2.* hoc est donationem ad ipsum patrem, a quo profecta fuit, reverti.

V. Itaque matrimonio non secuto res donatæ patris manent, nec filiofamilias acquiruntur; propterea quod ideo substatinetur donatio, quoniam matrimonium est, eoque cessante donationis validitas cessat: Barbosa tamen *num. 5.* ita hanc donationem restringit, ut velit res donatas apud filiumfamilias posse manere, si pater ita velit, quod probare nititur primo ex *l. si extraneus in fine, ff. de conditione causa data*, in qua dicitur, ut ipse fingit, filiam in potestate posse sibi retinere res causa dotis sibi a patre donatas, etiam non secuto matrimonio, si evidentissime constiterit hanc fuisse patris voluntatem. Sed fallitur, nam ibi omnino alia species est; proponitur enim patrem filiae nomine dotem genero dedisse, & pactum esse, ut quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur: accidit nuptias non esse secutas, quare dubitatum est, cui conditio competat, patri ne, an filiae; & responsum est, quod licet pater convenerit de iis solum casibus, qui matrimonium sequuntur tamen quamvis nuptiæ pactæ non sint, posse patrem conditionem proponere, quasi causa non secuta. Excipit ibi Jurisconsultus casum unum, nisi evidentissimis probationibus filia ostenderit, hoc pactum ideo patrem fecisse, ut ipsi filiae magis, quam sibi prospiceret. Ubi notandum contra Barbosam patrem hic non donasse filiaefamilias, sed genero nomine filiae dotem tradidisse, & filiam retinere res in dotem datas, sed eam contradicere, si ita appareat patrem voluisse, itaut filiae non adquiratur eo casu res donata, sed actio; cum autem post conditionem res eas adquisiverit, si quaeras cujusnam erant, respondeo fieri patris; ita enim regula est, contra quam nihil in ea lege statuitur. Probat secundo ex *l. Cajus in fine, ff. solut. matrimonio*, ubi supponitur posse mulierem retinere dotem sibi datam per Avum, cum tamen certum sit, facta post matrimonium solutum dotis restitutione, nomen, favoremque

que dotis cessare , eoque filia capax dotis est , donationisque , quantum-
cunque cesset consideratio matrimonii contracti . Ceterum facilis re-
sponsio est, in ea lege non de dotis profectitiæ retentione agi, sed de
adventitiæ repetitione, utpote quæ ab avo materno constituta
fuit ; cum autem dos repetitur , favorem dotis du-
rare dubium non est . Atque pauca hæc
de donatione nuptiarum causa facta
in gratiam Pragmaticorum
notasse sit satis .





DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

De Censibus,

LIBER SINGULARIS.



Ensum origo non admodum vetusta videtur, ut de quibus in Jure Romano nulla usquam expressa mentio extet. Sunt qui putant, contractus ejus inducendi occasionem homines lucri cupidos habuisse exprohibit in mutuo usuris; cum enim ex præcepto Christi ereptas sibi viderent usuras, nummos egentibus tanquam venditoribus dare cæperunt, quibus ipsi annum, vel menstruum in rebus eorum emerent, quod esset vice usurarum. Et certe in censuali contractu facile est in usurariam pravitatem prolabi, ad quam coercendam tot Sanctorum Pontificum Leges, seu Extravagantes, & Bullæ sancitæ sunt, quarum finibus si quis se contineat, utique longe aberit, ut in censu contrahendo usuram admittat; nam Molinæi in *tract. de commerciis*, & Salmasii de *senore trapezitico*, calumnia est, census in vicem usurarum inductos esse a Romanis Pontificibus, ut proscripto Usurarum invidioso nomine, rem ipsam, hoc est, ipsas usuras retinerent. Quam hæreticorum insaniam in progressu diluamus. Interim notabimus censuum originem non adeo recentem esse, ut vulgo opinantur; quippe census reservativi illustria extant vestigia *Genes. 47.* ubi Joseph agros, quos ab Ægyptiis emerat Regi, iisdem ea lege restituit, ut quartam partem fructuum Regi præstarent. Census item consignativi exemplum habemus in *Novella Justiniani 160. col. lat. 10.* Narrat enim Aphrodisiensis Reipublicæ Patrem, hoc est, patrum, & defensorem, Primoresque civitatis, magnam pecuniæ summam, ne sterilis & otiosa maneret, distribuisse ea lege, ut qui partem ali-

aliquam illius reciperet , non compelleretur eam restituere , nisi vellet ; quamdiu tamen eam retineret , certum aliquem annum redditum civitati penderet . Ex hisce parvis initiis censuum usus adeo hodie increbuit , ut vix quidquam in humanis commerciis frequentius accidat , sitque jam hæc tractatio ex præcipuis nostri Juris una , quam hic certa via , certaue ratione explanare opere prætium est . Sit ergo .

De nomine , & substantia Censuum .

C A P . I .

Census nomen in Jure civili varie sumitur , Covarruvias 3. var. 7. Molina *disp.* 381. I. Census erat , cum cives Romani omnes ex instituto Ser. Tullii Regis per singula lustræ Jurejurando dato , nomina sua , uxorum , liberorum , libertorum , servorumque suorum in Campo Martio profitebantur : præterea ætatem omnium , regionem , quam habitarent , & fortunarum , seu bonorum suorum æstimationem deferabant , ut ita & numerus eorum , qui arma ferre possent , & pecuniarum magnitudo , quibus bellorum sumtus substinebantur , ostenderetur , l. 2. §. post deinde , ff. de orig. Juris . Vide Sigon. 1. de antiquo Jure Civium Rom. 14. Huic censui aliqua ex parte respondet focorum numeratio , quam in Regno nostro habemus .

II. Hinc factum , ut census pro bonis , fortunisque omnibus usurpatus sit , ut in illo , *Dat census honores , l. cugi in princ. ff. ad Trebell.*

III. Census in tit. ff. de censib. & tit. C. col. lib. 11. dictus est tributum , quod prædiis Provincialibus imponebatur , fisco solvendum ; omnes enim pro iis agris , quos possidebant , publicas pensiones pendebant , ut etiam habetur in toto titulo Codicis *sine censu , vel reliquis fundum comparari non posse* , ubi reliquorum nomine intelliguntur census , quos venditores prædiorum fisco debent , necdum persolverunt ; quamvis aliquando reliqua generalius pro omni residuo debito usurpentur , l. 24. ff. ad municipalem , l. 102. §. 2. ff. de solutionibus , l. 46. ff. de admin. tutor.

Ex hac census significatione pro tributo publico , factum est , ut eodem vocabulo appellaretur pensio , aut præstatio quæcumque annua , seu menstrua , debita etiam privatis , quæque in emphyteusi Canon dicitur . Atque ita in hoc tractatu Census nomen venit ; ita tamen , ut aliquando non significet ipsam pensionem certa specie præstandam , sed Jus talem pensionem percipiendi ; imo aliquando denotet contractum , vel quasi contractum , quo Jus istud comparatur , & acquiritur . Prima significatio est materialis seu naturalis , secunda formalis seu juridica , tertia causalis . Gibalinus *par. 2. de Usuris cap. 6. art. 1. in fine.*

Cen-

Census ergo formaliter, seu juridice acceptus, definitur, est Jus percipiendi annuum, vel menstruum ex re, vel persona, vel re utili alterius. Explicatur definitio.

Dicitur Jus, tum loco generis, ut cum servitutibus conveniat, quarum in numero census esse videtur; quippe servitus in genere est onus rei alienæ injectum, quo servit rei, vel personæ; tum etiam, ut distinguatur census formalis a materiali, seu a pensione, quæ in singulis annos ex re solvitur.

Dicitur percipiendi, ut distinguatur a mutuo; quippe mutuator nullum Jus habet ex re mutuo data quidquam percipiendi, tanquam ex mutuo, alioqui in usuræ crimen incidet; eadem de causa distat ab antichressi, pignore, & similibus. Duardus in *præm. constit. Pii V. q. 9. n. 8.*

Dicitur annuum, vel menstruum, idest pensionem, vel materiale censum, qui in pecunia, vel fructibus consistit. Hæc pensio vel solvitur tota simul, in singulos annos semel; vel tribus in annum præstationibus, unde tertiarum nomen descendit.

Dicitur ex persona, vel re; hæc enim habentur ut subjectum, in quo census constitui potest, quod aliquando est persona, quæ ad dandam illam pensionem obligatur; aliquando est res ipsa, quæ ita pensioni obnoxia est, ut illud onus secum ferat quocunque transeat. Unde oritur distinctio census in realem, & personalem, de quibus infra.

Dicitur utili, seu frugifera; alioqui enim ex ea pensio percipi non potest, & proinde census inutilis est. Vivius *decis. 369. num. 11.* Prætus 1. *qq. forens. cap. 25. num. 21.* Sed de hac re infra latius.

Dicitur alterius; quia cum census sit quædam servitutis species, rei, vel personæ imposita, necessario fit, ut in re aliena constituatur; nam res sua nemini servit, *luti frui, ff. si usus fr. petatur*. Hinc census differt a Jure Canonis emphyteutici, quem proprietarius e re sua percipit, cujus utile tantum dominium in emphyteuta est; eademque de causa differt a libello, & superficie, & feudo, ob quod Baro pensionem, quæ adhaec dicitur, solvat.

Ex his patet I. non recte ab aliis censum definiri per contractum, non solum quia hæc significatio materialis est, verum etiam maxime, quia potest census sine contractu constitui, per ultimas voluntates, legando, fideicommittendo, & similiter, ut latius suo loco dicemus.

Patet II. Censum neque inter bona mobilia, nec immobilia connumerari posse; quippe Jura omnia, utpote incorporalia, tertiam quandam bonorum speciem constituunt, distinctam a rebus soli, & mobilibus, quæ corporalia sunt. Sed pro clariori intelligentia sit.

Utrum Census rerum immobilium nomine comprehendatur.

Q U E S T I O I.

QUoniam Jura rebus cohærere dicuntur, non modo si realia sint; sed etiam si personalia, ut patet ex eo, quod usufructus Jus in corpore dicitur, quo sublato & ipsum tolli necesse sit, *Institutionib. de usufr. in princ.* hinc fit, ut si rebus immobilibus cohæreant, & ipsa immobilia censeantur: e diverso mobilia, si nobilibus. Propterea annui redditus inter immobilia censentur Jure, ut dicitur in *Clem. Exivi*, §. *cumque annui*, ff. *de verb. signif. cap. quarelam, de elect. l. jubemus*, ubi Gloss. & Bald. num. 5. *C. de Sacr. Eccl.*

Hoc verum est, si annuus redditus, sive census sit realis, & præterea perpetuus, saltem habitu, quia vel redimi non potest, vel non nisi ex parte debitoris; nam si brevi tempore sit duraturus, e numero immobilium excluderetur, Federicus Martinus *de Jure census*, cap. i. num. 102. Duardus *loc. cit.* qu. 10. num. 40. Franch. *dec.* 314. aliique communiter. Tempus perpetuum in Jure vocatur 30. annorum, Felinus in *cap. sicut* num. 30. *de sententia excommunicat.* & longum tempus est annorum decem, Gloss. & DD. in *l. cum in rem*, ff. *de usuris*; & census ad longum tempus etiam pro re immobili habetur, Gordonius *lib.* 4. qu. 7. cap. 7. n. 18. sicuti quoque census vitalitius, Gratian. *discept. forens.* cap. 756. num. 20.

Verum etiam est, ubi non repugnat verba improprie accipi: quippe improprie stabilium nomen census complectitur, cum non sit proprie tale, quod pro tali habetur, ut ait Bart. in *l. si maritus*, §. *leges*, ff. *ad l. Jul. de adulter.* Quare in statuto pœnali, exorbitanti, & correctorio, sub nomine stabilium census non complecterentur, cum in ipso verba proprie debeant interpretari, Peregrinus *conf.* 19. num. 12. & *consil.* 20. num. 15. lib. 3.

Hinc I. fit, ut sub legato rerum immobilium etiam census comprehendantur, ut est communis opinio, Gibalinus *d. cap.* 6. art. 1. n. 6. Petra *ad Ritum M.C.* 216. contra Panorm. in *cap. nulli*, num. 9. & *seq. de reb. Ecclesiæ alien.* qui nititur in eo, quod in testamento verba sunt proprie accipienda ex *l. qui heredi*, ff. *de condit. & demonstr.* ubi tamen nihil habetur, quod ad rem nostram faciat.

II. Ut prohibita rerum stabilium alienatione, census distrahi non possint, Marin. 1. *resol.* 28. contra Cavalcan. *dec.* 16.

III. Ut qui censum habet, relevetur in Judicio ab onere satisfaciendi; tanquam immobilium rerum possessor, Bellon. *conf.* 23. num. 9. Bossius *hoc tit. art.* 15. num. 37.

IV. Ut

IV. Ut pecunia, quæ Jussu testatoris, vel pacto contrahentium in rerum stabilium emtionem collocari debet, rite in census emendos crogetur, Alcibiad. Lucerin. 5. *observ. 3. num. 2.*

V. Ut Fratres Minores, qui immobilia nequeunt acquirere, sint etiam horum censuum incapaces, d. *Clem. Exivi*, ubi Anchar. n. 21. etiam si ipsis ad alimenta legentur, Federicus de Senis *conf. 12. num. 4.*

Et ita progrediendo, alia possent plurima colligi, inter quæ præcipuum est, ut census eo in loco dicatur existere, ubi fundus censitus existit, quamvis alioqui Jura loco non circumscribantur, l. *Cajas*, ff. de leg. 2. l. si fideicommissum, ff. de acq. poss. Ita Parlador. *rer. quotid. cap. 3: §. 8. num. 13.* & decisum refert Marin. 1. *resol. 11. num. 5.* Quocirca, censito fundo in districtu nostræ Urbis existente, census ex bonis maternis ab intestato est restituendus proximioribus ex linea matris, & ex bonis paternis, proximioribus ex linea patris, juxta *Consuetudinem si quis, vel si qua*, ubi Provenzal. *obs. 17.*

Ita quoque census ex bonis antiquis intra districtum Urbis nostræ ex testamento debet pro dimidia parte remanere apud illos, e quorum stirpe progressus est, juxta *Consuetud. Et si testator*, Marin. 1. *resol. 70. num. 31.*

Illud notandum est, quod etsi fundus censitus extra Urbis districtum existat, census tamen dicatur intra districtum esse, quoties conventum est, ut solutio annuæ pensionis in Urbis districtu fiat, cum solutionis locus debeat attendi, l. *contraxisse*, ff. de act. & oblig. l. 3. ff. de bonis aut. Judicis possid. Franch. *decis. 93.* Montan. *contr. 8. num. 4.* Amat. *conf. 72. num. 31.* Molfesius ad *consuet. par. 2. sub tit. de bonis, quæst. 12. num. 12.*

Sed vero ipsæ pensiones annuæ maturæ, necdum exactæ, alio Jure utuntur, utpote quæ inter bona mobilia computantur, tanquam fructus jam a solo separati, ut bis in Rota Romana decisum referunt Ludovicus Cencius *qu. 30. num. 25.* Duard. *d. qu. 10. num. 42.* contra Fridericum Martinum de *Jure cens. cap. 1. num. 105.* qui putabat, pensiones maturas non posse comparari fructibus collectis, sed tantum fructibus maturis, qui adhuc pendeant; ut propterea sicut isti pro immobilibus habentur, tanquam fundi pars, l. *fructus*, ff. de rei vind. l. *Julianus*, §. si fructum, ff. de act. emti; ita quoque inter immobilia erunt pensiones maturæ, necdum exactæ. Quæ opinio de rigore Juris verior est.

De divisione Censuum.

CAP. II.

Prima divisio Censuum est in Reservativum, & Consignativum. Reservativum est Jus percipiendi annum redditum, quem sibi aliquis reservavit ex re, cujus plenum dominium transtulit in alium. Et ab hoc omnis usuræ & injustitiæ suspicio abest, nisi forte pensio esset immodica, & fundi fructus excederet; si enim contractus emphyteuticus Justus ab omnibus reputatur, quamvis vi illius emphyteuta quidpiam annum præstet; eo magis Justus erit census iste, ubi censuarius non solum utile dominium acquirit, sed etiam directum. Unde non solum eum comprobant leges civiles in *l. ult. ff. de contr. emt. & l. ult. C. de rer. permut.* & in *l. 8. C. de condict. ob causam*, sed etiam Jus Pontificium in *cap. constitutus, de relig. domib.* Præterea eo usus est pariter Joseph tempore, quo Ægyptum regebat, ut diximus ex *Genes. 47.*

Constituitur hic census pluribus modis. I. Conceditur fundus, aut res alia immobilis cum pleno dominio, reservato sibi annuo, nulla facta mentione pretii, neque adjecta facultate redimendi pro certa pecuniæ quantitate. Qui contractus, cum nullam habeat immistam venditionem, propterea non est in eo locus retractui, seu Juri protomiscos, Duardus *loc. cit. q. 16. num. 25.*

II. Idem est, si concedatur facultas censuario redimendi, aut extinguendi censum, certa aliqua pecuniæ quantitate, *l. 2. C. de pactis inter emtor. & vendit.* Quod si pretium pro redemptione definitum foret nimium, contractus non dicitur usurarius, sed injustus, Molina *tract. 2. disp. 382. num. 2.*

Consignativus census est, qui super rebus propriis, illisque retentis, alteri assignatur, & definitur a Giballino *loc. cit. art. 4. num. 1.* Est Jus percipiendi certum redditum, aut pensionem annuam, vel mensuriam super re, vel persona alterius constitutum. Et de hoc maxime agunt Constitutiones Pontificiæ, & disputant Theologi, & Canonistæ, ob periculum usurariæ pravitatis.

Constituitur, cum quis pecuniam mihi ut pretium tradit, pro quo ei vendo non pensionem solvendam, aut prædium meum, sed Jus ad eam pensionem: quippe res censui subjecta manet semper in pleno Jure, & dominio meo, qui censum, seu Jus vendo; præterquamquod si res intelligeretur vendita, multo majori pretio ad eam comparandam fuisset opus, quam pro censu solutum est. Sotus *6. de Justitia quæst. 5. art. 1. concl. 4.*

Circa censum hunc apud nos observatur Bulla Nicolai V. temporibus

ribus Alphonſi Regis Aragonenſis lata, quam vidē in noſtris *Pragm. tit. de cenſib. pragm.* 1. Ex ea plura requiruntur, quæ hic nunc breviter adnotare neceſſe eſt. I. Ut contrahentes nihil ſenſiant de mutuo, ſed animum habeant revera emendi, & vendendi. II. Ut cenſus imponatur in re frugifera, ſtabili, vel quæ habeatur pro ſtabili; ubi tamen nulla de certis rei finibus mentio habetur. III. Ut pactum de redimendo ſit ad libitum debitoris, qua ratione ſors dicitur demortua. IV. Ne excedant denos aureos in ſingulos centenarios. Tandem, ut pactum pro ſecuritate cenſus apponatur.

Obſervandum hic eſt; cenſum conſignativum duobus etiam caſibus dici. I. Cum conceditur fundus certo pretio, eo tamen pacto, ut donec pretium illud perſolvatur, præſtetur annua quædam penſio pro ratione fructuum. II. Si prædium certo pretio vendatur; quia tamen emtor ſolvendo non eſt, cenſum ſuper eodem prædio pro ſumma debita conſtituit. Quibus in caſibus duæ venditiones interceſſiſſe dicuntur; nam primo eſt venditio prædii, cujus dominium per traditionem, vel per conſtitutum, & præcarium emtor acquiſivit. III. Vendit ipſe priori venditori annuum cenſum in re, quæ jam ſua effecta eſt. Idem Gibal. *art. 3. num. 8. & 9.*

II. Diviſio cenſus ratione penſionis ſolvendæ eſt in pecuniarium, cujus penſio ſolvitur in nummis, & fructuarium, cum penſio in fructibus conſiſtit; & aliquando aſſignatur certus numerus, ſeu certa quantitas, ſive fructus eo anno colligantur, ſive non, v.g. tot vini amphoræ, tot tritici modii: aliquando vero aſſignatur quota pars fructuum, qui eo anno colligentur, ut tertia, quarta, & ſimiliter. Priori caſu cenſus dicitur certus, poſteriori incertus. Hic cenſus in Hiſpania non eſt receptus, Felician. 1. *de cenſib. 4. num. 15.*

Poteſt cenſus pecuniarius tranſire in fructuarium, ſi creditori prædium aſſignetur pro faciliiori exactione; & erit ſine labe uſuræ, etiam ſi fructus pecuniæ ſummam excedant, ob incertum proventum, *l. ſi ea pactione, loto, C. de uſur.* Covar. 3. *var. 7. num. 3.* Capyc. *decif. 159. num. 16.*

III. Diviſio eſt in Perpetuum, Temporalem, & Vitalitium. Perpetuus eſt, qui ſemper durat, ubi pecunia, quæ datur tota ſimul, poſtea per partes recipitur, ſed cum grandi acceſſione; nam cumulus, ſeu aggregatio omnium penſionum ſimul longe excedit pecuniam unica tantum vice ſolutam.

Temporalis eſt, qui pro numero certo annorum conſtituitur, & licite emitur minori etiam pretio, quam ſit cumulus omnium penſionum ſolvendarum; nemo enim unus daret ſimul mille aureos, ut per annos decem illa recuperaret, & ſingulis annis centum tantum reciperet, Molina *diſp. 386. num. 5.* Covar. 3. *var. 7. num. 4.* qui notat cenſum hunc in foro non eſſe receptum, & deciſum teſtatur Gratianus *cap. 141. n. 21.* quam.

quamvis oppositum dicat Anchar. *conf.* 30. n. 3. Socc. Sen. *trabr. de usur.* num. 103.

Vitalitius conferri potest in vitam emtoris, aut venditoris, aut alterius cujuscumque, consensu contrahentium designati, qui licitus est, non obstante quod pensiones solvendæ sint fortassis superaturæ pretium, quod datur, ut infra disputabimus, Binsfeldus in *cap. in civitate*, qu. 1. 2. de usuris, Salas *boc tit. dub.* 5.

Circa hunc censum plura notanda sunt. I. Sortem finito censu non repeti, sed omnino intelligi demortuam; quod idem esset in censu temporali, si alicubi reciperetur, Marin. 1. *resol.* 306. num. 5.

II. Æstimationem census vitalitii, si esset vendendus, varie defini-ri; nam si constitutus sit inter vivos, æstimatio desumitur ex textu in *l. si quis argentum*, §. in rebus, C. de donationibus, hoc est, ea faci-enda est pro annis quindecim; prorsus ut danda cautio sit, de sup-pleto, si citius moriatur, & de restituendo, si longius supervivat. Quod si constitutus sit in ultimis voluntatibus, æstimatio sit per an-nos 30. juxta textum in *l. hereditatum*, vers. solitam est tamen, ff. ad *l. Falcid.* Hæc omnia habes apud Afflictum *dec.* 34.

III. Maritum, qui censum vitalitium pro dote recepit, non obli-gari soluto matrimonio annuos redditus perceptos restituere; nam il-li redditus habentur ut fructus dotis, qui non restituuntur, sicuti nec obligatur restituere fructus, quoties in dotem usumfructum accepit, *l. cum in fundo*, ff. de Jure dotium, *l. usufructu*, ff. sol. matrim. Gutierrez *de tutel. par.* 3. cap. 35. contra Sarmiento apud Gratianum *cap.* 756. num. 6.

IV. Censum vitalitium perimi, extincta re, cui innititur, etiam si vivat is, cui debetur, Jas. in *l. 1.* num. 63. C. de S. Trinit. Albericus in *l. jubemus*, C. de Sacros. Eccl. Exemplo ususfructus, qui etiam si de-beatur quoad fructuarius vixerit, tamen si ante mortem res extingua-tur, perimitur etiam ususfructus, *l. corruptione*, C. de usufr.

Tandem in censu vitalitio licite convenitur, ut mutari possit de una in alteram personam æqualis & sanitatis, & ætatis, Filiucc. ad 2. *Decal. præceptum* cap. 21. dub. 6. num. 61.

IV. Divisio est ratione pacti; nam census aliquando est redimibilis, aliquando irredimibilis. In Regno nostro ex Bulla Nicolai redemptio nunquam relinquatur arbitrio emtoris, sed solum venditoris census, seu debitoris, qui & censuarius dicitur.

Notandum hic, divisionem census in Realem, Personalem, & Mi-litum, esse potius subdivisionem census consignativi, qui solum in has species dividi potest, cum reservativus sit tantummodo realis. Itaque realis est, cum constituitur super re aliqua, qua pereunte perit. Per-sonalis est, cum constituitur super ipsa persona, etiam si illi aliquando accedat hypotheca, quæ solum adjicitur, ut censualista sit tutus. Mi-litus

stus constituitur immediate super re , & persona simul , prorsus ut pereunte re , remaneat tamen obligata persona .

Census personalis ex Bulla Nicolai V. est illicitus , cum requirat rem stabilem. Vide Marin. 1. *resol.* 28. *num.* 5. Nihilominus in natura rei , & seclusa lege humana prohibente , liceret censum personalem emere ; quando persona , in qua census constituitur , esset aliqua ratione fructifera , hoc est , esset ejusmodi , ut vel aliqua bona habeat , vel industria sua , & labore , vel quapiam alia ratione posset aliqua acquirere , quibus censum solvat : alioqui inutilis foret hic census . Transiret præterea ad heredes pro viribus hereditatis . Vide Gibalinum *loc. cit. art.* 7. *num.* 3.

Ideo autem census reservativus personalis esse non potest ; quia nemo dominium suæ personæ , sicut rei suæ , in alium transferre potest , itaut reservet sibi annuam pensionem super suis laboribus , & industria , sive super rei suæ fructibus . Posset tamen census reservativus constitui in persona servi , cujus plenum dominium quis transferat in alium , reservata sibi pensione super ejus laboribus . Ita post Innoc. & alios Cencius *qu.* 4. *num.* 5. Duard. *loc. cit. q.* 23. Gibal. *art.* 3. *num.* 3.

Objicies I. Homini libero , & Civi Romano majori 25. annis licet ut patiatur se venundari ad pretium participandum , *l.* 5. *ff. de statu hominum* ; quod olim maxime erat in auctoratis , hoc est , in iis , qui se lanistæ , ut domino , corpus , animumque adducebant , jurabantque uri , vinciri , verberari , ferroque necari , & quidquid aliud lanista ob munus gladiatorium jussisset , de qua re vide Lipsium 2. *Saturnal. cap.* 3. & 5. Ergo etiam licitum erit personæ suæ in alterum transferre dominium , tanquam per auctionem , seu venditionem , censu reservato .

Sed respondemus , has venditiones esse hodie sublatas ex *Novella* 59. Leonis Imperatoris , qui jubet contractum esse inutilem , præterea venditorem , & emptorem liberi sanguinis fustigari , Salmasius *de modo usurarum* , *cap.* 19. *pag.* 860.

Objicies II. Potest quis se dare alteri in adscriptitium , itaut alienis agris colendis sit perpetuo addictus , uti servus , *l. diutius* , *C. de agricolis* , & *censitis* , *lib.* 11. Quare quod simile licebit pro censu reservativo personali facere .

Respondetur , adscriptitium in pluribus liberum manere , ut qui aliqua possidere potest , *l. bi* , *C. cit. tit.* præterea possunt ad ordines Ecclesiasticos promoveri , etiam domino nolente , quod servis non licet , *§. si servus* , *§. adscriptitios* , *auth. de Sanctiss. Episc.* Vide latius Gloss. in *d. l. diutius* , *v. intelligatur* .

An pactum commissi in Censu reservativo valeat .

Q U Æ S T I O I.

POne : tibi prædium meum frugiferum dedi , reservato mihi annuo censu , sub ea lege , ut res , in qua constitutus est census , ad me , qui contuli , redeat , si per certum tempus pensio mihi soluta non sit . Hoc dicitur pactum commissi , & quæritur an Jure subsistat.

Communis opinio est , pactum esse validum , & contractum rescindi , Covar.3. var.7. num.1. Molina disp.381.num.5. & disp.390. num.12. Ugolin. de usur. cap.43. n.3. Leotard. cod. tract. q.41. n.41. alique cum Gibal. art.3. num.1.

Probant id I. quia pactum istud nec est contra essentiam census reservativi , nec est injustum . Non est contra essentiam , quia ad eam non exigitur , nisi ut super tradita re cum pleno ejus dominio , quidpiam annuum , aut menstruum reservetur , ut colligitur ex *cap. constitutus , de relig. domib. & lult. C. de rer. permut.* Non est injustum , quia in emptione & venditione justum reputatur pactum , ut pretio intra certum tempus non restituto , res ad venditorem revertatur , *l. qui ea lege , C. de pactis inter emptorem* ; cui simile est pactum , ut non solutis intra certum tempus pensionibus , contractus in censu reservativo rescindatur . Hinc fit , ut conditio ista nec injusta , nec contra naturam contractus , ex placito contrahentium apposita , servanda sit , *lult. C. cit. tit.*

Hanc communem sententiam evertere conantur Felicianus *hoc tit. num.24. in præfatione* , & Rodericus 2. *de annuis redditibus qu.22. n.12.* sed alia , atque alia ratione . Nam Felicianus contendit ejusmodi conditionem esse contra substantiam census reservativi , cui essentialé est ne res , cui impositus est , incidat in commissum ob non solutam pensionem ; alioquin posita ea pactione transire in emphyteusim , & iidem cum ea legibus definiri , & regi .

Quod tamen non placet ; nam posito pacto commissi ob non solutam pensionem , non statim sequitur , censum istum transire in emphyteusim ; nam adhuc invicem distinguerentur ex plurimis , & præcipue ex eo , quod in emphyteusi non transfertur plenum jus , & dominium rei in emphyteutam , uti transfertur in censu in isto contractu . Nec verum est , ad ejus essentiam exigi ne res incidat in commissum , cum satis sit , ut super tradita re cum pleno ejus dominio , quidpiam annuum , aut menstruum reservetur , ut colligitur ex *cap. constitut. de religiof. dom. & ex lult. C. de rer. permutat.*

Alia

Alia via pactum istud impugnat Rodericus, scilicet, quia censui reservativo censetur appositum in fraudem usurarum, eo quod adjicitur quantitati.

Omnino tamen falsum est adjici quantitati, seu summæ, cum profus adjiciatur ipsi rei, in cujus traditione dominus quam libuerit conditionem justam adjicere potest, ex *d. l. ult. C. de pactis inter emptorem*. Quod patet exemplo ipsius emphyteusis, in qua pactum commissi ob non solutam pensionem apponi dicitur ipsi rei, non etiam quantitati; nec ulla hac in re est dispar ratio inter emphyteusim, & censum reservativum.

Possset etiam opponi ex Bulla Nicolai V. in censu hoc sortem esse demortuam; ergo nullo casu redire debet ad antiquum dominum.

Verum pro responsione dicimus, hoc quoque casu sortem de natura contractus haberi, ut demortuam domino; & solum ad eum redire ob culpam Censuarii, qui non solvit pensiones, ut debet. Posito enim, cum censualistæ rite facere satis, utique fors huic erit demortua. Ita simile est in emtione, cujus natura est ut dominium perpetuo jure in emptorem transferatur: & per accidens solum dicitur revocari, quoties ipse emptor pretium intra certum tempus statutum non solvit, *d. l. qui ea lege, C. de pactis inter emptorem*.

Ex his oritur altera difficultas, quare sit

Utrum in dubio contractus præsumatur Emphyteusis, an Census reservativus.

Q U Æ S T I O II.

THema est. Quis prædium alterius accipit cum onere solvendi tot annua; ita tamen, ut non exprimatur, utrum prædium habeat, ut recreet, vel melius & cultius reddat, quo casu citra dubium esset emphyteusis; an ut prædium transeat cum omni jure, & dominio utili, & directo; quippe tunc expresse erit census reservativus: ut dubium omnino sit de quo contracta ipsi contrahentes senserint: quæritur quid de jure statuendum sit.

Prima opinio est contractum in dubio haberi, ut censualem, ad evitandam pœnam commissi, quippe si haberetur, ut emphyteuticus, tunc ob non solutum canonem, res una cum emponematis ad dominum suum reverteretur, *l. 2. C. de jure emphyt.* e contrario si est censualis, censuarius retinet rem, & solum cogitur ad census solutionem. Ita Menoch. 3. *presumpt. 106. num. 3. Covarr. 3. var. 7. n. 1.*

Confirmant ex eo, quod in dubio interpretatio facienda est contra eum, qui potuit, & noluit se clarius explicare, *cap. contra, de reg. jur.*

in 6. cap. in presentia , de præbendis : at dominus in concedenda re sua , poterat suam mentem clarius aperire : ergo contra ipsum facienda interpretatio est .

Secunda opinio est contractum præsumi potius emphyteusim , quia in dubio favendum est domino ; neque ullo eo casu præsumendus est se omni rei suæ dominio abdicasse , Butrius *in c. 1. num. 68. de restit. in integr.*

Tertio alii docent , nullam certam , & universalem regulam tradi posse , sed ex variis conjecturis , & circumstantiis rem in singulis casibus definiendam esse , Duard. *l. c. qu. 13.* Gibalin. *art. 3. n. 1. sub fin.* nam si pensio , quæ solvitur , tenuis sit , præsumitur emphyteusis ; quia emphyteutæ ob devolutionem , & alia onera , quibus subsunt , tenuem semper pensionem proprietario præstant , *d. l. 2. C. de Jure emphyt. Paris. lib. 2. cons. 28. num. 50.* Ita quoque , si Ecclesia sit , quæ rem suam alteri concedat sub annua pensatione , ejus favore etiam emphyteusis censeretur , ad hoc , ut res per devolutionem facile possit ad Ecclesiam regredi , Butr. *loc. cit.*

De hypotheca Censuum consignativi , & reservativi .

Q U Æ S T I O III.

PRædium , ex quo census consignativus solvitur , intelligi pro ipso censu hypothecatum constat inter omnes , itaut quoties censuarius annum redditum non solvit , possit actione hypothecaria prædium ipsum conveniri , etiamsi in alienas manus tranferit . Quod probatur ex *l. Imperatores , ff. de public. & vectigal.* ubi Papin. hæc habet : *Imperatores Antoninus , & Severus rescripserunt , in vectigalibus ipsa prædia , non personas conveniri ; & ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere , eoque exemplo actionem , si ignoraverint , habituros .* Et licet in eo textu sermo sit de publicis censibus , nulla tamen adest ratio , cur idem in censibus privatis locum habere non debeat . Idipsum aliqui colligunt ex mente Summorum Pontificum , ut Martini V. in *extrav. regimini , de emt. & vendit.* ubi habetur , censum constitui in stabilibus , quod etiam voluere Calixtus III. Pius V. & Nicolaus V. quasi ex eo , quod in fundo res constituitur , vel ex fundo , seu de fundo debetur , statim sequatur fundum pro ea esse hypothecatum . quod argumentum infirmum esse , demonstravimus in *tract. de pign. & hypoth.* ex *l. fin. §. 1. ff. de contrab. emt.* ubi L. Titius , qui promisit de fundo suo annuam præstationem , ipse convenitur , non etiam fundi possessor , licet ei venditus fuerit his verbis : *Quo Jure , quave conditione prædia*
Lucii

Lucii Titii bodie sunt, ita veniunt, itaque habebuntur; hoc est, præstationem de fundo faciendam nullam inducere hypothecam, Gomez 2. var. 15. n. 21. quod etiam est, si super fundo constituatur; nullo enim Jure probatur particulam *super*, hypothecam inducere, quidquid velit Gigas de pensionib. qu. 51. nu. 1.

Est tamen hic notandum, hypothecam duplicis esse generis. Una enim regularis est, quæ obligationem personalem supponit, quæ personalis obligatio remanet, etiam re hypothecæ supposita extincta, *l. sicut, l. Lucius, ff. quibus modis pign. solvitur, autb. hoc si debitor, C. de pignor.* propterea post rei obitum, debitor ad solutionem cogitur, ex *l. cum notissimi, C. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

Altera est irregularis, quæ extincta re extinguitur, non modo ipsa, sed actio etiam personalis: quod quia est contra Juris regulas, propterea irregularis hypotheca appellatur. At e contrario extincta personali actione ob mortem debitoris, & defectum heredis, quia res hypothecata superest, remanet cum ea realis actio, *l. intelligere debes, C. de luit. pignoris*, ubi dicitur, vincula pignoris durare, personali actione submota.

His positis, hypothecam census esse irregularem dicimus: quippe re censita extincta, obligatio personalis perit, itaut debitor, ipsiusve heres amplius ad census præstandos non sit obligatus, ut patet ex Bulla Pii V. claus. 8. ibi: *Re in totum, vel pro parte perempta, vel infructuosa in totum, vel pro parte effecta, volumus pro rata perire. Si vero pro uno anno sit infructuosa, non perit census, si compensetur ubertate aliorum annorum.*

Hinc I. fit, possessorem rei censitæ actione hypothecaria posse directo conveniri; ut ei non liceat opponere, ut reus principalis excutiat, quæ tamen exceptio in hypotheca regulari licita est, *l. 1. §. si heres, C. ad Trebell.*

II. Re censita pluribus per partes vendita, dominum census, actione hypothecaria quemlibet in solidum convenire posse, ne Jus creditoris facto debitoris deterius reddatur, Marin. 1. resol. 13.

III. Debitorem non conveniri, re extincta, quamvis hypotheca regulari remissa obligatio personalis remaneat, *l. 2. C. de luit. pignoris*, Bartolus in *l. si pignus, ff. fam. ercisc.*

Dubium tamen est, num hæc eadem locum habeant in censu reservativo? Et difficultas oritur ex eo, quod super re propria dominus servitutem, aut hypothecam in sui ipsius utilitatem constituere non potest, siue suam sibi rem oppignorare, ut alio loco probavimus ex *l. pignus, ff. de reg. juris*, & ex *l. in rem propriam, ff. de ver. obl.* Id tamen verum est, quando ea res ejusdem domini manet, secus quando dominus ejus rei dominium in alium transfert, quo casu cum rem eam sibi hypothecat, res aliena hypothecæ supposita dicitur, ut patet ex eo, quod prædii venditor po-

test

test id prædium sibi hypothecare, donec pretium solutum sit, Gibatín. *art. 3. n. 2.* qui notat, hanc hypothecam non intelligi inductam, quamvis dicatur censum solvi debere ex fundo, vel de fundo, aut super fundo, ex *d. l. fin. §. 3. ff. de contr. emt.* nisi præterea accedat mens promittentis, & contrahentis ex variis circumstantiis conjicienda.

Hæ circumstantiæ sunt I. si reditus promissus ex fundo, vel de fundo, sit ad alimenta, quorum favore hypotheca inducta censetur: quod idem esset, cum reservatur pensio ex fructibus beneficii, Gigas *de pensionibus* p. 51. Garfias *de pension.* q. 9. n. 5.

II. Si pensio ex fundo, vel de fundo legata sit; cum enim in legatis interpretatio fiat ex bono, & æquo ob exæquationem cum fideicommissis: propterea ea verba hypothecam inforunt, Duard. *loc. cit.* qu. 16. num. 15.

III. Quando pensio perpetua est, Negus. *de pign. par. 2. membr. 4. num.* 164. Verum rigore Juris attento hæc satis infirma esse demonstravimus in *tract. de pignorib. & hypothecis, discussione de hypotheca alimentorum*; quare cautius agat Censualista, si expresse rem censitam sibi pignori supponat.

Utrum in emtione Censui consignativi necessaria sit pecunia numerata.

Q U Æ S T I O IV.

HÆc difficultas locum non habet, cum titulo donationis, vel in ultima voluntate Censui constituitur; sed tunc solum, cum titulus onerosus est. Et complurium opinio est, Censum consignativum nonnisi nummis comparari posse, qui a censualista censuario numerentur. Ita Gomez *de censib.* c. 3. n. 12. Navarr. *de usur.* num 88. Mastrill. *dec.* 99. num. 8.

Hujus opinionis argumenta sunt I. quia ita expresse habetur ex Bulla Pii V. apud Navar. c. 137. num. 24. & apud Gerdon. *lib. 4. qu. 7. c. 3. n. 4.* quippe in ea inter ceteras census condiciones habetur hæc, ut pretium census solvatur in pecunia numerata coram Notario, & testibus; quare cum ea abest conditio, contractus erit nullus, quod etiam in Regno nostro locum habere debet, cum id in Bulla Nicolai V. non sit emendatum.

II. Quia census consignativus constituitur per emtione, & venditionem, ut apud omnes constat, & habetur etiam expresse in Bulla Nicolai. Sed venditio sine nummis dici non potest, ut receptum est ex Nervæ, & Proculi sententia in *l. 1. §. sed verior est, ff. de contrab. emt.* quippe aliter non emtio, sed permutatio est, nec quod datur pre-

pretium est, sed merx, *l. 1. ff. de rer. permutatione*. Ergo in hoc censu pecunia numerata necessaria est. Hinc est, quod Cencius numeratam pecuniam pro forma census exigi dixerit in *p. 2. c. 1. qu. 1. art. 6. n. 13.*

His non obstantibus, alii in contrarium nituntur, docentes, constituto de vere existente debito antecedente, reali, omni fraude remota, recte, valideque censum constitui. Exemplum esto, Titius filiam nuptui tradens mille dotis nomine Cajo genero promittit, ita ut jam verus debitor sit. Potest jam pro iis mille, quæ debet, censum annuum super prædio, quod habet, Cajo constituere; absque eo, quod ea mille solvat Cajo, qui deinde ea iterum adnumeret Titio in pretium census. Et hæc sententia usu recepta est, Galeota *1. contr. forens. 68. n. 53. Castill. lib. 2. dec. 140. Farinac. dec. 286. num. 5. Petra ad Rit. 20. num. 14. in fine.*

Sed quo Jure id fiat, non una est DD. opinio. Quidam putant hic novationem inductam censeri, ut qui debet ex causa dotis constitutæ, novando intelligatur ex causa census debere.

Id tamen nullo modo stare potest, & qui ita dicunt, nullo modo quid novatio sit, intelligunt; non enim novatio est, cum debiti titulus, sive causa mutatur, sed cum antiqua obligatione manente, quid novi circa eam inducitur, vel mutando personam debitoris, ut si quod tibi Sejus debebat, a Titio dari stipulatus sis: vel eadem persona manente, in posteriori stipulatione, aut conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur, §. *præterea, quib. mod. tollitur obligatio, l. 1. ff. de novation.* Cum ergo horum nihil in proposita specie fiat, utique novatio non erit.

Itaque rectius alii, hic eam traditionem fictam, quæ brevis longæque manus dicitur, locum habere tradunt. Quam rem in jure nostro non satis claram, præ omnibus explanare operæ pretium est; non enim omnes quid sit brevis, & longa manus, intelligunt. Nam Hotomanus ad *l. 6. C. de donat.* ita inter longam, & brevem manum distinguit, ut brevi manu id tradi dicat, quod recta de manu tradentis transit in manum accipientis; at vero longa manu, cum quis absens absenti per nuncium, vel per procuratorem mittit. Dionysius vero Gothofredus in *l. pecuniam, ff. de solut. credit.* longæ manus vocabulo intelligi oculum, & affectum, quibus possessio rei quandoque apprehenditur: quod etiam dixerat Cujac. ad *l. 2. feudorum, tit. 3.* qui desumit id ex *l. 1. §. pen. ff. de acq. poss.* ubi Paulus ait, possessionem oculis quandoque apprehendi. Quæ omnia palam absurda sunt.

Nos dicimus, brevem manum esse, cum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad secundum, a secundo ad tertium, unica tantum sit, seu vera, seu ficta. Manifestum id est ex Ulpiano, qui inter Jurisconsultos solus de brevi manu mentionem habuit in *l. licet §. 1. ff. de jure dotium*, ubi si quis debitori marito lic acceptum ferat, ut velit mu.

mulieri donatum, videtur brevi manu acceptum a muliere, & marito donatum. Ecce hic a primo, scilicet creditore, datum tertio, qui est maritus, brevi manu quod tradendum erat a creditore mulieri (quæ hic est secunda) & ab hac marito. Similes casus habentur in *l. hæc ratio, §. fin. ff. de donat. inter vir. in l. 2. §. cum vero, in l. qui id §. fin. ff. de donat. in l. singularia, ff. de reb. credit. & in l. quod meo, §. si venditorem, ff. de acq. poss.*

Longa manus idem est cum brevi: quod inter tot Juris Interpretes solus Acc. recte vidit in *d. l. pecuniam*, ubi tantum longæ manus mentio habetur: ait enim ibi Jabolenus, rem mihi debitam si in conspectu meo ponere te jubeam, finge super mensam, efficitur, ut tu statim libereris, & mea esse incipiat, & quodammodo longa manu tradita existimanda est. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu, qui es primus, tradere debebas mihi secundo rem debitam; quam ego secundus super mensam, quæ est tertia, ponere debebam. Sed non ita actum est; verum tu primus super mensam, quæ est tertia, posuisti, quæcum per brevem manum diceret Ulpianus, sed Jaboleno placuit longam manum appellare. Uterque recte, cum ad diversa respexerint; nam brevis ideo dicitur, quia duæ manus seu traditiones restrictæ sunt, & veluti migrarunt in unam: longa e diverso, quia una manus, seu traditio tantum valet, quantum si duæ factæ manus essent.

Ceterum quandoque res non a secundo tradita intelligitur tertio, sed iterum primo, ut in *§. interdum, de rerum divisione*; veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, postea dotis nomine dederit, nam sine nova traditione, tibi rei proprietates acquiritur. Fingitur enim te rem creditori ex causa commodati restituisse, & hunc rursus tibi ex causa dotis tradidisse.

Jam, ut ad rem nostram regrediamur, simile quid in specie proposita accidisse intelligendum est, nimirum, ut primus debitor ex causa dotis fingatur pecuniam genero solvisse, qui iterum focero eam adnumeret, censum consignativum emendo. Ne ergo inutiles tot traditiones fiant, debitor pecuniam, quam post solutionem recepturus erat, retinet apud se, sed ex alia causa, tanquam venditor, & fingitur solvisse tanquam dotans. Ex quibus facile patet, quid argumentis in contrarium oppositis, respondendum sit; præsertim quia Bulla Pii apud nos recepta non est.

Hic tamen notandum est, ad venditionem census non satis esse si fides de pretio habita sit, cum exigatur pecuniæ adnumeratio sive vera, sive ficta, jam exposita, ut in *Extrav. Martini V. & Callisti III. sub tit. de emt. & vendit. Pratus 8. contr. for. 29. num. 7.* Præterea nec satis esse confessionem de recepto, si pretium revera receptum non probetur, prorsus ut nec iurejurando exceptioni non numeratæ pecuniæ queat renunciari, Capyc. Lat. 1. consult. 70. num. 34. Staib. 1. contr. forens. 64. num. 6. Rovit. ad pragmat. 1. de censib. n. 14.

Ex

Ex his plura colliguntur . I. Ex tertiis census vitalitii non solutis posse constitui censum perpetuum , Zacch. q. 28. num. 20. Salgad. in *Laberinto creditorum*, par. 1. cap. 20. num. 27. Petra ad *Ritum* 237. n. 36.

II. Tertias decursas in censu perpetuo , & non solutas posse in sortem , seu capitale converti , ut inde annuus etiam census exigatur , *Mastrillus decis.* 262. *Rovitus loc. cit.* num. 18.

III. Censum posse constitui ex reali nomine debitoris , *Rodriquez de ann. reddit.* q. 13. num. 35. Petra ad *ritum* 237. num. 25.

IV. Ex mutui debito censum posse constitui , si fors intelligatur demortua apud debitorem , *Parisi. cons.* 75. num. 33. vol. 4.

Tandem recte emi censum tradendo venditori apocham bancalem , quæ vim pecuniæ numeratæ , & solutionis habet . Quod verum est , cum pecunia revera est apud mensarium , seu in banco , *Marin. to. 3. alleg.* 84. num. 22. *Capyc. Latro 2. consultat.* 150. num. 7. *Leotard. de usur. quæst.* 59. num. 40.

An Census omnis sit redimibilis.

Q U Æ S T. V.

EX Bulla Nicolai ad censum licitum constituendum , opus est , ut apponatur pactum de retrovendendo quandocumque ad libitum debitoris , non etiam emtoris . Ex quo apparet semper licitum esse censuario censum redimere , constituto eodem pretio , quoties libuerit . Quodd idem expresse voluit Pius V. ubi statuitur , nec pactum quodvis in contrarium , nec præscriptionem obstare . Quare damnantur omnes census perpetui irredimibiles ; ut propterea licet pactum de redimendo appositum expresse non sit , tamen subintelligatur , *Ugolin. de usur. cap.* 45. §. 10.

Legis hujus ratio est , quia durum & contra publicam utilitatem esse videtur , ut quis sub onere census perpetuo manere cogatur , nec ab eo unquam se liberare possit ; cum e diverso facultas liberandi se , suaque , favorabilis in Jure sit , *Glossa in l. ult. C. de pactis pignor.*

Sunt tamen , qui Summorum Pontificum mentem ita interpretantur , ut non omnes census irredimibiles damnent , sed eos tantum , qui non emuntur pluri , quam redimibiles ; e.g. census , ubi deni aurei in singulos centenarios redduntur , redimibiles sunt ; at si minus reddatur , poterunt ex pacto irredimibiles fieri . Ita *Lessius 2. de Just.* 22. num. 42. *Molin. disp.* 385. & 391. *Novar. de usur. num.* 98. qui hos census ubique receptos fatetur , cum in eis nulla sit usuræ suspicio : imo nec injustitia , si justo pretio emantur , ut late probat *Conrad. de contract.* qu. 82. maxime ex eo , quod fors perpetuo , & omnino alienatur , sine

ulla spe recipiendi, ut in censu redimibili accidit.

Hinc tamen fit, ut in dubio census fere semper existimetur redimibilis, cum pro libertate standum sit, Molinæus *de commerc. qu. 20. num. 212.* nisi forte ex pretio aliud statuendum sit. Vide Covarr. 3. *usur. 20.* Binsfeld in *cap. in civitate, de usur. qu. 13.* Alia de redemptione census sup loco dicemus.

An Census consignativus sit injustus, & usurarius.

Q U Æ S T I O VI.

Multa sunt, quæ nonnulli contra censum consignativum realem comminiscuntur, eum ut usurarium, vel saltem ut injustum danantes, ut Salyc. in *auth. ea lege, C. de usur.* Joan. Andr. in *cap. in civitate, de usuris.* Henriquez *quodlib. 8. qu. 12.* quibus præter alios adhæsit Hotom. 2. *observ. 15. & disput. de usur. cap. ult.* Aibernos apud Salas *de censib. dub. 2. n. 6.* qui proterve addit, Constitutiones Pontificias censum hunc permittentes, peiores multo esse omnibus Romanorum legibus, quæ usuras, & sœnus permittebant; eo quod majus lucrum ex censibus creditores capiant, quam ex mutuo. His accedunt hæretici Salmasius, & Molinæus, qui non alia de causa hunc contractum licitum esse contendunt, quam quia usuras non esse prohibitas existimant.

Sed notandum hic est, quæstionem non esse de censu, qui legato, donatione, aut alia simili causa gratuita constituitur, in quo neque usura, neque injustitia fingi potest. Non usura, quia nullum in eo reperitur mutuum sive formale, sive virtuale, sine quo usura esse non potest. Non injustitia, quia nulli facit injuriam, qui rei suæ gratuito alteri concessæ conditionem, aut servitutem ex se minime turpem imponit. Tota igitur controversia est in censu per emtionem, & venditionem constituto, maxime pecuniario.

Superiorem sententiam probant I. ex capite usuræ; quippe in censu consignativo, etsi mutuum formale non sit, cum constituatur per contractum emendi, & vendendi, est tamen mutuum virtuale. Quod ajunt manifestum fieri ex eo, quod in mutuo formali datur a creditore pecunia debitori, qui obligatur ad eam pecuniam creditori reddendam cum incremento supra sortem. Sed hoc ipsum usuvenit in censu consignativo, quia pecunia, qua ut pretio census emi dicitur, non remanet apud venditorem, utpote qui eam, quam totam simul accepit, reddit deinde emtori per partes cum grandi incremento supra sortem. Ergo in ipso est mutuum virtuale. Unde ista emtio juris exigendi pensiones annuas, est pallium usuræ, cum sit tantum emtio juris ad exigendam suam pecuniam

cuniam per partes , & cum multo fœnore .

Probant II. ex capite injustitiæ , etſi detur in eo mutuum virtuale non contineri ; quia in contractu emtionis , & venditionis , ne injustitia incurratur , neceſſe eſt , ut adſit æqualitas inter rem emtam , & pretium ejus . Sed in emtione cenſus conſignativi nulla poteſt poni æqualitas inter pretium , & rem ; nam cumulus omnium penſionum cenſus longe , lateque excedit in ſuo aggregato pretium , quod ſolutum eſt , ut patet . Ergo hic contractus injuſtus eſt .

His tamen minime obſtantibus , communis Catholicorum ſententia eſt apud Salas *d. dub. 2. num. 3.* & Leotard. *qu. 43. de uſur.* in cenſu conſignativo neque ullam uſuram , neque ullam injuſtitiam latere , quamvis cenſus perpetuus ſit , nec redimibilis . Quæ utique ſententia tenenda eſt , accedente ſuffragio Summorum Pontificum , Martini V. Calixti III. Nicolai V. Pii V. Gregorii XIII. qui omnes ſuis conſtitutionibus cenſus , qui haberent conditiones , quas ipſi præſcribunt , tanquam juſtos approbarunt . Sicut autem Adverſarii duplici ex capite hunc contractum rejiciunt , ita nos e contrãrio duplici etiam ex capite admittemus , & quia non uſurarius , & quia juſtus .

Inquantum ad primum caput , quod in eo nullum mutuum , nec virtuale inſit , probatur , quia inter cenſum conſignativum & mutuum duplex adeſt diſcrimen . I. quia in mutuo obligatur mutuarius reddere ſortem , ſive poſt præſinitum tempus , ſi ita conventum ſit , vel certe quando mutuator eam repetierit , *l. cum quod , ff. ſi certum putat.* Secus vero eſt in hoc cenſu , ubi emtôr nunquam poteſt pretium repetere , nec venditor ad ipſum reddendum invitatus adſtringi poteſt . Deinde in mutuo fors nunquam perit , quocunque alio pereunte : at in cenſu , pereunte prædio , vel re alia cenſui ſubjecta , non manet amplius obligatus cenſuarius ad cenſum præſtandum , neque ad pretium primo datum . Cum ergo una , & altera ſit diſcriminis ratio inter mutuum , & cenſum conſignativum , conſequens eſt , ut in eo neque mutuum virtuale , neque ulla uſura poſſit comminifci , ut fuſius notat Roderic. *1. de redditib. qu. 4.*

Ubi præterea notandum eſt , in cenſu pecuniario dari pecuniam loco fruſtuũ ; non enim datur tanquam redditio ſortis , ſed tanquam pretium fruſtuũ , ad quos jus emtum fuerat , ut patet ex eo , quod cenſus ſuper re frugifera , ſeu fruſtuofa debet conſtitui ; itaut ſi res in totum , vel pro parte reddatur infrugifera , etiam cenſus ex toto , vel ex parte pereat , ut Bulla Pii V. *clauſ. 8.* Quare hiſ caſibus præter contractum cenſualem , quo Jus ad fruſtus percipiendos emitur , videtur etiam permutatio quædam adſeſſe ; quæ ideo inducta , & recepta eſt , quia pecunia , cum certa ſit , & invariabilis , aptior multo eſt , ut ſecundum illam conſtituatur valor penſionis , quam in fruſtibus , quorum valor perpetuo mutatur , Gibalin. *art. 6. n. 4. in fine.*

Quod pertinet ad secundum caput Justitiæ, probatur ex pluribus.
 I. ex comparatione census consignativi cum usufructu. Quare notandum est, usumfructum magnam habere affinitatem cum censu isto; utrumque enim est facultas, seu Jus percipiendi fructus alicujus agri, manente proprietate in alio; & sicut usufructus est pars quædam Juris, quod in suum prædium dominus habebat, qua se abdicat, quamque in alium transfert; ita & census pars ejusdem Juris est, quod dominus habebat. Quo posito dicimus, quod sicuti usufructus quamvis longissimi temporis Juste emitur finito pretio; etiam si aggregatus omnium fructuum longe excedat pretium, quod pro eo emendo solutum fuit, *l. necessaria, §. ult. ff. de pericul. & comm. rei venditæ*; ita a pari census licite, & Juste emetur eo pretio, quod longe excedat cumulus omnium pensionum simul. Ratio hujus rei est, quia fructus illi, ut sunt in potentia, minoris æstimantur, quam si præsentesset, & simul omnes existerent; longa enim illa temporis expectatio in communi omnium existimatione, valorem rei recipiendæ minuit.

Quamvis autem usufructus ita censui consignativo similis sit, cavendum tamen est a Cardinali de Lugo in hoc tractatu, qui docet, censum hunc non esse, nisi emtionem partis usufructus prædii, in quo census constituitur. Nam si census esset usufructus partialis, utique morte finiretur, & in extraneum, idest, in eum, qui prædii dominus non est, cedi non posset, *§. ult. de usufr.*

II. Quia, uti Salas *loc. cit.* advertit, inter emtorem, & censuarium etiam alio ex capite æquitas potest considerari: sicut enim venditor censuarius ad infinitas ferme pensiones obligatur, absolute quidem, si census redimi ex pacto non possit: aut certe sub conditione, si census redimi possit, at ipse non redimat; ita e diverso emtor ad infinitam veluti incommoditatem obligatur, cum semper in eo periculo versetur, ut census re pereunte pereat, & quam pecuniam totam simul solvit, non repetat, nisi per magna intervalla. Quæ utique æqualitas injustitiam commutationis tollere videtur.

Verum hæc responsio non multum aridet Gibalino *art. 6. num. 4.* ex eo præcipue, quod exhausta prima summa, & forte, fas deinde non esset aliud & aliud ejus emolumentum in infinitum recipere; veluti, qui censum mille nummis emit, ubi per decennium suam sortem recipit, jam dici potest extra omne periculum positus, ut propterea quidquid deinde exigat, inæqualem contractum, & perinde injustum redderet. Itaque rejecta hac Salas explicatione, standum omnino est rationi primo loco adductæ, quæ satis abunde communem sententiam tuetur.

De re, quæ censui subjicitur .

C A P. III.

IN re, quæ census materia esse debet, tres omnino conditiones ex Bulla Pii V. exiguntur, nempe, ut sit immobilis, frugifera, & certis finibus designata, quibus deficientibus censualem contractum illicitum, & usurarium declarat. De his in præsens videndum est.

Primo igitur in materia census exigitur, ut sit immobilis, vel saltem ut pro immobili habeatur, ut est de Juribus quibusdam perpetuis, quæ immobilibus cohærent. Quam conditionem de natura rei, seclusa lege positiva, affirmant omnes, qui censum personalem maxime reservativum, ut illicitum de sua natura improbant, contra quos supra disputavimus. Idque confirmatur maxime ex eo, quod Nicolaus V. contractus censuales, quibus bona mobilia obligantur, & censui subjiciuntur, approbat, servata pretii æqualitate. Unde rectius hanc immobilitatem esse censui essentiali negant Sot. 6. *de Justitia* q. 1. art. 1. Medina in *C. de restit.* q. 11. Conradus *de contract.* q. 74. & q. 85. *concl.* 13. Valentia 2. 2. *disp.* 5. q. 22. Salas *de censib. dub.* 7. num. 4. alique.

Neque obstat Bulla Pii V. qui non exigit materiam census immobilem, nisi quia loquitur de censu perpetuo, qui utique collocari nequit in re mobili; quæ perpetua non est, quamvis longissimi temporis esse possit. Quare hac distinctione uti debemus, ut census perpetuus de natura sua rem perpetuam exigit, ut est, quæ immobilis est, vel pro immobili habetur: vitalitius vero, seu temporalis recte in re mobili constituitur, quæ etiam temporalis est. Unde vulgo apud nos recepti census sunt vitalitii in pecunia numerata constituti; nam potest quis mille trapizitæ dare, ut is sibi centum annua tribuat in censum, quot usque vixerit.

II. In materia census exigitur, ut sit frugifera. Hanc conditionem, sublata lege positiva, ex natura rei exigi docent Fach. 2. *contr.* 44. Gutierrez 2. *præf.* 177. num. 5. De Lugo *disp.* 27. num. 70. alique, ea ratione, quia census est Jus percipiendi fructus ex aliqua re, quamvis deinde loco fructuum substituatur pecunia; ut jam diximus in *cap.* 2. q. ult. eapropter hoc Jus nequit consistere in ea re, quæ nullos fructus ferre potest.

Alii tamen putant, fecunditatem in re censui subjecta non exigi de natura census, sed solum ex lege Pontificia, prorsus ut ubi Bulla Pii V. non viget, ibi census in re non frugifera queat constitui, ut e. g. proprietarius recte vendit alteri censum super fundo, cujus usum fructum donavit, Et probatur ex Bulla Nicolai, quæ permittit censum

con.

constitui *super rebus & proprietatibus suis*. Quippe res suas vocat, in quibus plenum dominium quis habet: proprietates vero, in quibus alter usumfructum obtinet, quæ propterea ipsi proprietario, qui censum vendit, infrugiferae sunt. Ita Sotus 6. *de just. qu. 5. art. 5.* Covarr. 3. *var. 7. num. 5.* Azor. 3. *par. lib. 10. cap. 6. qu. 4.*

Hoc dissidium componere nituntur Salas *dub. 7. difficult. 3.* & Duard. in *Extr. Pii V. §. 1. qu. 43. num. 4.* hac scilicet distinctione adhibita, ut si ematur census, sive Jus ad percipiendos fructus ex re aliqua, aut ad quidpiam æquivalens, pensionem v.g. pecuniariam, res ea opus est, ut frugifera sit, super qua tale Jus constituitur. Et hæc est propria ratio census. E diverso si ematur Jus quidem ad certam pensionem, sed pro ejusdem pensionis solutione obligetur dumtaxat res aliqua, & veluti pignori subjiatur, nihil opus erit rem hujusmodi esse frugiferam, sed infrugifera sufficet. Verum tamen est, hanc non esse propriam census rationem, ita ut res potius hypothecata, quam censita dicenda sit.

Ex his resolvitur & alia quæstio, an res censita debeat ferre tot fructus, qui exæquent pensionem illi impositam, seu censum.

Communis opinio est, eam exæquationem fructuum, & census omnino necessariam esse. Ita passim Canonistæ cum Panorm. in *cap. in civitate, de usur. Navar. de usur. num. 79. & 85.* Sylv. *v. usura, qu. 12.* Bonac. *de contract. disp. 3. q. 4. punct. unic. num. 20.* Aragon. 2. 2. *quæst. 8. art. 4.* Nam cum res natura sua debeat esse frugifera, utique ratione illius excessus pensionis solvendæ supra fructus, frugifera non est. Et notant præterea, ex quantitate fructuum deduci debere expensas in fructibus illis colligendis faciendas, quia fructus non censentur, nisi qui deductis expensis superfunt.

Alii tamen hanc fructuum cum censu exæquationem servandam esse negant, ea nixi ratione, quia in constitutione census obligatur simul venditor cum omnibus suis bonis: quocirca licet res censita, non sit capax omnium illorum fructuum, valebit tamen contractus, etiam in quantum ad eum excessum census supra fructus, ad quem se obligavit debitor. Ita ergo si census in viginti annua consistat, & res non ferat, nisi quindécim, pro hac summa intelligetur obligata res censita, pro reliquis quinque persona saltem debitoris, Conrad. *de contract. quæst. 88. concl. 12.* Covarr. 3. *var. 7. num. 6.* Sotus 6. *de just. qu. 5. art. 1. coroll. 1.* Fachin. 2. *contr. 43.* Gratian. 1. *discept. 41. num. 26.*

Verum placet hac in re distinctio, quam refert G ball. in *c. 6. art. 11. num. 7.* si enim agamus de censu misto, in quo una cum re persona censuarii obligatur, ut propterea ex una parte realis, ex altera personalis sit, non opus ut res censita sit capax totius pensionis solvendæ: quippe excessus intelligitur constitutus super ipsa persona, quæ eum ex aliis suis bonis vel saltem ex suis laboribus solvet. Quod quidem erit iis in
10.

locis, ubi census personales, vel saltem misti recepti sunt.

At si loquamur de censu pure reali constituto super re frugifera, ut ex illa solvatur, sive percipiatur pensio, debet res fructus tot ferre, quot ad pensionem illam solvendam sunt satis; ita tamen, ut si fundus minores fructus ferat, contractus non sit ex toto invalidus, sed solum in excessu, quo pensio constituta fructus rei censitæ superat, ex regula, quod utile per inutile non vitiatur, ubi possunt invicem separari, seu res dividua est, *cap. utile, de reg. Jar. in 6. l. 1. §. sed si, ff. de verb. sig. l. placuit, ff. de usur. l. 114. ff. de verb. oblig.* Ita donatio excedens summam 500. solidorum sine insinuatione non vitiatur, nisi in excessu, *l. sancimus, C. de donationibus*. Census autem de sua natura dividuus est, & in partes separabilis, ut argumentum est, quod re censita pro parte pereunte, pereat census non in totum, sed pro ea tantum parte, quæ perit, ut in Bulla Pii V. Bald. in *cap. 1. num. 15. de Jurejur. Cencius q. 36. Duard. in §. 1. q. 47. num. 25.*

III. In materia census exigit Pius V. ut ea nominatim certis finibus designetur, hoc est, ut nomen rei illius expressum sit, & confinia designata sint, scilicet ut de re censita certo constare possit, si quando adversus tertium possessorem agendum sit: aut si quærat, utrum res censita perierit, & una cum ea census: aut utrum frugifera sit, & capax pensionis solvendæ: & tandem an verus sit ille census, an mutuum & usura super ficta re, & specie latens; nam possem mutuam pecuniam alteri dare sub usuris; ne autem usuræ apparerent, super re ficta censum a debitore, tanquam a venditore, constituere mihi facerem. Ut ergo fraudi cuicumque obviam eatur, cavit Pius V. ut res certis finibus demonstraretur; ita tamen, ut ex mente S. Pontificis hæc demonstratio per aliud æquivalens suppleri possit, ut sæpe a Rota Romana judicatum referunt Cencius *q. 46. Duard. §. 1. q. 60. Leotard. q. 58. num. 10.* voluit enim validum esse censum in prædio urbano, vel rustico, nullis expressis finibus impositum, si is, qui censum vendidit, unam domum in ea urbe, vel unum prædium in ea regione habuit, quia tunc expressio loci, vel regionis facit, ut certo constet de re censita, & menti S. Pontificis satisfiat.

Verum, quia in Bulla Nicolai hæc tertia conditio de certis finibus non habetur, hinc multo magis in Regno nostro validus erit contractus censualis, cum nulla confinia demonstrantur, si tamen constet de quo fundo contrahentes senserint. Cum enim census constitutio, de quo agimus, venditio quædam sit, ut Summi Pontifices affirmant, iisdem regulis, quibus venditio, regi debet, spectato Jure communi, ubi nihil in contrarium expresse constitutum sit. At firma & valida est de Jure communi venditio, ubi constat de quo fundo contrahentes consenserint, etiamsi nominatim expressus, & certis finibus descriptus non sit, *l. Titius, ff. de actionib. emti*, ubi dicitur: *Facta venditione*
jur.

Fundi, nullis expressis finibus, ex eo contractu præstandum est, quod contrahentes sensisse intelligantur. Concordant textus in *l.63. §. 1. ff. de contrab. emt. in l.certum, ff. de reb. credit. in l.1. §.ult. ff. de dote prælegata.* Ergo quia nihil in nostro Regno de hac re in contrarium statutum est, inde fit, ut idem in censu venditione servandum sit.

Idipsum erit, si falsi fines assignati sint, aliunde tamen constet de certo fundo, quia neque falsa confinia venditionem irritam faciunt, *l.18. §. si servus, ff. de contrab. emt.* vel etiam, si in nomine fuerit erratum, cum de corpore constat, *l.9. §. 1. ff. cit. tit.* vel erratum sit de nomine regionis, in qua fundus positus est, *l.35. §. 2. ff. de legat. 3.* Quippe ex falsa demonstratione venditio non vitiatur, sicuti nec vitiatur legatum, *l.17. ff. de condit. & demonstrat.*

Ex his patet, posse quem censum constituere alteri super universitate bonorum, nullis rebus sigillatim, & expresse designatis; cum enim possit quis vendere omnia bona sua etiam futura, ut colligitur ex *l.1. §. 1. ff. pro dote, & ex l. mulier, ff. de Jure dotium, Gomez. 2. var. 2. num. 4.* consequens est, ut possit vendere redditum aliquem super omnibus quoque bonis suis, seu Jus percipiendi eum annuum redditum, quod Jus est census.

Confirmatur I. ex Constitutionibus Martini V. & Callisti III. qui permittunt censum constitui in hereditatibus. Ergo sicuti potest heres constituere censum super hereditate sibi relicta, quæ universum Jus defuncti continet, *l. patrimonii, ff. de usu, & usufr. legato, l. nihil aliud, ff. de verb. signif.* ita poterit moriens super omnia bona sua similem censum constituere: & non solum moriens, sed etiam consequenter quilibet alius, etiam inter vivos. Nulla quippe ratio disparitatis assignari potest.

II. Confirmatur ex Bulla Nicolai, quæ generatim census constitui permittit *super rebus & proprietatibus, ac facultatibus & emolumentis earundem.* Ubi super rebus simpliciter dicit; & rerum nomine comprehenditur quidquid in nostro patrimonio est: præsertim cum addat & proprietates, & facultates, & emolumenta. Ita post Conradum, Medinam, Valentiam, & alios, docet Salas *dub. 7. Reginald. lib. 25. num. 415. de Lugo disp. 27. num. 67. cum seq.* Et cum Theologis consentiunt Jurisperiti, Covarr. 3. var. 6. num. 5. & seq. Gaill. 2. obs. 7. num. 13. Martin. de Jure census cap. 4. num. 10. Sarmiento 7. select. 1. num. 26. Leotard. de usur. qu. 58. num. 39. Duard. §. 1. q. 51.

Sed in contrarium post Novar. Lessium, Rebell. aliosque nititur Cencius qu. 40. qui putant ex natura rei non posse censum constitui super universitate bonorum.

I. Probant ex Bulla Pii, qui negat expresse posse censum generatim super omnibus bonis constitui. Quod tamen minime urget; quamvis

vis enim hoc verum sit iis in regionibus, ubi constitutio Pii recepta est, non tamen inde sequitur id verum esse de natura rei; propterea quod Greg. XIII. in gratiam Sicularum, constitutionem Pii V. emolliens, inter alia, quæ Pium constituisse ait, ad Justitiam horum contractuum minime necessaria, numerat hanc impositionem super re certa. Verba Gregorii sunt: *Literas ediderit (nempe Pius) quibus illud in primis caveretur, ut census non generaliter super omnibus bonis, sed specialiter super re certa imponatur, atque in eisdem ad justitiam contractus minime necessaria constituerit, &c.* In quibus Gregorius declarat, & non esse de natura rei censum constitui super re certa, & posse in Regno nostro, & in Regno Siciliæ censum super bonis omnibus generatim constitui.

II. Probat, quia aliter emtor dicti census nullum subiret periculum rei emtæ, quia semper haberet censum suum, & redditum tutum, & certum, contra textum in l. 1. ff. *de peric. & comm. rei venditæ*.

Pro responsione dicimus, nihil ob stare, quin census super omnibus bonis constitutus pereat, cum illa omnia bona perire possint. Verum tamen est, quia census hic difficilius perit, propterea majus pretium in hujus census emtione exigi, quam si super una aliqua re sit constitutus: alioqui contra Justitiam commutativam peccaretur, ut Duard. & de Lugo *loc. citat.* notant.

Hinc fit, multo magis valere censum, qui constituatur super unico fundo designato, addita clausula, *Et super omnibus, & singulis bonis venditoris*; quamvis enim Rota apud Cencium declaraverit, Censum valere solum in certo fundo, non item in reliquis bonis, quia utile per inutile in rebus dividuis non vitiatur; tamen id intelligendum est juxta constitutionem Pii V. quæ in Regno nostro non viget. Quare Greg. XIII. Siculis permittit: *Ut in censuum emtione & venditione* (verba S. Pontificis sunt) *prius unius, vel plurium rerum certarum, super qua, vel quibus census ipse constituitur expresse, & deinde, si voluerint, omnium bonorum in genere mentio fiat.* Quæ verba intelligenda sunt, tam si omnium bonorum mentio fiat ad faciliorem census exactionem, atque ad ejus securitatem, atque hypothecam pro evictione census, & solutione pensionis; quam si ut census intelligatur super omnibus omnino bonis constitutus; jam enim probatum est, census super omnibus alterius bonis recte emi posse, servata pretii æqualitate.

IV. In materia census, præter jam dictas condiciones, quæ in Bula Pii expressæ sunt, a DD. exigitur, ut sit propria ejus, qui censum constituit, & vendit: alioqui census super re aliena, sine consensu domini constitutus, invalidus erit, Novar. *de Usur. num. 118. & 131. Sotus 6. de Justitia, q. 5. art. 1. concl. 2. de Lugo disp. 27. de Justitia, Leq. tard. de Usur. q. 55. num. 2.* aliique communiter.

Quod probatur ex pluribus. I. Quia in constitutione census ven-

M m m

ditur

ditur Jus percipiendi fructus ex re aliqua : sed tale Jus cum venditur in re aliena , nullum est ; cum enim illud non habeat venditor , ipsum in e mentem transferre non potest ex *l. nemo plus* , ff. de reg. Juris . Ergo nihil venditur , seu venditio nulla est , & fictitia ex *l. 8. ff. de contr. emt.* Quare hoc casu census nullus est ex ipsa natura rei , & non ex aliqua tantum lege positiva , quæ prohibeat censum in re aliena constitui.

II. Quia ex census impositione constituitur onus , & Jus reale super re censita , quod ipsi inhæret , uti jam diximus . Sed nemo potest imponere onus , aut Jus reale rei , cujus dominus non est , *l. 6. C. si res aliena pignori data sit* , *l. 1. ff. de pignor. l. 26. ff. de pigner. act.* Et quidem hæc est ratio , cur res aliena pignori nequeat subijci : propter quam eandem rationem nemo potest rei alienæ servitutem imponere , *l. 2. ff. de servitut. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* nempe servitutes sunt Jura , qualitates , & onera prædiorum , *l. quid aliud* , ff. de verb. signif. *l. qui bona* , §. 1. ff. de damno infecto . Quare nec fructuarius , qui interdum loco domini est , *l. 4. ff. de usufr.* potest rei servitutem imponere , Cujac. ad *l. 2. ff. de servitut.* Ergo neque census imponi in re aliena potest , qui gravissima servitus est .

Objicies : res aliena valide vendi potest , incscio , & invito domino , quanquam deinde res emtori a domino auferri possit , *l. 28. ff. de contr. emt.* Ergo multo magis vendi potest annuus redditus , hoc est , census , super re aliena ; quippe in venditione hoc tantum agitur , ut res vendita , ejusque vacua possessio tradatur emtori a venditore ; qui propterea non tenetur rem facere accipientis , sed duntaxat eviſionem præstare , si res forte a domino ablata sit emtori , *l. ex emto* , §. 1. ff. de act. emti , *l. 1. ff. de rer. permut. l. si ita* , ff. de contr. emt.

Sed respondemus cum Gibal. *cap. 6. art. 1 l. num. 18.* negando paritatem ; propterea quod licet res aliena vendi possit , non tamen super eadem re Jus alteri potest vendi . Disparitatis ratio est , quia ad emtionem sola rei traditio satis est , seu vacua rei possessio , ut ex citata lege patet , & notat Cujac. in *l. 28. ff. de contr. emt.* Quæ quidem traditio res facti est : constat autem rem alienam tradi posse , & ejus possessionem in alium transferri , quia eam possessionem venditor habet . Secus est in imponenda obligatione , in qua debeo Jus tribuere illi , cui eam obligo , quod Jus cum non habeam , nihil omnino trado , aut vendo emtori . Hinc est , quod licet rei alienæ venditio consistat , illius tamen oppignratio nulla sit , *l. aliena* , ff. de pign. act. *l. 2. C. de crim. stellion. l. 2. & 6. C. si res aliena pignori data sit* . Unde recte Cujac. in *l. 1. ff. de pignorib. ad Papin.* dixit : *Solius domini est pignori obligare : vendere non est solius domini , sed etiam possessoris* . Cum ergo in censu constituen- do non agatur de possessione in alterum transferenda , quam venditor rei alienæ habet , sed de transferendo Jure , quod venditor non habet , ideo Jure merito constitutio census in re aliena nullius omnino momenti est .

Con-

Confirmatur, quia sententia, quæ ait, rem alienam distrahi posse, dura & iniqua est, ut probatur ex *l. 1. C. de comm. rerum alienatione*, ubi venditio rei communis ab uno ex sociis facta, *satis illicita* appellatur; ut propterea nequeat ad alios casus etiam ex majori ratione extendi, cum scilicet venditur Jus in re aliena; quamvis hoc minus esse videatur, quam rem ipsam vendi.

Quod dictum est producitur, ut nec census in re aliena constitutus valeat, etiamsi dominium rei post constitutum censum a venditore fuerit acquisitum; quippe ex regula Catoniana, quod ab initio non valet, tractu temporis non reconvalescit, ut recte observant Duard. *loc. cit. qu. 25. num. 19. & Cencius q. 14. num. 15.*

E diverso restringitur, si in re aliena, domino consensiente, census imponatur; nam consensiente domino, res aliena pignerari potest, *l. 20. ff. de pign. act. l. 1. & l. ult. C. si res aliena pignori*: potest etiam in ea servitutis onus imponi, *l. cum essent, §. ult. ff. de servit. rustic.* Ita Novar. *de usur. num. 131. Salas dub. 21. Molina disp. 394.*

Verum dominus deinde ad pensiones annuas persolvendas non erit obligatus, sed venditor, in cujus commodum dominus super re sua censum constitui promisit; prorsus ut dominus hoc casu nihil fecisse intelligatur, nisi prædium suum commodasse, ut quandiu ipse manet, venditor censum persolvat, nisi interim redimatur. Aliter officium, quod dominus isti venditori præstitit, illi damno esset, contra textum in *l. 7. ff. quemadmodum testam. l. 61. §. quod vero, ff. de furtis, l. 20. ff. mandati.*

Præterea potest dominus contra creditorem agere, ut se indemnem servet: sicuti qui pro alio fidejussit, aut sua bona obligavit, petere etiam ab eo potest, ut servetur indemnus. Id, quod provenit ex natura obligationis pro alio susceptæ, *l. Lucius, ff. mandati*, ubi & illud notatur, in quantum ad tempus, quo debeat fieri hæc liberatio, Judicem æstimaturum, & Judicalem quæstionem esse, id est, ex Facto, non ex Jure pendere.

Tandem hic domini consensus potest etiam post censum constitutum accedere, per ratihabitionem, quæ retrotrahitur, uti contingit in pignore rei alienæ, quod valere dicit Paulus, ubi deinde dominus illud ratum habuit, ex regula quod ratihabito æquiparatur mandato, *d. l. 20. ff. de pign. act. l. si fundus, §. l. ff. de pignor.* Ita supracitati DD.

Hæc tamen mihi locum habere posse videntur, ubi census personales recepti sunt, non etiam ubi mere reales vigent; quippe ad censum realem constituendum opus est, ut annui redditus ex fructibus rei censitæ persolvantur, quorum fructuum loco substituitur sæpe pecunia numerata, juxta ea, quæ supra diximus. Cum ergo in specie proposita pensio, seu redditus non afficiat rem, sed personam ejus, qui nec fructuum dominus est, nec eos sibi capit, ut censualistæ solvat, conse-

quens omnino fit, ut hic census personalis potius dicendus sit, quam realis, prorsus ut prædium potius sit in obligatione, seu hypotheca, quam in censu. Quod etiam patet ex eo, quod si prædium esset in censu, utique prædii possessor posset pro censu conveniri, cum census onus reale sit: quod supracitati DD. negant, qui communiter affirmant pro censu non obligari, nisi solum ipsum venditorem.

C O R O B O R A T I A.

Plura sunt, quæ ex hæcenus disputatis facile colliguntur. I. In officiis, & militiis, quæ in cujusque dominio, & patrimonio sunt, & ad heredes transmitti possunt, & certos annuos fructus ferunt, censum constitui posse; præsertim, quia hæc pro immobilibus habentur, *l. 25. ff. de æst. emti, l. ult. §. præterea, C. de Jure dotium, Bonius hoc tit. a num. 80. Leotard. q. 46. num. 14.*

II. Quia furni etiam immobilibus accensentur, & ex illis proveniunt annui capiuntur, præsertim si furni publici sint, & indictivæ coctionis, nihil prohibet, quin censui queant subjici. Secus est de clibanis, qui furni mobiles sunt, & de loco in locum transferuntur, Gibalinus *cap. 6. art. 12. consuetario 1. in princ.*

III. Censum super Jurisdictione recte constitui, ut in ea, quam Baro in re feudali habet: quippe Martinus V. expresse Baronibus permittit, ut super suis dominiis census imponant: quod tamen permissu Regis intelligendum est. Et probatur, quia Jurisdictio habet omnes conditiones, quas Pius V. exigit; habetur enim ut immobilis, cum cohæreat territorio: habet quoque fructus, qui singulis annis recurrunt; estque etiam certis finibus ratione territorii, cui cohæret, definita, Felicianus *lib. 2. hoc tit. cap. 3. num. 36.* Bonius, & Leotardus supracitati.

IV. Idipsum esse de molendinis. Et quidem de molendinis aquariis, quæ in ripis fluminum, & ad præterfluentem aquam ædificantur, docet Navar. *de usur. num. 118.* Felic. *d. cap. 3. num. 37.* Hering. *de molendinis, q. 73. num. 12. & 16.* nam quia solo cohærent, immobilium loco habentur; quare & in feudum & in emphyteusim dari poterunt, neque a tutore sine decreto Judicis alienari debebunt, ut communiter opinio est apud Leotardum *qu. 45. num. 21.*

Hoc quoque est de molis jumentariis, quæ per asinos, & jumenta ad exprimendum ex oleorum baccis oleum, vel ad frumenta terenda circumaguntur in pistrinis; hæ enim sunt res soli, & domus ipsius portio quædam, DD. in *l. impensa, ff. de verb. signif.* Nec aliud Juris est in mola trusatili, quæ scilicet manu trusa circumagitur.

Molæ etiam alatæ, seu velares, cum earum turres solo cohæcant, immobilium Jure censeri debent, idem Hering. *quæst. 80. num. 40.*

num.40. & 42. Propterea non solum in ipsis census potest constitui, sed etiam feudum, Rosental *de feud. cap.4. concl.4. num.1.*

Quæres, an res censita novo censui subjici possit? Et inter censum reservativum, & consignativum distinguendum est. Nam qui prædium suum alteri dedit in censum reservativum, utique nequit super eo censum alium constituere; quia censuando nihil sibi Juris, aut dominii in re illa retinuit, præter Jus percipiendi pensionem sibi reservatam; quare nequit alteri novum Jus super eo prædio constituere ex *l. nemo plus, ff. de reg. Juris.*

Illud solum poterit super censu sibi reservato, alteri censum vendere; quippe census super censu constitui potest, ut est communis opinio ex Bonac. *de contract. disp.3. qu.4. punct. un. num.16.* Marefcott.3. var.10. num.33. Ferdinandus a Castro *de Justitia, disp.6. punct.23. §.1. num.5.* de Lugo *de Just. disp.27. num.64.* Et ratio est, quia census inter immobilia connumeratur, & fructus fert. Vide Duard. in *const. Pii V. §.1. q.35.*

Quod si agamus de censu consignativo, tunc solum constitui super re jam censui subjecta potest, cum fructus illius huic novo oneri sufficiunt; quandoquidem res censui subjicienda debet esse libera, & oneris, quod ipsi imponitur, capax; alioqui tamquam infrugifera erit habenda, Tolet. in *summa lib.5. cap.45. num.2.* Bonac. *loc.cit.* Gutierrez 2. qq. *Can. q.176. sub finem*, Scaccia *de commerc. §.1. q.1. num.178.* Duard. *d. §.1. q.6. num.16. & qu.47. num.21.* contra Cencium *q.39. n.2. & seq.*

De personis Censum constituentibus.

C A P. I V.

OMnes, qui possunt res suas alienare, possunt easdem censui subjicere, propterea quod census alienationis species est ex *cap.1. & 2. de emt. & vendit.* Hinc fit, ut qui censum constituit, non solum sit dominus opus est, sed etiam, ut liberam rerum suarum administrationem habeat, ut mox in progressu patebit: & præterea opus est, ut rem liberam habeat, non alteri hypothecatam, aut obnoxiam; eo quod emtor census facile ab eo, qui priorem hypothecam habet, posset repelli, ex quo censum amitteret; præsertim si censuario alia bona non suppetant, unde censualistæ fieri satis posset: neque censualista habebit actionem ullam contra eum, qui rem ut sibi prius obnoxiam vindicavit. Itaque si quis super re minime libera alteri censum vendat, pluribus emtori succurritur actionibus.

I. Enim agere potest ad rescissionem contractus, & ad pretium solutum

lutum repetendum ; nam semper pretium ex Juris censura intelligitur datum ad emtionem census super re libera: quare re non existente libera, pretium revertitur ad dantem; ex regula, datum ob causam, causa non sequuta repetitur, *tot. tit. ff. de condict. ob causam, & tit. de condict. causa data, causa non sequuta*. Ita Novar. *de usur. num. 118*. Duard. §. 1. q. 5. num. 4. & seq.

II. Potest contra venditorem agere, ut fundum censitum liberet, aut censui consentire faciat eos, qui habent potiora Jura in fundum; quippe venditio rei non liberæ, aut etiam alienæ valet in præjudicium vendentis, Scaccia *de commerc. §. 1. q. 1. num. 182*. Roderic. 2. *de annuis redditibus q. 7. num. 7*. Itaque in odium venditoris rei alteri obnoxia, dum de onere tacet, duæ licet contrariæ, conceduntur actiones, vel ut rescindatur venditio, vel ut valeat, sed res libera præstetur.

III. Potest emtor agere ad omne id, quod interest, rem non esse liberam; exemplo ejus qui emit rem vitiosam a domino, qui vitium tacuit; agit enim, ut sibi reficiatur id, quod interest, *l. Julianus, ff. de act. emti*.

Ita quoque si censuarius rem censitam vendat, venditio quidem valida erit, rescindi tamen potest ab emtore, vel peti, ut sibi ab omni onere libera præstetur, Molina *disp. 389. num. 6*. His positis, de personis ipsis in specie videamus.

Proprietarius.

Diximus jam qui nudam rei proprietatem habet, non posse verum in re censum constituere, sed solum posse eam velut hypothecæ subijcere, prorsus ut census ex fructibus reliquorum bonorum præstandus sit; atque ita intelligi debere constitutionem Nicolai, ubi ait, censum recte constitui in rebus & proprietatibus. Verum quia Cencius q. 14. & Duardus §. 1. *qu. 11. num. 5*. omnino affirmant, dominum solius proprietatis rei, verum censum super ea re posse constituere, ideo clarius nostra conclusio probanda est.

Itaque dicimus in re, cujus quis nudam proprietatem habet, vendendo censum, nihil vendit. Ergo ficta venditio est. Probatur antecedens. Non venditur ipsa proprietas, quia ea apud eundem remanet: non venduntur fructus, quia non proprietarii, sed usufructuarii sunt: non venditur Jus ad fructus eos percipiendos, quia proprietarius eo Jure caret, & eapropter in alium transferre non potest. Ergo nihil vendit. Quocirca videtur dicendum sub ea ficta venditione latere mutuum, & solum fieri ad usurarum velamen.

Cum vero ait Cencius, ex Bulla Pii exigi simpliciter rem frugiferam, super qua census constituatur, non autem dici, opus esse, ut ip-

ipsi vendenti censum frugifera sit; id utique ineptum est, & contra mentem S. Pontificis, qui ideo rem frugiferam esse voluit, ut ex his fructibus pensio solveretur: propterea censuario debet esse frugifera; ut ex ipso Cencio patet, qui censum definivit, Jus esse percipiendi annuam responsonem extrahendam ex fructibus rei. Quod quidem fieri non potest, ubi qui vendit censum nec fructuum, nec Juris in eos fructus dominium habet ..

Usuarius..

Qui nudum usum habet, nullum in eo censum constituere potest, quia nudus usus sine fructu est, cum sit Jus alienis rebus, quantum sibi necesse est, utendi, salva rerum substantia; *l. 1. & l. 10. cum duab. seqq. ff. de usu & habit.* Hinc neque pignori potest opponi, *l. videamus 1. §. pen. & l. ult. ff. de usur.* Cujac. 15. obs. 6. sic multo magis nec vendi, aut locari, aut donari, aut quo alio modo transferri in alium ab usuario potest, *l. 10. §. si usus, ff. communi divid. l. 11. ff. de usu & habit.* Ergo neque in eo potest Usuarius censum constituere, Felician. 2. de censib. cap. 4. num. 6.

Usufructuarius..

Hic super ipso usufructu seu Jure utendi fruendi potest censum constituit, si Jus istud fruendi super re immobili fundatur, veluti prædio; nam possumus etiam uti frui servis, & pecoribus, census autem super re immobili, vel quæ pro immobili habentur, constitui debet, juxta ea, quæ supra disputavimus. Cum ergo usufructus immobilis sit, & præterea frugiferus, nihil ei deesse videtur, quominus censui subijci possit. Verum quia usufructus morte fructuarii finitur, census super illo constitutus non erit perpetuus, sed vitalitius, vel certe temporalis, quandiu scilicet Jus utendi fruendi in fructuarii persona permanebit. Ita Bonius *hoc tit. art. 23. num. 49.* Duardus in §. 1. *qu. 24. num. 4.* Riccius *coli. 41.* aliique passim.

Hæc tamen sententia difficultate non caret. Nam Jura distinguuntur in realia, & personalia. Illa sunt, quæ rebus ipsis inhærent, non personis; quæ de causa in heredes & successores transeunt, & in feudum dari possunt, uti sunt Jura piscationis, pastionis, vectigalium, & id genus alia, Rosental. *de feud. cap. 4. conclus. 2. num. 2.* Ita e contrario sunt, quæ personæ inhærent, & cum ea extinguuntur, nec in heredes transeunt, cujus generis est usufructus, qui servitus personalis est,

l. 1.

*l. 1. ff. de servitutib. & morte usufructuarii extinguitur, l. Statius Flo-
rus, §. Cornelio, ff. de Jure fisci.* Ex quibus apparet, ad censendum Jus
aliquod inter immobilia, non esse satis, ut in re immobili fundetur,
quod Auctores prioris sententiæ opinantur, sed præterea opus esse, ut
ipsi rei cohæreat, non personæ, & cum illa extinguatur, non item eum
istâ; ita enim Jus reale, & immobile dicitur. Ita Leotard. *de usur.*
q. 51. num. 24. cum seq. Ugolinus *de usur. cap. 44. num. 15.* quos sequitur
Gibalinus *cap. 6. art. 14. consuetario 2.* qui his positis, ita argumentantur.
Census realis (nam de hoc quæstio est) nequit nisi in re stabili, sive Ju-
re reali, quod pro stabili habeatur, constitui: sed hujusmodi non est usus-
fructus, qui Jus personale est, imo a nonnullis etiam personalissimum
dicitur: ergo recte in eo census nequit fundari.

Addit Molina *1. de primogenitura, cap. 19. num. 1.* censum semper
tangere proprietatem, quæ hypothecatur censualistæ, etiam si census
super usufructu constitui dicatur. Cum ergo fructuarius proprietatem
pignori opponere non possit, *l. si rem, & l. rem alienam, ff. de pigner.*
act. l. qui prædium, & l. ult. C. si res aliena pignori data sit; hinc fit,
a fructuario censum super usufructu non recte constitui.

Ita nec super meliorationibus, seu emponematis, & accessionibus
rei, quos ipse fructuarius fecit, & curavit, potest ullum censum impo-
nere; quia usufructuarius non magis eorum, quam ipsiusmet fundi
dominus est; cum emponemata, seu meliorationes cedant solo, *l. adeo,*
§. ult. ff. de acq. rer. dom. l. 21. ff. de pign. act. Covar. 1. var. 8. num. 4. Itaque
census super istis meliorationibus ab usufructuario constitutus, in re
aliena constitutus dicitur, ac proinde nullus, Cencius in *additionibus*
ad qu. 25. num. 10. qui ita in Rota Romana decisum refert.

Feudatarius, seu Baro.

DE potestate Baronis in censu constituendo non una est Doctorum
opinio; nam quidam tradunt censum constitutum valere, sed
tamdiu esse duraturum, quamdiu Baro feudo utetur fruatur, Clarus
§. feudum, q. 37. Martinus *cap. 4. de censibus, num. 89.* Cencius *q. 21. n. 10.*
¶ seq. ex communi sententia Ferdinandus a Castro *de Justitia, disp. 6.*
punct. 23. §. 4. Et moventur eadem ratione, qua volunt fructuarium pos-
se in Jure utendi fruendi censum constituere. Alii tamen negant cum
Feliciano *lib. 2. cap. 4. num. 19.* Marefcotto *3. var. 10. num. 60. ¶ seq.*

Verum hæc difficultas tolli non potest, nisi ipsa feudalia Jura
inspiciamus, tam de Jure communi, quam Regni nostri.

Igitur Jure communi Feudorum invalide census super feudo con-
stituetur a Barone, incio, aut invito domino; cum enim illo Jure feu-
dum neque alienari neque obligari a vasallo, sine Principis venia queat,
cap.

cap. imperialem, de probibita feudi alinatione per Federicum, & census alienationis species fit, & præterea includat rei censum hypothecam, inde fit, non posse censum a Barone sine domini consensu in feudo valide constitui. Idipsum est de Jure Regni nostri ex *constitutione Constitutionem diuæ memoriae*, ubi omnis etiam alienatio in re feudali concepta, siue venditio, siue donatio sit, siue hypotheca, siue quævis alia diminutio, prohibetur, infcio, vel invito domino.

Hoc tamen inter utrumque Jus interest, quod de Jure communi contractus est statim nullus, & Baro feudo privatur: at in Regno nostro nec feudum amittitur in pœnam, nec contractus est nullus, sed tantum invalidus, quem ipse Baro ut injustum revocare poterit, non suo Jure, sed auctoritate Magistratus, Theodorus *alleg. 96. num. 21*. Sed si Regis assensus intra biennium a die celebrati contractus impetretur, contractus consistet, Anna in *d. constitut. num. 135*.

Hinc ergo fit, non posse vendi annuos redditus super re feudali sine consensu domini directi, *pragm. 4. §. 5. de feudis*: atque ita intelligenda est constitutio Martini V. qui Baronibus census super dominiis suis imponere posse permittit. Notat tamen Follerius ad *pragm. 1. de censib.* si Baro vendat censum super feudo sine voluntate domini, sed ex propria pecunia solutionem promittat, eam venditionem valere. Quod tamen falsum omnino est, quia semper feudum dicetur saltem hypothecatum pro solutione census; & hypotheca de Jure novissimo Regni nostri nequit sine Proregis consensu feudo imponi, *pragm. 22. de feudis*, *Marin. 2. resol. 32*.

Emphyteuta.

Sunt qui docent, emphyteutam esse prohibitum super emphyteusi censum alteri constituere, Bonacina *de contrahib. disp. 3. q. 4. punct. un. num. 120*. Azor. 3. *par. lib. 10. cap. 7. qu. 4*. Ugolin. *de usur. cap. 44. num. 4*. Scaccia *de commerc. §. 1. q. 1. num. 187*. Gratianus 5. *discept. forens. cap. 903. num. 3*. Et moventur ex eo, quia emphyteuta nequit sine domini consensu emphyteutim alienare, *lult. C. de Jure emphyt.* Ergo neque illi hypothecam, aut aliud onus imponere potest; propterea quod probibita alienatione rei, prohiberi quoque intelligitur ejusdem rei obligatio, ut oppignratio, & subjectio, *lult. C. de reb. alien. non alien.* Cum igitur census & onus sit, & rem hypothecæ opponat, consequens fit, ut census super emphyteusi nequeat a domino utili imponi.

Est tamen contraria opinio magis communiter recepta, scilicet emphyteutam rei emphyteuticæ censum imponere posse, secluso tamen directi domini præjudicio; hoc est, si quo casu emphyteusis finiatur, redeatque Jure devolutionis ad dominum directum, libera a censu per

emphyteutam imposito redibit, Cencius q.22. num.8. Redoanus de reb. Ecclesiæ non alien. rub.16. num.20. Rodericus de annuis redditibus lib.1. q.3. num.7. Boerius decif.181.num.7. alique cum Leotard. de usur. q.51. num.10.

Et probatur, quia emphyteusis eas omnes habet conditiones, quæ ad materiam census exiguntur, cum sit frugifera, & præterea stabilis; non enim emphyteusis est Jus personale, ut ususfructus, qui re extincta perimitur; sed Jus reale est, & perpetuum, quod dominus directus auferre non potest, nisi vel ob pœnam, vel ob lineam finitam, cap.7. de reb. Eccl. alien. vel non.

Næque obstat, emphyteutæ alienationem prohiberi; nam quamvis verum sit, sub alienationis prohibitione censeretur etiam obligationem prohibitam, id tamen intelligamus oportet, quando leges specialiter obligationem non permittant; ita enim in d.lult. C.de reb.alien. Justinianus loquitur: *Nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas aliquid tale permiserit*. Jam emphyteutæ permissum est emphyteuticum prædium pignori, atque hypothecæ subicere ex l.tator, §.ult. ff.de pignor. act. ubi dicitur: *Etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed etiam superficialium, quia hodie utiles actiones superficialiis dantur*, Faber de error. pragmat. dec.63.er.8. & nos late in tract. de pignorib. ubi de hypotheca expressa disc.5. Unde communis opinio est, emphyteutam posse emphyteusi servitutem imponere domino irrequisito, Rodericus d. lib.1. qu.3. Peregrinus de fideicom. art.40. num.113. Molina 1. de primogen. cap.20. num.2. in quarum servitutum numero est etiam ususfructus, quem in re emphyteutica constitui posse, patet ex l.1. ff. quib. modis ususfr. amittatur, ibi: *Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali, vel superficiali jure constitutus, capitis diminutione amittitur*. Nihil igitur causæ est, cur in eadem re census constitui non possit.

Unde est etiam, quod ex venditione census super re emphyteutica constituti, nullum debetur laudemium; quia id debetur ob consensum, quem dominus directus præstat pro alienatione rei; at in census constitutione, nullus exigitur domini directi consensus, ut jam probatum est. Ita DD. apud Burgium de laudem. par.2. inspect.20. num.27. Rodericus lib.3. qu.4. num.4. Gutierr. de Jur. confirm. par.1. cap.3. Faber in C. tit. de Jure emphyt. def.72.

Ex his colligit Duard. §.1. q.12. num.30. emtorem census, qui sciebat rem, super qua constituitur, emphyteuticam esse, idque se ignorare finxit, ut posset deinde discedere a contractu, & pretium repetere cum redditibus, usuram committere; propterea quod non habuit animum emendi, sed fœnerandi; eoque tenebitur pensiones exactas aut in sortem computare, aut restituere.

Libellarius, & Superficiarius.

Libellus, sive libellarius contractus est conventio de re utenda fruenda data in perpetuum sub annua paucorum denariorum pensione, & ab emphyteusi in tribus differt, primo, quia libellus certis temporibus, v.g. vigesimo quoque anno innovatur, numerato certo pretio boni viri arbitratur, quod non est in emphyteusi; secundo quia datur emphyteusis, ut res recreetur, & melior reddatur, quod onus in libello non est: tertio, quia emphyteusis inconsulto domino vendi non potest, cum aliud Juris in libello sit. Ita DD. apud Azor. *par. 3. moral. lib. 10. de emphyteusi*, cap. 1. qu. 4. Vide Negus. *de pignor. par. 2. memb. 2. n. 51.* & Cujacium ad *lib. 1. feudorum*, tit. 2. qui duas alias addit differentias, & quod emphyteusis nonnunquam ad tempus, libellus semper in perpetuum concedatur, cap. 1. *de alienat. feudi*; & quod in libello est commissio locus post biennium, sicut in locatione, cum in emphyteusi triennii cessatio exigatur. Et dicitur libellus a brevi scriptura, quam exigit; quippe brevis scriptura libellus dicitur: unde in constitutione Lotharii habetur, *libellum, vel aliud instrumentum*. Alii tamen a libella deducunt, quæ fuit minuti nummi Romani genus, quem idem cum asse putat Scioppius in *paradox. ep. 15.*

Quoniam ergo libellus perpetuus est, & frugiferus, & præterea vendi, & obligari potest, inde fit, ut super re libellaria recte census constituatur, Felician. *lib. 2. cap. 4. num. 24.* Duard. in §. 1. q. 13. modo in concessione libelli alienatio & obligatio prohibita non sit; quod patet etiam in emphyteusi solet apponi.

Superficies hic est, quidquid alieno solo ex domini consensu inædificatur, sive domus sit, sive vinea, olivetum, aut quid tale, cujus ipse superficiarius utilis dominus esse intelligitur: quocirca ea ferme omnia, quæ soli domino concessa sunt, superficiario quoque permittuntur, ut novum opus nunciare, l. 3. §. si ego, ff. de novi operis *nunciatione*: ita & servitutem in superficie imponere, & eandem superficiem acquirere, l. 3. ff. de *servitutib. l. 1. in fine*, ff. de *superficiebus*: ita quoque pignori, vel hypothecæ dare, l. 13. §. in *superficiariis*, ff. de *pignorib. l. etiam*, ff. qui *potior. in pignor.* & si in possessione turbetur, se defendere interdicto, Uti possidetis, l. 1. §. *proponitur*, ff. de *superficiebus*, l. 3. §. 7. ff. *uti possidetis*. Et demum superficiem donare, & legare ei permissum est, d. l. 1. §. 7. ff. de *superficiebus*.

Ex quibus patet nihil esse causæ, cur idem in superficie censum constituere non possit, maxime, cum superficies res immobilis, & frugifera sit, ex l. 44. §. 1. ff. de *oblig. & actionib.* Hic tamen census non durabit, nisi quandiu durabit Jus superficiarii, uno excepto casu, quo

superficies ea lege concessa sit, ut liceat superficiario in ea exedificare in perpetuum; tunc enim census erit omnino perpetuus, ut ipsius superficiarii Jus.

Prohibitus alienare.

Varia in hac re est DD. opinio. Quidam enim putant; venditionem census in re, quæ alienari prohibita sit, Jure validum esse, quamvis Jus percipiendi fructus revera in emptorem non transferatur, Marefcott.2. var.61. Quod probant ex eo, quia prohibitio alienationis non impedit venditionem, sed dominii translationem, sine qua translatione venditio consistit. Valida itaque erit venditio census in præjudicium venditoris, qui ad id, quod interest, & ad evictionem tenebitur emptori, l.1. & 11. §.1. ff.de act. empti, l.contractus, C.de fide instrum.

Communis tamen sententia est, in re alienari prohibita censum invalide constitui, aut vendi, utpote quæ neque pignori, neque servituti subijci recte potest, l.f. C. de reb. alien. Et ratio omnium est, quia in pignore, & in servitute oportet Jus aliquod in re constitui, quod rem attingat, ut loquitur Ulp. in l.fed etsi lege, §.si tamen, ff.de petit. hered. quod Jus in alium transferre non potest, qui alienare prohibitus est, d.l.f. Cum ergo in venditione census opus sit Jus aliquod in re constitui, & in alium transferri, ut jam supra dictum est; hinc fit, ut is, cui rei alienatio prohibita est, censum in eadem re constituere non possit.

Ad argumentum contrarium respondet Felician. lib.1. cap.4. n.9. distinguendo inter venditionem aliarum rerum, & venditionem census, quæ longe inter se differunt. Quippe in omnibus aliis venditionibus, res, quæ venditur, vel jam existit, vel certe futura speratur in rerum natura, ut si vendam fructus, qui ex fundo meo nascentur. Secus vero est in venditione census, in qua res, quæ venditur, ipsa venditione creatur, cum antea neque existeret, neque extitura speraretur. Hinc fit, ut venditio aliarum rerum, quamvis ex alienæ sint, aut certe alienari prohibitæ, valeat; cum enim res, quæ venditur, existat, utique vacua ejus possessio tradi alteri potest: quod unum in ceterarum rerum venditione exigitur, l.si ita, ff.de contr. empt. At vero in venditione Juris census, quod ipsa venditione creatur, nihil est, quod tradi possit, ubi res aut aliena est, aut alienari prohibita.

Quod si dicas, hanc venditionem census in re, quæ alienari prohibita est, ideo validam esse, quia venditor conveniri potest actione ex empto ad restitutionem pretii, & ad id, quod interest emptoris, ut sæpe decidit Rota apud Cencium, & tradit Salas hic dub.7. Duard. in §.1. q.7. num.41. & 44. Bonac. de contractib. disp.3. q.4, num.8. Respondemus

mus hæc quidem vera esse, non tamen inde probari, constitutionem census validam esse; nam & liberi hominis venditio invalida est, & tamen emtor potest ex emto agere ad id, quod interest, *l. liberi*, ubi Gloss. *ff. de contr. emt.* Ratio est, quia actio ex emto est bonæ fidei: & propterea ex bono, & æquo conceditur in eo etiam casu, quo emtio non valet, *l. qui officii*, *ff. cit. tit.*

Heres fideicommissio gravatus.

SI fideicommissum ita creditum heredi sit, ut non modo restituendum veniat, sed etiam alienari prohibeatur, ita ut præter tacitam legis prohibitionem, adsit expressa testatoris voluntas, nequit censui supponi, ut constat ex modo dictis de eo, qui alienare prohibitus est. Alius casus est, cum ab eo, qui onus fideicommissi injunxit, non est expresse addita alienandi prohibitio, prorsus ut hæc alienandi prohibitio tacite tantum insit ex onere restituendi, ipsi heredi injecto in favorem fideicommissarii: quod quidem onus inducit legalem alienandi prohibitionem; & eo casu licite census imponitur, dummodo sermo sit, non de fideicommissio puro, quod statim restitui debeat, in quo nullum censum constitui posse constat inter omnes; sed de eo, quod ex adventu diei, vel conditionis pendeat, ut si dictum sit, Rogo ut restituas post mortem tuam, vel, si navis ex Asia venerit; tunc enim pendente die, aut conditione, licet heredi gravato censum in iis bonis constituere, qui tamen duraturus sit ad id solum tempus, quo dies advenerit, vel conditio purificetur, & non ultra, ex regula, quod resolutio jure dantis, resolvitur Jus accipientis, *l. lex vestigali*, *ff. de pignorib.*

Idque probatur ex pluribus, & primo, cum res certa in diem certam restituenda fuit relicta. Nam heres dominus rei est, donec dies a testatore statuta advenerit, prorsus ut interim ei actio rei vindicationis concedatur, *l. non ideo*, *ff. de rei vind.* unde est, quod heres alteri ad eam diem rem fideicommissio subjectam concedere potest, *l. peto*, *§. prædium*, *ff. de leg. 2.* Ergo multo magis in eam diem census super eadem re potest imponi.

Objicies cum Peregrino de fideic. art. 40. num. 2. cui consentit Gibalini, cap. 6. art. 14. confessorio 3. textum in auth. res quæ, C. communia de leg. ex quo res, quæ subjacent restitutioni, prohibentur alienari, vel obligari: qui textus desumptus est ab Irnerio ex §. quamobrem, auth. de restitutione & ea, quæ parit. Ex quo permotus Angelus ibid. in princ. num. 2. generatim tradidit, bona fideicommissio subjecta non posse neque etiam die pendente, hypothecæ, vel pignori dari, quem sequutus est Alexand. in l. si constante, num. 28. ff. sol. matr. & alii, qui docent, per eum textum corrigi reliqua omnia Jura, quæ in contrarium adducuntur.

cuntur. Confirmant idipsum ex *l. fin. §. sin autem, C. communia de legat.* in illis verbis: *Melius quidem faciet, si & in his casibus caveat ab omni venditione, aut hypotheca.*

Pro responsione sciendum est, in *d. §. quamobrem*, nullum legi expressum verbum, quo prohibeatur alienatio, vel obligatio eorum bonorum, quæ restitutioni, vel fideicommissio subjecta sunt; tamen ex mente legis id collegisse Innerium, cum hanc prohibitionem expressit in *d. auct. res. quæ*. Collectionis ratio est, quia Justinianus impertitur alienationem, aut obligationem, cum agitur de dote, & de donatione propter nuptias; quia ergo exceptio firmat regulam in contrarium, ideo his duobus casibus exceptis, in reliquis omnibus regula erit, ut verita hypotheca, & alienatio intelligatur. Quæ quidem verissima esse fatemur, sed nihil contra nos; quin ex his responsio ad argumentum patet. Nam cujus generis est exceptio, ejusdem est regula; quapropter cum Justinianus in *d. §. quamobrem* sermonem habeat de alienatione, vel obligatione irrevocabili, ut est ea, quæ fit ex causa dotis, vel donationis propter nuptias restituendæ, & ut DD. tradunt, etiam constituendæ: propterea prohibitio cadet etiam in distractione, & oppugnatione irrevocabili, quæ nimirum per casum restitutionis non revocatur. Quod nos quidem ultro concedimus: nam, cum dicimus, pendente fideicommissio posse bona oppignerari, & distrahi, id ita capimus, ut hæc omnia in fideicommissi restitutione evanescant, ut jam notavimus ex *d. l. lex vectigali, ff. de pignor.* Per id vero, quod spectat ad textum in *d. l. fin. §. sin autem*, respondemus ejus textus verba ita esse concepta, ut consilium tantum dare videantur, cum dicunt, *Melius quidem faciet, &c.* quod utique non necessitatem legis, sed consilii arbitrium demonstrat; & præsertim, quia Justinianus in eadem lege hæc subdit, *Sciat, quod conditione impleta ab initio causa ad irritum revocetur.* Quæ verba satis demonstrant, interim pendente fideicommissi die, hypothecam, & distractionem substineri, cum non dicantur nullæ, sed ad irritum revocari tunc, cum restitutio facienda est.

II. Si fideicommissum relictum fuerit sub conditione, & in diem incertam, minor dubitatio est posse ab herede super illo consum, usque ad impletam conditionem vel diei adventum constitui; ita tamen, ut si conditio ob aliquem eventum non existat, & per consequens restitutio facienda non sit, census constitutus ex temporali fiat perpetuus. Ita Covar. *var. cap. 8. num. 5.* Guid. Papa *dec. 60.* Duard. in *§. 1. q. 7. num. 46.* Cencius *qu. 19. num. 1. & 4.* qui ita etiam compluries in Rota Romana judicatum refert.

Hujus rei ratio eadem omnino est, ac in superiori casu de fideicommissio in diem, ut mirum omnino sit DD. inter eos potuisse distinguere. Nam quandiu res manet apud heredem, & conditio pendet, heres illius dominus esse dicitur, *l. generaliter, §. sub condit. ff. qui & a quib.*
l. si

l. si fur. ff. de usufr. legato, l. 1. §. si servi, ff. ad Syllan. propterea in præjudicium heredis vendentis, & in favorem ementis, rei alienatio valida est, quandiu res est apud heredem mansura, *d. l. peto, §. pradium, ff. de legat. 2.* Ergo pro eo tempore potest census illi rei imponere, & potest gaudere Jure utendi fruendi re sua toto eo temporis tractu.

Excipe ut alienatio valeat etiam post restitutum fideicommissum.

I. In iis casibus, quibus heres restituere rogatus, potest ex justa causa fideicommissum parte aliqua diminuere, veluti urgente necessitate dotandi, aut restituendæ dotis, aut redimendi ab hostibus, quippe potest tunc in ea parte heres etiam census perpetuum imponere; nam ea fideicommissi pars ex potestate legis non est obnoxia restitutioni, & in ipsa alienatio permittitur: concessa autem semel potestate alienandi, intelligitur concessa potestas censuandi; nam census constitutio non est, nisi Juris alienatio, *Marin. 1. resol. 28. num. 9.* Ceterum de casibus, quibus fideicommissi diminutio licita est, plene agunt *Peregr. de fideic. art. 35. num. 3. & seq. Molina 1. de primog. cap. 10. num. 4. & lib. 4. cap. 6. num. 1. Cujacius ad Novell. 39.*

II. Census valiturus etiam post fideicommissi restitutionem, constitui ab herede gravato potest super melioramentis, quæ ipse in fideicommissio suis sumptibus fecit: quia eorum heres dominus est, neque ea veniunt in restitutionem fideicommissi, sed deducuntur, *Marescottus 2. var. 64. num. 4. Cencius q. 19. num. 37. Duardus in §. 1. q. 7 num. 3.*

III. Si census constituatur super quadrante, quem sibi regulariter heres in restitutione fideicommissi retinere potest ex *Novel. de restitutione*, & ea quæ parit, valiturus quoque in perpetuum est, cum habeat in ea liberam alienandi potestatem, *Fusar. de substitut. q. 545. Peregr. de fideicomm. art. 40. num. 51. Fachin. 5. contr. 53. alique.*

IV. Poterit heres rogatus restituere, & prohibitus alienare, census etiam perpetuo valiturum in re fideicommissio subjecta imponere, quoties tempore census constituti nullus est, cui faciendæ sit restitutio; quippe tunc fideicommissum expirasse intelligitur, ex *l. cum pater, §. libertas, in fine, ff. de leg. 2.* ibi: *At si nemo vendiderit, & novissimus sine liberis vita deceaserit, fideicommissi petitio non supererit.* Idem habetur ex *l. qui solidum, §. pradium, ff. cit. tit. ex l. quoties, C. de fideic.* *Fusar. de substit. qu. 551.*

V. Si alienationis prohibitio heredi, seu legatario facta est sine causa: & dicitur causa carere prohibitio, quando non invenitur certa persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum sit, veluti si ita caverit, *Nullo modo prædia mea alienet*; quippe tunc nudum præceptum est, ut loquitur textus in *l. filiusfam. §. Divi 2. ff. de leg. 1. & in l. Lucius, in princ. & in l. pater filium, §. Julius Agrippa, ff. de leg. 3.* hoc est consilium potius est, quam præceptum, ut explicat *Cujac. in d. §. Divi.* Itaque tunc & alienatio, & census impositio valida erit, ut ex dictis Juribus patet.

Quæ.

Quæres I. utrum fideicommissarius possit censum super fideicommissio imponere? & dicimus etsi fideicommissum purum sit, vel quia nulla dies, aut conditio fuit apposta, vel quia jam dies advenit, aut conditio impleta est, tamen non posse super eo censum a fideicommissario imponi, nisi re, vel verbis, vel ipso Jure facta restitutio sit; quia ante eam restitutionem revera fideicommissarius dominus non est, l. 63. & l. 70. §. 1. ff. ad Trebell. ut propterea, constituendo censum, eum rei alienæ imponeret. Ita contra Cencium, & Duardum docet Leonardus *de usur.* q. 54. num. 45.

Objicies: valet oppignratio, & obligatio rei futuræ, saltem sub conditione si res nostra fiat, ut patet in generali hypotheca bonorum omnium, & quæ præsentia, & quæ futura sunt. Igitur & super rebus futuris census constitui poterit.

Respondemus negando paritatem: nam longe distant pignoris obligatio, & census impositio. Ratio disparitatis est; quia census, cum sit Jus percipiendi pensionem ex fructibus rei, utique hoc Jus transferri in alium nequit, nisi a domino rei, qui scilicet dominus sit, dum illud transfert. Secus est in pignore, ex quo nihil capit creditor, ut propterea nihil impediatur, quominus res aliena creditori obligetur sub ea lege, si debitoris facta fuerit; quippe tunc obligata erit sine novo contractu, ex vi tamen prioris contractus.

Quæres II. an in majoratibus census constitui possit? Et hic non quæritur de primo instituyente majoratum, qui potest pro libito quasquæque ei conditiones apponere; sed quæritur de succedente. Et ex dictis facile resolvitur quæstio; poterit enim, si non fuerit alienare prohibitum, in illo censum, quandiu vixerit, imponere. Vide Molin. 1. *de primogenit. cap. 20.* Ferdinandum a Castro *disput. 6. de justitia, puncto 23. §. 5.* Tiraq. *de Jure primogen. qu. 61. num. 10.* Cephal. *conf. 3. vol. 1.*

Maritus.

SI fundus dotalis datus inæstimato sit, an super eo possit census constitui, non conveniunt inter se DD. quidam enim hunc censum, quandiu matrimonium constiterit, valitum docent, scilicet quia rerum inæstimatarum maritus est dominus civilis, licet uxor sit domina naturalis, l. in reb. C. de Jure dotium: quippe maritus earum administrationem habet, ipse quoque vindicat; præterea omnes fructus, & lucra sibi acquirit; quare poterit Jus istud percipiendi fructus alteri vendere, quoad ipsius dominium per restitutionem resolvatur, ut post Redoanum, & alios tradit Duard. in §. 1. *quæst. 15. num. 20. & 30.* Foller. in *praxi, de censib. v. hujusmodi, num. 22.*

Alii in contrarium nituntur, docentes censum in re dotali inæstimato

mato data a marito nec etiam pro tempore constantis matrimonii posse constitui; census enim species alienationis & obligationis est, & maritus fundum dotalem nec obligare, nec alienare potest, ut in *tit. ff. de fundo dotali*, & in *l.un. C. de rei uxor. act.* Ita magis communiter DD. cum Azor. 3. par. lib. 10. cap. 7. q. 6. Bonac. disp. 3. de contract. qu. 4. punct. un. num. 10. Felician. lib. 2. cap. 3. num. 13. Marefcott. 3. var. 10. num. 17. Leotard. de usur. q. 51. num. 40. Prorsus ut nec possit maritus retrovendere censum dotalem, nisi ad hoc, ut censum alium emat, idem Felician. lib. 4. cap. 16. num. 9. Gratian. forens. cap. 985. num. 4.

Verum Ferdinandus a Castro de *Justitia disp. 6. puncto 23. §. 7. n. 4.* & Gibalin. cap. 6. art. 14. consuet. 9. num. 21. has pugnantes sententias conciliant, ut census a marito in fundo dotali constitutus substineatur, donec mulier non reclamet, & adversus eum ut invalidum agat; quia cum maritus fundum dotalem administret, & illius fructus percipiat, pro Jure suo poterit illud Jus alteri vendere, quousque uxor de suo præjudicio non queratur. Quod si mulier huic venditioni consenserit, revocare tamen dissoluto matrimonio illam poterit, nisi suum illum consensum Jurejurando confirmaverit, cap. cum contingat, de Jurejur. cap. licet., cit. tit. in 6.

Si vero fundus dotalis æstimato marito sit traditus, itaut illi emtus censeatur, poterit eum maritus censui supponere, cum eo casu maritus sit fundi verus, & solus dominus, propterea in census constitutione injuriam nullam uxori facit, præsertim cum ipsi licitum sit, fundum ipsum alienare, & obligare pro arbitrio suo, *l. æstimatis, l. æstimatione, ff. sol. matr. l. plerumque, §. ... ff. de Jure dotium*, Alex. cons. 791. lib. 5.

Verum tamen est, hunc censum non semper fore perpetuum, quia soluto matrimonio conceditur mulieri rerum dotaliū vindicatio, siue æstimatæ fuerint, siue inæstimatæ, saltem si maritus non habeat in aliis bonis, unde eam æstimationem solvat. Si igitur uxor recuperet has res dotales, ab omni onere, quod ipsis imposuerit maritus, liberam recuperare debet. Ita singulariter Ferdinandus a Castro d. §. 7. num. 8. & Gibalinus loc. cit. num. 22.

Ex supradictis constat, uxorem constante matrimonio, in rebus dotalibus censum constituere non posse, cum domina tantum naturalis sit, hoc est, sine ulla administratione, d. l. in rebus, quæ tamen administratio in censu, de quo agimus, necessaria est, Duardus in §. 1. quæst. 15.

Emtor.

DUplex de emtore quæstio est . Prior de eo , qui rem emit cum pacto de retrovendendo . Et hic census recte constituet , qui tamen sit duraturus , donec res emta redimatur a venditore : quippe ad ipsum libera & immunis ab omni onere reali , quod emtor imposuerit , redibit , *l.3. §.idem , ff. de in diem addict. l.in diem , ff.de aqua pluvia arcend.* Et ratio est , quia pendente redemptione emtor vere dominus est , & Jus vendendi , donandi , aliterque alienandi habet , nisi pactis conventris id prohibitum fuerit . Vide Cencium *q.18. & Duard. in d. §.1. quæst.16.*

Posterior est , cum emtor ex pacto dominium rei emtæ non acquirat , nisi integro pretio soluto : quod quidem pactum licitum est , quia non est de natura emtionis , ut actu transferat dominium , sed possessionem vacuam , ut supra diximus , *Covar.3. var.11. num.6.* Quæritur ergo an emtor eo casu , ante integri pretii solutionem , possit super re illa census constituere ? Et negamus , quia emtor ante solutum pretium , rei dominium sibi non quæsit , ut ex vi pacti palam est , & docet Tiraqu. *de retractu gentilitio , §.1. gl.2. num.39.* Ex quo fit , talem census ab eo imponi non rei suæ , sed alienæ , & propterea nullum eum esse , Cencius *q.26.* cui subscribit Duard. in *§.1. q.17. num.2.*

Administrator Universitatis , & Ecclesiæ .

ADministrator Universitatis non liberæ , sed Principi alicui subiectæ , nequit Principis injussu census super Universitatis bonis constituere ; quia eadem licentia necessaria est ad bonorum ejusdem alienationem , aut obligationem , *Azor. 3. par. lib.10. cap.7. quæst.8. Felicianus lib.2. cap.3. num.2. Rodericus de annuis reddit. lib.1. q.14.* Excipe cum citra Principis licentiam bona Civitatis obligari possunt , veluti si alius census redimendus sit , si per sententiam Judicis ad solvendum sit condemnata , aliave id aut necessitas , aut commoditas exigat , de quibus vide Cencium *q.23. & Duard. in d. §.1. quæst.21.*

At vero Administrator Ecclesiæ nequit super bonis ejusdem census imponere , nisi servatis solemnitatibus , quæ in rerum Ecclesiarum alienatione servandæ sunt , cum census alienationis species sit , *Redoan. de reb.Eccles.non alien. q.17. num.30. & seq. Marefcott.3. var.10. n.38. Ugolin. de usur. cap.44. Leotard. de usur. q.51. num.36.*

De pretio Censuræ.

CAP. V.

Pretium, quo res quæque emitur, esse debere Justum ipsa ratio naturalis dicitur. Et dicitur pretium Justum, quando valor pretii ex æquo respondet valori rei venditæ, prorsus ut ex inæqualitate inter hos valores oriatur injustitia, ex quacumque parte horum extremorum sit defectus, Gordonius *lib.4. q.5. cap.4. in princ.*

Hoc pretium duplex est, unum legale, seu legitimum, alterum naturale. Legale est, quod a Principe, vel Magistratu prudenter positum est, velut a lege statutum: & a nobis dicitur *Affisa*. Naturale pretium est, quod communis hominum æstimatio, aut recepta probataque regionis consuetudo, aut denique iis deficientibus, prudentium arbitrium nobis explicat. Id dicitur esse pretium vulgare.

Conveniunt hæc pretia, quia utrumque naturalem requirit prudentiam: quippe constituuntur hæc pretia consideratis prudenter occurrentibus causis, ob quas debent res venales tanti æstimari. Hinc nunquam pretium ex affectu minus ordinato, aut singulorum utilitate, aut vendentis sensu statuendum est, *l.pretia, ff.ad l.Falcid.* Si autem quæres, si duo hæc pretia concurrant, cui plus deferendum sit, respondetur, pretio potius legitimo, quam vulgari; quandoquidem illud publica auctoritate interponitur, considerato bono Reipublicæ, & sæpe ad tollendam oppressionis occasionem, vitandaque monopolia, Gordonius *loc.cit.*

Differunt vero, quia pretium legitimum consistit in indivisibili, & in puncto, quod a lege fixum est, ita nempe ut quanto pluri venditur merces, quam sit taxatum, fiat injustitia, & oriatur obligatio ad restituendum, *Salas de emtion. dub.4. num.5. Scaccia de commerc. §.1. q.7. ampliat. 10. n.56. & 65.* qui omnes concordant, ne in minimo quidem posse pretium ejusmodi violari. Videndum tamen, an Princeps statuât solum terminum excessus ex una tantum parte, e.g. ne pluri vendatur, nihil definiens de minori pretio. Quippe hæc taxatio aliquando tota est, scilicet in gratiam emtorum: aliquando etiam, ne minoris vendatur.

Secus est in naturali, seu vulgari pretio, quod latitudinem habet, quo fit, ut in eo detur pretium infimum, medium, & rigorosum: imo & quodlibet etiam horum trium suam habet latitudinem; cum enim hoc pretium plurium æstimatione statuatur, quorum non est in uno puncto consentiens voluntas: quod secus est in pretio legi in.o, quod ab uno est. Potest proinde venditor spatiari in hac latitudine, & carius vendere externo, quam amico, & in credita pecunia, quam repræsentato pretio.

His positis, sunt qui putant Jure communi inspecto pretium justum in censu non esse legitimum, sed ab hominum existimatione pendere, Gail.2. *obs.*7. itaut sint quinque, vel sex pro quolibet centenaro, Parit.1. *conf.*60. *num.*19. Alii tamen, si census perpetuus sit, non posse excedere docent, unum pro viginti, hoc est, quinque in singula centena, Menoch.4. *conf.*243. *num.*24. Sed cum nulla in hac re certa regula statui possit, mores patriæ probatos servari debere ait Covar.3. *var.*19. *nam.*5. Gratian. *forens.* cap.141. *num.*25.

Quidquid tamen sit de Jure communi, in Regno nostro pretium legitimum est, cum non possit excedere 10. in singula centena, *pragm.*1. *de censibus*. At census emti a Regia Curia, vel ab Universitatibus Regni, redacti sunt ad septem pro quovis centenaro, *prag.*5. *eod. tit.* Quæ pretii determinatio Principi licita est, qui inspecto prudenter loco, & tempore, rerum omnium pretia pro bono Reipublicæ statuere potest; etsi enim Molfesius *par.*2. *summæ traçt.*12. *cap.*6. *num.*76. dicat pretium id posse a solo S. Pontifice speciali Jure decerni; tamen *num.*85. fatetur Principes posse taxationem a Pontifice factam diminuere, ex eo, quod pretium alicubi, aut aliquando justum, possit alio tempore, aut loco iniquum censerì.

Ex his apparet, in Regno nostro pretium esse definitum in excessu non etiam in defectu; quare si quis censum emat minori pretio, quam lege statutum est, non propterea contra legem faciet.

Sed si census constituatur ultra pretium legitimum a nostris pragmaticis statutum, e.g. quindecim pro quovis centenaro, quæstio est, an contractus in totum ruat, an solum vitietur in excessu? Et quidem contractum censualem esse ipso Jure nullum; voluit Prætor *to.*2. *forens.* cap.38. *num.*19.

Verius tamen est, esse nullum in quantum ad excessum. Quod ex similitum illatione probatur, in quibus ex Jure communi contractus injusti valent, sed id, quod illicite adjectum est, pro non adjecto habetur, & quod remanet licitum peti potest. Ita dum immodicas usuras aliquis stipulatus est, tamen legitimas ex vi illius stipulationis exigere potest, *l. placuit*, *l. pecunia senebris*, *ff. de usur.* Leos, *§. si quis autem*, *C. cit. tit.* *l. si pro mutua*, *C. si certum petatur*. Ita donatio excedens 500. aureos, si insinuata non fuerit, non vitietur, nisi in eo, quod dictam summam excedit, *l. sancimus*, *C. de donat.* Et licet pater ad secundas nuptias transiens non possit uxori legare plus, quam uni ex liberis prioris matrimonii, *l. hac editali*, *C. de secundis nuptiis*; si tamen amplius quid legaverit, valebit legatum in quantum ad eam partem, quæ legari poterat. Vide Duard. *qu.*26. *num.*18. *cum seq.* Et omnium ratio est, quia in rebus dividuis utile per inutile non vitietur, *l. 1. §. sed si mihi*, *ff. de verb. oblig.* Ergo a pari in censu, quoties exceditur summa a nostris legibus statuta, in excessu solum vitietur contractus; itaut excessus

exa-

exacti extinguant paulatim sortem, Lessius 2. *de Justitia* 22. *dub.* 15. Salas *dub.* 23. *num.* 4. Vivius *decis.* 137. Olasc. *dec.* 113. *num.* 11. Petra ad *Ritum* 237. *num.* 13.

Quod si census vendatur minoris, quam sit iusti pretii dimidia pars, contractus etiam ipso jure valet, sed venditor graviter læsus Jus habet, aut rescindendi contractum, aut petendi id, quod iusto pretio deesset; ut in reliquorum rerum venditionibus accidit, DD. in *l. 2. C. de rescind. vendit.* Leotard. *de usur.* 9. 59. *num.* 17.

Quæ vero pecunia, in emtione census sit necessaria, diximus supra *cap.* 2. *q.* 4.

De pactis censui apposis.

C A P. VI.

Pacta adjecta contractui censuali, quæ non pugnant cum ejus substantia, nec destruunt solemnitatem substantialem a lege præscriptam, valida sunt, maxime si tendant, ut censualista sit tutus de exactione, Marinis *to.* 3. *alleg.* 84. Sed de nonnullis magis in specie videndum est.

De pacto anticipatæ solutionis.

Terminus in solutione census apponi solitus est, ut vel in fine anni tota pensio præstetur, vel dimidia ejus quolibet semestri, vel tertia pars quolibet quadrimestri. Quæ quidem omnia licita sunt; nam venditori census ut plurimum commoda est ea pretium divisio, nec tamen omnino incommoda emtori, *l. plane*, ff. *fam. ereisc. l. cum hi*, §. *condicta*, ff. *de transactionib.* Quæstio tamen est de anticipata solutione, ut si quis census venditor, se obliget solvere annuam pensionem ipso initio anni, aut statim ac census fuerit creatus?

Et dicimus, pactum anticipatæ solutionis illicitum esse, & contra iustitiam, quia ex eo pacto debitor solvit, quod non debet, cum solvat antequam debeat, & plus solvit, cum ante tempus solvit, quippe plus tempore petit, qui ante statutum tempus petit. Quare recte id a Pio V. prohibitum fuit, ad evitandam omnem usurariam fraudem: quidquid dicat Ludovicus de Avendanno, qui *tractatu de censib. Hispan. cap.* 43. *num.* 9. negat id in Bulla Pii haberi, quem impugnat Duard. §. 3. *q.* 1. qui tamen *qu.* 4. post alios notat pactum istud non reddere contractum nullum, sed illicitum dumtaxat, itaut eo pacto rejecto, subsistat contractus; quandoquidem hoc vitium non est circa substantiam con-

contractus ; sed solum circa aliquod accidens .

Excipias tamen , quando onus anticipatæ solutionis alio commo-
compensetur, veluti si census pretium augeatur. Ita Molina *disp.* 390. *n.* 5.
Ugolinus *de usur. cap.* 45. §. 17. *num.* 5. Navar. *de censib. cons.* 9. *num.* 9.
& alii communiter ; propterea quod tunc nulla committitur injustitia,
quia tota illa obligatio anticipatæ solutionis compensatur ad æqualita-
tem . Quare in locatione hujusmodi pactum licitum est , cum ita onus
commodo , seu pensionis diminutione compensatur , *l.* 19. *ff. locati* . Et
Romæ observatur in societatibus officiorum, ut pluribus ostendit Duard.
de societ. lib. 2. *cap.* 6. §. 7. *q.* 1. *num.* 5. Ergo etiam in contractu censuali
pactum istud justum erit .

Dices : cum ex pacto solvuntur anticipatæ pensiones , percipiun-
tur ab emtore census fructus prædii , antequam nascantur : quippe
pensio ex fructibus solvitur . Quod absurdum in contractu locationis
locum non habet , ubi nulli considerantur fructus : propterea licet id
pactum in locatione licitum sit , erit tamen in censu illicitum .

Sed quamvis verum sit , pensionem nummariam substitui loco fru-
ctuum , falsum tamen est , eam exigi non posse nondum natis fructibus.
Nam inde sequeretur , neque in pactum deduci posse , ut pensio singu-
lis quadrimestribus solvatur : quippe facile accidit , ut labente , e. g.
primo quadrimestre , nulli dum ex prædio fructus nati sint : & tamen
licite a censualista pensionis portio exigitur , ut recte notat Leotardus
q. 63. *num.* 4. Sequeretur etiam , ut tempestate , aliove casu pereuntibus
fructibus , nulla pensio exigi posset ; cum e contrario ex Bullis Ponti-
ficiis constet , casus fortuitos fructuum ad dominum prædii , non ad
emtorem census pertinere . Et omnium ratio est , quia ideo pensio num-
maria loco fructuum substituta est , ut certa sit , & fructuum incon-
stanti proventui non subiaceat , ut supra dictum est .

Hinc petes , quid statuendum sit , si census sit fructuarius ? Et
hunc quidem censum , nisi collectis fructibus , præstari non posse docent
Cencius *q.* 3. *num.* 10. & *q.* 83. *num.* 1. Menoch. 4. *presumt.* 103. *num.* 19.

Id tamen Duard. §. 3. *q.* 5. *num.* 13. verum esse ait , quoties conveni-
tur inter contrahentes , ut pensio census fructuarii præstari debeat ex
fructibus prædii ipsius , quod censui suppositum est ; quippe tunc non
nisi perceptis fructibus , exigi ea pensio fructuaria poterit ; nam in ea
conventionem includitur tacita conditio , si fructus nascantur , *l.* 26. *in*
princ. ff. quando dies leg. cedat. l. 73. *ff. de verb. oblig.* Secus vero , si
census hic simpliciter conventum sit , ut ex fructibus solvatur ; nam cen-
sus fructuarius etiam nullis natis fructibus solvi debet . V. de Lessium 2.
de just. cap. 22. *num.* 88. & nos infra dicemus ; quod etiam patet ex
eo , quia census fructuarius imponi potest super re , quæ non ferat idem
genus fructuum , & satis est rem censitam frugiferam esse , quocum-
que demum genere fructuum , Gibal. *cap.* 6. *art.* 20. *consect.* 1. *n.* 3. Quare
com-

communis opinio est , in fine anni solvendum esse censum fructuarium ; five totum simul , five per partes temporibus diversis , prout inter contrahentes convenerit ; modo non sit obligatio solvendi anticipate , Duard. *loc. cit. num. 14. de Lugo disp. 27. num. 93.*

De pacto retinendæ rei hypothecatæ.

Solet aliquando pacisci , ut emtori census liceat rem hypothecæ substitutam possidere , usque dum ei restituatur a venditore fors una cum eo , quod interest . Quod pactum licitum etiam docet Carlevalius *cap. 2. de judiciis, disput. 8. sect. 5. num. 51.* Petra ad *ritum 20. num. 13.* Capyc. *Latro dec. 169. num. 16.* Moventur ex eo , quia emtor ex re hypothecata , quam possidet , fructus percipiendo , eos sibi retinet nomine censuum , seu pensionum , quæ ipsi erant a venditore solvendæ , eoque modo fit compensatio , & æqualitas servatur . Quamvis autem fructus rei hypothecatæ aliquando majores esse possint , quam sit census eo anno persolvendus , tamen fieri potest , ut alio anno minor sit copia fructuum , quam census exigit : & ita sterilitas unius anni compensatur cum ubertate alterius , *l. oleo , C. de usur.*

Quoties tamen certum est , prædium ita esse latifundium , ut ubertas fructuum valorem annui census excedat , contractus esset usurarius , & rescindendus non quidem in totum , sed in quantum ad excessum , *Ursill. ad Affl. dec. 20. num. 10. Capyc. dec. 49.*

Recte nihilominus alii advertunt , vi talis pacti contractum non tam esse , aut censeri debere censualem , quam antichresim : quæ est , cum debitor utitur pecunia , & vice ejus , quod interest , creditor utitur re sibi hypothecata , vulgo , *a godere* , *Baldwinus de pignor. cap. 16. Mynsing. 6. obser. 7.*

De pacto casuum fortuitorum.

Hæc quæstio non est de eo , qui ex natura contractus ad casus fortuitos obligatur vel non obligatur . Quare notandum , casus fortuitos vel posse cadere in fructibus , vel in re , quæ censui supposita est . In fructibus regula est , in contractu quidem censuali , ut casus fortuiti accidant venditori ; propterea non valeat pactum , ut emtor eos præstet , nempe ut si fructus rei censitæ pereant vi tempestatum , siccitatis , alluvionis , incurfus hostilis , & similium , id cedat damno emtoris : sicuti e contrario licitum est pactum , ut eos casus venditor præstet ; cum enim ipse sit dominus , regula est , ut casus fortuiti domino accidant , *l. 6. C. de pignor. l. quæ fortuitis , C. de pignor.*

gnor. uff. late Leotard. q.64. Hinc Pius V. prohibet conventiones quæcunque rejiciunt casus fortuitos in eum, qui ex natura contractus ad illos non obligatur.

In re censita nullum etiam, & illicitum est pactum, ut re peremta vel infructuosa reddita, nihilominus pensio præstetur. Patet ex eadem Bulla; & ratio est, quia materia census debet esse frugifera, & multo magis existens, Gaill.2. *obs.*7. Fachin.2. *contr.*44. *in fine*, Navar. *de usur.* n.90. Tolet. *in summa lib.*3. *cap.*46. Quæstio tamen est, an pactum istud tollat ipsum contractum censualem, an potius contractui tali rejecto pacto subsistet? & posterius hoc pronunciarunt Theologi Romani in disceptatione habita anno 1581. uti refert Valentia 2.2. *disput.*5. q.22. *puncto* 6. §.4. *sequitur*, post alios Leotard. q.64. *num.*5.

Non displicet tamen sententia Duardi in §.5. *qu.*1. *num.*24. & *seq.* qui contractum ipsum ex eo pacto perimi docet; propterea quod pactum istud pugnat contra naturam, & substantiam census, qui definitur, ut sit Jus percipiendi annuum, vel menstruum ex persona, vel re utili alterius; ergo census stare non potest, peremta re, vel utilitate rei.

Dices I. Hæc conditio advenit contractui censuali jam constituto; quippe prius venditur & constituitur census, & deinde conditio, seu pactum adjicitur: quæ non irritat contractum ipsum, quamvis conditio sit illicita, aut etiam impossibilis. Ita Gibalinus *cap.*6. *art.*20. *consect.*3. *num.*12. *in fine*.

Sed quamvis antecedens propositio vera sit, illatio tamen negatur: quia in conditionibus impossibilibus cum contractibus adjiciuntur, regula est, ut non modo vitientur ipsæ, sed vitient contractum jam constitutum, §. *si impossibilis*, *de inutilib. stipulat.* l. non solum, ff. *de act. & obl.* etsi favore ultimæ voluntatis secus sit in testamentis, §. *impossibilis*, *de hered. instit.* Certum est autem, conditionem, quæ contractus naturæ, seu substantiæ repugnat, esse impossibilem, non modo Jure, sed natura: ergo & ipsa vitiat, & vitiat etiam contractum.

Dices II. Similia pacta in aliis contractibus licita sunt, scilicet ut quis de casu fortuito teneatur, Gomez 2. *var.*3. n.19. propterea quod pacta contrahentium legem dant contractui, l. *contractus*, ff. *de reg. Juris*, l. 1. §. *si convenit*, ff. *de pos.* Ergo ex eadem ratione idipsum esse debet in censu.

Hoc tamen argumentum si vim haberet, plus probaret, quam adversarii volunt; probaret enim, pactum de casu fortuito in censu esse licitum, quod est contra Pii constitutionem, ubi hæc verba leguntur: *Ejusmodi conventiones directe, aut indirecte obligantes ad casus fortuitos eum, qui alias ex natura contractus non tenetur, nullo modo valere vult.* Et ratio disparitatis est, quia in aliis contractibus, e.g. in deposito, cum depositarius se obligat ad casus fortuitos, nihil contra contractus

tractus naturam paciscitur, ut per se patet: at secus est in contractu censuali, qui de natura sua exigit, ut res existat, & præterea fructus ferat, ut census dici possit ex re percipi. Propterea licet in ceteris id pactum licitum sit, in censu tamen est illicitum, imo impossibile natura, redditque totum contractum nullum, ut diximus.

Præterea notandum est, quod vulgo ajunt, eum, qui de casu fortuito non tenetur, posse ex pacto ad id obligari, non omnino certum esse. Certe nullo Jure probatur: imo textus in *l. contractus*, ff. de *reg. Juris*, contrarium suadere videtur; nam cum ibi Ulp. dixisset, posse aliquando contrahentem, qui ex lege de levissima culpa, & de levi non tenetur, a l. utramque obligari, si id nominatim convenerit; deinde sine ulla distinctione subdit, casus fortuitos a nullo præstari. Favet etiam ratio, quia iniquum videtur, ut quis non ex culpa, hoc est, ex casu fortuito, remaneat obligatus.

De pactis punientibus moram.

Irrita esse, & nulla declarat Pius V. ea pacta, quibus debitor census ob moram se obligat ad interesse lucri cessantis. Ex qua constitutione duplex oritur difficultas.

Prior est, quia omnis debitor, qui ex mora culpabili officit creditori, tenetur ex naturali æquitate ad totum illud damnum, & nocumentum refarciendum, late Gibalinus *lib. 2. de usur. cap. 5. & 6.* Cur ergo vetuit S. Pontifex censuarium obligari pacto convento ad id, ad quod naturali æquitate tenetur; præsertim, cum id fiat, non sine injuria creditoris, quem Jure suo privat, & nocumento afficit?

Varie hanc difficultatem tollere conati sunt Jurisconsulti, ut vide. re est apud Salas *dub. 11.* Molin. *disp. 390.* Leotard. *disp. 66.* Placet nobis, quod ait de Lugo *disp. 27. num. 100.* noluisse S. P. id quod interest ob lucrum cessans, in pactum deduci, ob evitandas fraudes; at non propterea voluisse, ne id damnum refarciretur a debitore, quamvis in pactum deductum non sit. Quocirca recolendum est, moram non semper obligare debitorem, sed tunc cum culpabilis est; potest enim accidere, ut quis in mora sit sine sua culpa, veluti si volens solvere, difficultate, aut inopia impediatur, DD. in *l. continuus*, §. *illud*, ff. de *verb. obligat.* Vide Forcatulum de *mora*, par. 3. in *princ.* Itaque quoties mora in pactum deduceretur, utique videretur debitor obligatus ad omnem moram præstandam, etiam eam, quæ culpa vacat; nam quæ mora culpabilis est, obligat ipso Jure, citra pacti vinculum; & ob hanc causam vetuit S. P. ne interesse lucris cessantis ob moram in pactum deduceretur: non tamen hinc prohibuit, creditorem posse petere ut sibi compensentur

damna , quibus eum sua mora culpabili debitor affecit, ad quæ compen-
sanda ex naturali obligatione tenetur .

Posterior difficultas est , cur S. Pontifex prohibuit pactum lucri
cessantis solum , ex quo admittit pactum , ut debitor teneatur refarcire
damnum emergens , cum in utroque casu verum interesse sit ?

Et dicimus , rationem esse , quia interesse lucri cessantis occultius
est , & magis fraudibus obnoxium , propterea in pactum deduci non
potest , Gibalin. *art. 21. consuet. 9. num. 40.*

Præterea punitur mora pacto rescindendi contractum , itaut peti
fors possit simul eum eo , quod interest : quod pactum , quia tendit ad
observantiam contractus , & ad faciliorem illius exequutionem , ideo
licitum est , Lessius 2. *de justitia 22. dub. 11.* Mastrill. *dec. 95. n. 3.* Affl.
dec. 80. Marin. 2. *resol. 163. num. 2.* qui addit , tale pactum semper subin-
telligi , tanquam de stylo apponi solitum , licet omisum , contra Man-
ticam 8. *de tacitis, tit. 23. num. 24.*

De pactis circa onera .

Onerum duplex genus est ; quædam publica , ut sunt tributa , ga-
bellæ , decimæ , aliaque hujusmodi : quædam sunt privata . Itaque
Pius V. sic statuit : *Annulamus pacta continentia solutiones onerum ad
eum spectare , ad quem alias de Jure , & ex natura contractus non spe-
ctarent .* Quibus verbis onera omnia sive privata , sive publica conti-
nentur ; nam & *onerum* vox utrisque convenit , utpote qua denotantur
ea omnia , quibus conditio alterius contrahentis deterior fit , *lun. §. 9.*
C. de caduc. toll. l. 32. ff. locati : & præterea mens S. Pontificis est , ut frau-
des usurarias amoveat , quæ non minus locum habere possunt in oneri-
bus realibus , quam in personalibus , ut si obligaretur censuarius ad su-
scipiendum hospitio dominum census , aut ejus familiam . Ita Navar. *de
usur. num. 94.* Ugolinus *de usur. cap. 45. §. 13. num. 1. & 3.* Bonac. *disp. 3.*
de contract. q. 4. punct. unic. num. 35. de communi Leotard. *qu. 64. n. 25.*
contra Duardum in §. 4. *q. 39. num. 6.* qui putavit constitutionem Pii de
oneribus tantum realibus intelligi .

Seclusa tamen lege Pontificia , recte his oneribus gravaretur alter
contrahentium in contractu censuali , quoties aliquo alio commodo
compensaretur : & in nostro Regno Bulla Pii recepta non est , ideo vi-
deamus quid statuendum sit .

Primo itaque onera realia imposita rei censitæ , aut ejus fructibus,
alia incumbunt emtori annui census , qui propterea tenetur collectas ,
& bonatenentiam , ut dicitur , solvere , & pactum in contrarium re-
putatur injustum , Gizius ad Capyc. *dec. 216.* Sanfelic. *dec. 121. num. 7.*

& sa.

& sane ex decreto Reg. Camera emtores annui redditus bonatenentiam solvunt, nisi Neapolitani sint, qui ex privilegio excipiuntur, Capyc. Latro *dec. 116. num. 51.* Rovitus ad *pragm. 4. num. 2. de immunit. Nap.*

At vero ex his oneribus alia incumbunt venditori, ut solutio ad hoc, & relevii super feudo, Provenzal ad *consuet. Nap. cap. 16. n. 14.* Hodier. 1. *forens. 47. num. 4.* Capanus *de relevio, q. 6.*

II. Onera personalia emtoris etiam sunt: quare ipse tenetur sportulas proxeneræ & tabelloni, qui censuale instrumentum conficit, solvere: nec pactum in contrarium valet, Rovitus ad *pragm. 1. num. 5. de censib.*

De actionibus Censualistæ, & exceptionibus Censuarii.

C A P. VII.

DE his nonnulla supra in transcurso vidimus *cap. 4. in princ.* agentes de actionibus, quæ censualistæ competunt, si super fundo non libero, seu, ut leges nostræ loquuntur, non optimo maximo Jure census venditus sit; nunc alia quædam notanda sunt.

I. Itaque, quamvis in mutuo certum sit usuras usurarum non deberi, seu, ut loquuntur, id quod interest interesse aliud parere non posse: secus tamen in censu est, ubi ex tertiis non solutis, potest interesse peti. Disparitas inter utrumque casum est, quia in mutuo fors, quæ demortua non est, pro re principali habetur: hujus accessorium est usura, seu interesse; nec debet accessorium accessorii dari, sicuti nec datur accidens accidentis. Non ita est in censu, ubi, cum fors demortua sit, ipsum interesse per se, & principaliter deberi dicitur, non ut accessorium ad sortem; nihil ergo mirum, si aliud ex se interesse parere possit, ut recte notat Anna *conf. 48. n. 17.* Franch. *dec. 254.* Medices *conf. 155.* Marin. 1. *resol. 199. num. 1.* aliique.

Verum ut in censu ex interesse aliud interesse producat, do'us debitoris non solventis exigitur; nec enim satis est mora, quæ debiti solutione purgari possit, hoc est, solvendo censum statim ac petitus sit, idem de Marin. 1. *resol. 133. num. 6.* Pratus *qq. forens. cap. 1. num. 70.* Thesaur. *dec. 32.*

Istud tertiarum interesse Judicis arbitrio definiendum est, ex *l. fru. etus, §. venditor, C. de actionib. emti*, Franc. Marc. 2. *disp. 59. num. 3.* qui & illud addit, non posse a contrahentibus hoc interesse in contractu diffiniri, cum ipsi nequeant Juri præjudicare, & ex Jure hæc diffinitio Judicis arbitrio remissa sit, *d. l. fru. etus, §. venditor.*

II. Conceditur domino census actio hypothecaria etiam contra extraneum, seu tertium rei censitæ possessorem, excusso tamen prius principali debitore, hoc est, eo, qui censum vendidit, ex regula textus in *autb. hoc si debitor*, C. de pignorib. Gama decis. 145. Hæc intelligas de Jure communi: quippe secus est in Regno nostro, in quo ex *pragm. 1.* ubi Rovitus *num. 10. de censib.* competit domino census via exequutiva, realis, & personalis, etiam contra tertium rei possessorem, etiam principali debitore non excusso, Petrus de Greg. *de censib. q. 6. num. 9.* Rationem esse dicunt, quia Jus exigendi annuum censum est in rem scriptum, ex quo per consequens oritur personalis actio in rem scripta, Gratian. *cap. 955. num. 38.*

At si veras Juris civilis regulas attendamus, allata ratio nullo modo substineri potest. Quod ut recte percipi possit, rem a capite exordior.

Actiones in rem scriptæ sunt, quæ nascuntur ex maleficio, vel quasi, & tamen redduntur non solum contra delinquentem, sed prosequuntur rem, quocunque ipsa transeat. Hæc novam actionum speciem, præter reales, & personales non constituunt, cum Justinianus omnes actiones dixerit, aut esse reales, aut personales, aut ex utroque genere mistas; prorsus ut, in rem scriptæ actiones personalibus accensendæ videantur, non solum quia ex maleficio, vel quasi oriuntur, sed etiam quia Justinianus in *tit. de actionib.* actionem quod metus causa, quæ in rem scripta est, connumerat inter personales, ut recte notat Coras. *1. miscell. 22.*

Dicuntur autem in rem scriptæ, non quia ad instar realium, rem ipsam comitentur, ut vulgo creditum est; sed quia verba, quibus Prætor eas actiones concedebat, non dirigebantur in personam, sed in rem. Proinde actio, quod metus causa, in rem scripta est; quod Prætor verba in rem concepit, videlicet, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, l. 1. ff. *quod metus causa*, & evidentissime colligitur ex Ulpiano in *l. metum*, §. *cum autem*, ff. *ead.* Ita quoque omnia interdicta in rem concepta sunt, præter unde vi, l. 1. §. *fin.* ff. *de interdictis*; proptereaquod unicum istud interdictum verba non in rem, sed in personam referebat; cum dixerit Prætor in l. 1. ff. *de vi*, & *vi armata*, *Unde vi tu eum dejecisti, aut familia tua dejecit*, &c. Et certe hæc ipsa verba, scilicet *Actio in rem scripta*, aliud finere non possunt, nisi ita in rem esse concepta, ut personam non tangant.

Quoniam ergo hujusmodi actiones in rem erant directæ, hinc factum est, ut reddantur contra quemcunque rei possessorem.

Ceterum summe ex eodem Corasio notandum est, hoc procedere in iis solum actionibus, quæ descendunt ex maleficio, vel quasi; quandoquidem istæ rem ipsam respiciunt, & proinde ipsæ solum rem ipsam, quocunque transeat, comitantur. At vero secus est in iis actionibus, quæ ori-

originem habent ex contractu, vel quasi, & ex quibus non tam coerceatur delictum, seu factum illicitum, quam persona ipsa contrahens. Quod adeo verum est, ut actio depositi, quia orta ex contractu, nunquam rem ipsam persequatur, quamvis actionis depositi verba in rem concepta sint, *l. 1. §. 1. ff. depositi*.

Illud vehementer ob stare videtur, quod interdicta. Uti possidetis, Ne vis fiat ei, & alia multa, in personam diriguntur, & tamen Ulp. in *l. 1. §. fin. ff. de interd.* ait, ea omnia in rem concepta videri, his verbis: *In textu omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

Sed respondetur ex ipsis Ulp. verbis facile colligi posse, pleraque interdicta in rem scripta non esse, cum usus sit verbo, Videri, quod plerumque improprietatem denotat, *l. 1. §. de jecisse, ff. de vi, & vi armata.*

Colligitur hinc I. actionem de dolo, non secus ac Quod metus esse, in rem actionem scriptam esse; quandoquidem verba edicti rem ipsam respiciunt, videlicet, *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his rebus, &c. l. 1. §. verba, ff. de dolo.*

II. Actionem ad exhibendum in rem scriptam non esse, cum ejus verba in rem scripta non legamus; sed eam mere personalem esse, ut patet ex Ulp. in *l. 3. §. est autem personalis, ff. ad exhib.*

Ex his omnibus facile intelligi potest, longe falli DD. cum actionem, quæ censualistæ pro censu non soluto tribuitur, volunt esse personalem in rem scriptam; quippe nulla unquam lex actionem istam in verba concepit: deinde etiam si conciperet, non propterea in rem scripta actio oriri posset, quia hæc non in contractibus, uti est census, sed in delictis locum habet, ut jam explicatum est. Ut propterea jus, quod domino census viam executivam realem, & personalem concedit, etiam contra tertium rei possessorem, etiam principali debitore non excusso, omnino exorbitans dicendum sit, ex privilegio inductum, contra regulas juris. Præterea actio in rem scripta, quando datur contra tertium possessorem, datur directe supra rem ipsam, nec ipsam personam molestat: at secus est in censu, ex quo contra tertium possessorem potest via executiva procedi. Unde omnino dicendum est, hoc esse speciale jus exorbitans a regulis juris.

III. Quoties debitor census vendit rem censitam, sive voluntate, sive necessitate, dominus census, seu censualista præfertur in emtione omnibus aliis, dummodo venditori pretium offerat in pecunia numerata, *Seraph. dec. 474. n. 4. Gratian. discept. forens. cap. 955. n. 36.* Unum tamen excipe casum, ut scilicet non præferatur ei, qui ratione vicinæ jus protimeseos, seu congrui habet, *Marin. 1. resol. 232. num. 6.*

Nunc de exceptionibus, quæ possunt opponi contra petentem censum vigore instrumenti. Quamvis enim ex *pragm. 1. de censibus*, habeatur,

beantur, nullam posse opponi hoc casu exceptionem, id tamen a DD. intelligitur de exceptione, quæ frivola sit, non etiam de gravi, & liquida, ut in Ritu M. C. 166. ubi Carav. *num. 46.* Marin. *1. resol. 191. n. 14.* Probant id ex *l. si is, a quo, ff. ut in possessionem legatorum*, ubi Iudex eam exceptionem rejicere jubetur, quæ per calumniam opponitur, non etiam eam, quæ magni momenti est.

Itaque præter exceptionem realis solutionis, potest I. liquida compensatio opponi, ut si petenti census ex instrumento censuali opponatur, a reo convento totidem centum pure deberi, Franch. *dec. 521.* Affl. *decis. 121.* & quavis Ursill. ad *decis. 381. num. 4.* dicat, se nunquam instrumenti censualis executionem potuisse impedire per oppositionem compensationis, id tamen videtur intelligendum, quoties per debitorem exceptioni compensationis renunciatum sit ex eodem Affl. *d. dec. 381.*

II. Potest exceptio doli, & quod metus causa opponi, Anchar. in *cap. canonum statuta, q. 4. de constitutionibus.*

III. Si qui pro censu convenitur, sit tertius rei censitæ possessor, potest contra creditorem agentem opponere exceptionem cedendarum actionum, ut scilicet sibi creditor cedat actionem, quam habet contra principalem debitorem, ut ipse conventus deinde possit census, quos solvit, recuperare ab eo, a quo rem accepit, Milanens. *lib. 2. decis. l. n. 3.*

IV. Si actor, creditor census ingressus fuerit viam ordinariam, potest contra eum opponi, ne variet, & executivæ via Ritus agat, ex regula, quod via ordinaria facit, ut cesset via executiva, Alex. in *l. 4. §. condemnatum, ff. de re judicata.*

V. Si debitor annui census fuerit in mora solvendi, ex qua contractus resolvatur, potest perempta solutione moram purgare, maxime ex æquitate juris Canonici, Salyc. in *l. magnam, C. de contrab. stip.* Quod intelligas, nisi ei purgationi fuerit jurejurando renunciatum, Marin. *1. resol. 271. num. 6.* Ceterum, si jam fuerit resolutus contractus, nulla moræ purgatio admittitur, Grat. *discept. forens. cap. 788. num. 31.* de Ponte *conf. 67. num. 5.*

VI. Quoties res pro censu hypothecata ad plures perveniat heredes, tunc jure communi inspecto, quilibet heres potest opponere, ne in solidum conveniatur, sed quilibet pro parte sua, seu pro rata; nam promissore pecuniæ certæ obeunte, ea a singulis heredibus divisim, pro hereditaria portione peti debet, scilicet quia pecunia res dividua est, *l. in executione in princ. ff. de verb. oblig.* Non ita tamen est in regno nostro, ubi vigore pragmaticæ quilibet heres in solidum conveniri potest, Marin. *1. resol. 13. num. 4.* Foller. in *praxi, v. hujusmodi.*

VII. Legatarius rei censitæ, si sit testatori sanguine, vel affinitate conjunctus, potest contra censualistam agentem opponere, ut se diri-

gat

gat contra heredem ; quippe ex affectu , qui ex ea conjunctione oritur , censetur testator rem ei liberam ab onere reliquisse , ut docent Grat. *disceptat.* 611. Menoch. *de arbitr. casu* 146. n. 1. Tiraq. *de priv. piæ causa* 66. Surd. *dec.* 298. num. 10. Secus est de legatario extraneo , qui ad onera rei legatæ ipse tenetur , cum judicetur ei testator non reliquisse , nisi quod in relegata ipse habuit , *l. servi , §. fin. ff. de leg. 1.* Surd. *idem dec.* 111. n. 10.

Excipe tamen , cum res legata exhauritur a censu ; quippe tunc ne inutile reddatur legatum , heres obligatur vel rei æstimationem legatario solvere , vel rem liberare , Marinis 1. *resol.* 12. num. 2. Vivius 2. *comm. opin. concl.* 448.

Illud notandum , non posse legatarium conveniri pro tertiis antedecenter decursis ad mortem usque testatoris : quod quidem onus heredis est , quippe legatarius obligatur solum ad eas tertias solvendas , quæ post testatoris mortem maturescunt , Franch. *dec.* 13. Marin. 1. *resol.* 10. n. 5.

VIII. Contra creditorem iudicium assistentiæ moventem , potest reus conventus excipere , ne agat via executiva personali , sed tantum reali ; assistentia enim , utpote iudicium possessorium , rem ipsam afficit , ut decisum testatur Rovit. ad *pragm.* 1. num. 20. *de censibus* .

De extinctione Censuum.

C A P. VIII.

HActenus de origine , & progressu visum est ; nunc , quia nihil sub sole perpetuum , necesse est , ut dicamus de modis , quibus census solvitur , seu extinguitur .

I. Itaque extinguitur census , perempta re in qua ipse est constitutus , tum ex constitutione Pii V. tum ex natura hujus contractus ; quippe census realis , de quo nunc loquimur , onus quoddam reale est , cohærens & affixum rei , ut propterea fortunam fundi sequatur : quod in aliis oneribus realibus , ut tributis , servitutibus , & canone emphyteutico videmus , Clem. 1. *de censibus* , Gutierrez 2. *pract. quæst.* 187. num. 7. Sarmiento 7. *select.* 1. n. 31. Gratian. *cap.* 654. num. 8. contra Felician. *lib.* 1. *cap.* 8. num. 19. & Covar. 3. *var.* 7. num. 5. qui existimant censualis contractus obligationem esse proprie personalem , & rem supponi illi obligationi tamquam per modum pignoris , & hypothecæ , qua etiam destructa , remanet tota debitoris obligatio : cui obligationi facile occurritur , si meminerimus hypothecam census esse irregularem , quæ extincta ipsam etiam obligationem perimit .

Gibalinus tamen *art.* 23. num. 1. pro componendis diffidiis ait , DD. qui contendunt , perempta re censita , censum manere , esse intelligendos non

non quidem de censu reali, sed personali & misto; tunc enim obligatio præstandi pensionem adhæret personæ, non rei, quæ solum illi per modum pignoris & hypothecæ regularis supponitur: propterea hypotheca pereunte, manet totum debitum & obligatio illud solvendi in debitore, & Jus exigendi in creditore. Atque non alio modo constitui census in Hispania notat Ferdinandus a Castro, *disp. 6. de just. pænt. 31. num. 3.* quod & moribus Gallicis receptum esse testatur cit. Gibal. *num. 3.*

Perire vero hic est, cum res penitus destruitur, veluti si domus corruat, non etiam si ejus usus impediatur, uti interdum sumitur id verbum in Jure nostro, *l. si constante, ff. sol. matr. l. cum unus, §. fin. ff. de bonis auct. Judicis possid.* Molin. *disp. 391. num. 3.*

Ubi domus censita corruit, si eam dominus eodem in solo iisdem ex lapidibus reparet, non propterea census reviviscit, quia jam est alia domus ab ea, quæ destructa fuerat, & censui subjecta. Et patet ex simili in usufructu, nam si navis, ubi dissoluta fuerit, ex iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restauretur, usufructus tamen extinctus est: secus vero si per partes reficiatur. Quod idem in domo restituta est, *l. 10. §. in navi, ff. quibus modis usufructus amittatur, l. 83. §. sacram, ff. de verb. oblig.* Leotard. *q. 57. a num. 36.*

Idipsum de vinea, quæ radicitus frigore exaruit, itaut denuo implantata fuerit, docet Ugolin. *de usur. cap. 45. §. 15. num. 2.* nam si tota, & integra renovanda, & recreanda fuit, utique interiit census; fit enim jam alia vinea: secus vero, si aliquæ tantum vites implantatæ denuo sint, aut si sensim, & per partes vinea sit renovata; tunc enim manet eadem vinea, & propterea census debetur, argumento ex *l. proponebatur, ff. de judiciis*, ubi partibus commutatis eadem res ex stimatur: nam & populus idem hoc tempore esse putatur, qui ab hinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc vivat: & sacra Deli navis, licet adeo sæpe refecta fuerit, ut nulla tabula eadem permaneret, quæ non nova fuisset, tamen eadem fuit existimata. Quod etiam Alphenus in *d. l.* probat ex absurdo; nam, ait, si quis putaret, commutatis, aliam rem fieri, sequeretur ut ex eadem ratione nos ipsi non iidem essemus, qui ab hinc anno fuimus: propterea quod ex quibus particulis minimis (atomos recte interpretatur Accursius) consistimus, ex quotidie ex nostro corpore decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt. Quapropter cujus rei species eadem consistit, res quoque eadem existimatur. Non tamen sine ratione animadvertit Leotard. *d. q. 57. num. 54.* censum istum non vineæ, aut vitibus dumtaxat, sed ipsi etiam solo, in quo consistæ sunt, imponi, ideoque evulsis vitibus, si ex solo fructus adhuc aliqui colligi possunt, censum ea ex parte remanere, ut mox clarius patebit.

At si res censita dolo, & culpa censuarii destructa sit, census quidem

dem interit, cum accidens sublato subiecto pereat necesse fit; potest tamen dominus census pretium illius repetere, & quod sua intererit rem censitam fuisse destructam: quæ actio personalis est. Ratio est, quia culpa & dolus censuarii non debet illi favere, illumque in meliori statu collocare, quam esset ante destructam rem censitam, Navar. *de usur. num.* 118. Lessius 2. *de Justitia, cap.* 22. *dub.* 12. *num.* 9. Gratian. *cap.* 654. Tiraq. *de retract. lignag. in fin. num.* 67. *qu.* 13.

Quæres, an quando censuarius rem censitam cogitur destruere aliqua urgente necessitate, nihilominus cogatur censum præstare, maxime si rem eandem restauret, & alio loco reponat? Exemplum esto, molendinum censui subiectum cogitur censuarius destruere ex eo, quod alveum suum flumen mutavit, & ex eadem materia illud iterum in alio loco commodiori collocat. Quæritur ergo, an ex ejus præventibus obligetur censum solitum persolvere?

Negant communiter DD. ex supradicta ratione, quia molendinum, cui impositus fuerat census, dirutum est: & illud, quod recens constructum est, quamvis ex tignis, & mola prioris constructum sit, aliud tamen, & novum est, ut modo diximus de domo, & vinea. Census autem penitus evanescit, destructa re censita, sine dolo & culpa censuarii, Azor. 3. *par. lib.* 10. *de censibus, cap.* 15. Molina *disp.* 394. Scaccia *de commer. §.* 1. *q.* 1. *a num.* 176.

Excipe I. si dominus molendini potuit mediocribus impensis priorem alveum reficere, & illum ad prius molendinum ducere; nam tunc si illud destruat, quamvis loco commodiori ex eadem materia reedificet, in dolo esse dicetur; ex quo censum persolvere obligatur, argumento ex *l. si certo, §. si totus, ff. de servit. rust.* Leotard. *qu.* 57. *num.* 59.

II. Si molendinum erat, ut dicitur, bannale, seu banderale, quia vicini accolæ obligabantur ad illud molendi causa accedere: quod idem facere coguntur, ubi aut refectum omnino fuit, aut in alio loco fluminis collocatum: quippe tunc revera perstat census, qui super illis redditibus fuit constitutus. Ita si pontem disjecit fluminis impetus: vectigal tamen, quod transeuntes debent, non perit; nam præstandus est dum navi, quæ pro ponte substituta sit, trajiciunt. Quare & census illi ponti impositus ratione hujus vectigalis, adhuc in navi perseverat, Scaccia *loc. cit. num.* 176. Leotard. *d. q.* 57. *sub finem.*

III. Census extinguitur, quando res censita infrugifera, vel sterilis in totum, vel ex aliqua parte perpetuo facta fuerit; nam perit quoque census in totum, vel ex ea parte. Dicitur autem fundus infructuosus reddi, quando illius status, & substantia ita mutatur, ut amplius ferendis fructibus idoneus non sit, ut si ager flumine, vel mari, vel aquis stagnantibus occupatur; aut si exundantibus aquis glorea, fabulo, & lapidibus obruatur, Molin. *disp.* 391. *num.* 3. Leotard. *q.* 57.

num.4. Et habetur in constitutione Pii V. Et ratio est, quia cum ejusmodi fundus ita in perpetuum sterilis factus est, perinde omnino se habet ratione fructuum, & pensionis ex illis colligendæ, ac si funditus periisset. Idipsum ex usufructu confirmatur, a quo ad censum validum est argumentum per similitudinem, quam inter se habent: atqui mutatione rei, usufructus amittitur, *l.5. §. rei mutatione, l. si ager, ff. quibus modis usufr. amittatur.*

Aliud est, si res censita casu aliquo, nulla facta ejus substantiæ mutatione, sterilecat per unum, vel plures annos; non enim census extinguitur, *Molin. loc. cit. num.4. Navar. de usur. num. 117. Leotard. d. q. 57. n. 6.* Ita etiam si vi quadam calamitosæ tempestatis fructus pereant, ut ait Ulp. in *l. ex conducto, §. si vis, cum seqq. ff. locati*, ubi etiam exempla affert flurnorum, & graculorum, & si raucis, aut herbis segetes corruptæ sint. Raucorum nomine Cujac. 15. *obs. 28.* intelligit ex Plinio vermiculos, qui radices corrodunt, reprehendens Alciatum, qui 7. *parergon. 5.* pro raucis legit erucas. His ergo casibus integra pensio persolvenda est, Lessius 2. *de justitia 22. num. 88.* quandoquidem census realis non est Jus percipiendi eisdem numero fructus, qui ex re censita nascuntur; alioquin non posset censuarius de illis pro arbitrio disponere: sed est Jus percipiendi certum annuum canonem ex aliqua re, quandiu illa manet, & frugifera est, itaut fertilitas aliquorum annorum, aliorum sterilitate compensetur: aliter infinitæ forent lites inter emtores, & venditores horum censuum, *Salas de censib. dub. 10. & 41. Filliuc. eod. tract. cap. 2. num. 296. & 330.*

Itaque integra pensio solvenda est die statuta, neque tenetur dominus census debitori dilationem concedere, & expectare, donec ex fructibus annorum subsequentiū possit illa sterilitas compensari; quia casus fructuum ad dominum census minime pertinent, *Leotard. d. q. 57. num. 17. contra Cencium q. 38. & Duard. in §. 4. q. 1. num. 14. & 21.*

Objicies ex textu in *l. legatum 17. §. vini, ff. de annuis, & mensstruis legat.* ubi legantur: *Vini Phalerni, quod domi nasceretur, quotannis, in annos singulos bini cullei.* Respondet vero Labeo, *Etiam pro eo anno, quo nihil vini natum esset, deberi duos culleos, si modo ex vindemia ceterorum annorum dari possit.* Debebit igitur ubertas sequentium annorum expectari, ut illius, quo nihil vini natum fuit, sterilitas compensetur: neque heres prius cogendus erit ad illius anni redditum solvendum: sed ubi feracior fuerit annus, solvet etiam pro præterito anno, ob cujus sterilitatem non fuit soluta pensio. Idem habetur ex *linter, §. sacram, ff. de verbor. obligat. & l. Firmio, ff. quando dies legat. cedat.*

Confirmatur, quia pensionem reservatam super fructibus beneficii
non

non tenetur præstare beneficiarius eo anno, quo nulli fuere collecti, sed sequenti dumtaxat, dum uberiores proventus fuerint, utranque solvet, *Gigas de pensionib. qu. 62. num. 7.*

Respondetur tamen negando paritatem; quia in legato supraposito, pensione, & similibus, fundus ponitur taxationis gratia, quia ex illius tantum fructibus tenetur heres solvere legatum, & beneficiarius solvere pensionem: unde merito ex re ipsa sequitur dilatio, & tunc tantum incipit actio adversus eos, cum aut legatum, aut pensio præstari potest: quippe inest ea tacita conditio, si fructus nascantur, *l. 1. §. ult. ff. de condit. & demonstr.* Non ita est in censu reali, qui non imponitur fructibus rei censitæ, neque ex ejus fructibus præstandus est: propterea quandiu illa secunda permanet ex natura sua, licet aliquo casu nullos, vel modicos fructus dederit, debetur pensio, & census illi impositus, *Gibalinus art. 24. num. 3. ad finem.*

III. Census extinguitur, quoties debitoris bona, qui solvendo non sit, in S.C. deducuntur, daturque eis curator, & fit creditorum, ut dicitur, graduatio; cujus ea vis est, ut impediatur æris alieni incrementum, censumque ipsum cessare faciat, *Roccus to. 2. resp. 27. n. 11.*

IV. Petita rescissione contractus, illico annuus census extinguitur, ut idem Rocc. docet *loc. cit. num. 3.* *Giurba dec. 55. num. 15.* *Marescott. 2. var. 61.* Moventur ex eo, quia per sententiam, qua contractus rescinditur, debitor condemnatur ad census solvendo, qui decursi sunt usque ad litis contestationem. Ex quo apparet, census non deberi usque ad sententiam rescissoriam, sed statim lite contestata cessare, *Rovitus ad pragm. 1. de censib. num. 38.*

Alii tamen in contrarium nituntur, docentque census deberi usque quo contractus per sententiam rescindatur, & rescissionis executio fiat, *Franch. dec. 173.* *Marcian. to. 2. disp. 59. num. 8.* Quæ sententia verior de Jure est, quia extinctio census, non potest fieri, nisi tollatur contractus, ex quo debetur; sola autem rescissionis petitio non tollit contractum, sed exigitur sententia; quare per eam solum census extinguitur.

Hinc est, quod in S.C. post conclusum in causa, præcipitur debitori ut solvat tertias decursas; aliter providebitur super rescissione contractus. Ex quibus patet non recte per sententiam debitorem condemnari ad solvendo eos tantum census, qui ad litis usque contestationem decursi sunt, qua praxi se Adversarii tuebantur.

V. Extinguitur census redemptione, quæ a quocumque censuario fieri potest, nisi conventum sit, ut sit irredimibilis. Quod si fuerint plures ejusdem censuarii heredes, potest quilibet ipsorum cogere dominum census, ut partem, quæ ad ipsum pertinet, revendat, ut probatur ex *Luxorem, §. agri, ff. de leg. 3.* in ea enim heres gravatus plagam agri

vendere Publio, & Cajo, si Cajus nolit emere, tenetur nihilominus heres Publio volenti emere, suam partem vendere; quandoquidem Jura defuncti dividuntur inter heredes pro rationibus hereditariis, l.2. C. de hered. vendit.

At vero, si ex pacto in contractu censuali appposito, nequeat unus heres suam partem redimere, quin alii heredes concurrant ad eam redemptionem, non poterit illos cogere ad redimendum, Felician. lib.4. cap. unic. num.13.

Objicies ex l. his consequenter 18. §. Celsus, ff. fam. ercisc. ubi habetur coheredem in judicio familiæ erciscundæ posse agere, ut cogatur coheres solvere, cum alias non sit liberaturus rem creditor, nisi in solidum ei satisfiat. Itaque cum in eo casu coheres possit ceteros coheredes ad solvendum cogere, poterit etiam ad censum redimendum; nam in utroque casu æque interest heredis, tam si solutionem debiti, quam si redemptionem census intentet, ut ceteri coheredes concurrant; cum aliter neque illa debiti solutio, neque census redemptio præstari possit.

Verum longe diversa ratio est inter casum nostrum, & eum, qui in d. §. Celsus proponitur: in eo enim agebatur de pignore luendo e manibus creditoris, quæ luitio necessaria erat ad judicium familiæ erciscundæ complendum inter coheredes; nam præter alia defuncti bona, pignus ipsum, aut ejus valor, distribui inter ipsos debebat: nec ea distributio recte fieri poterat, nisi pignus lueretur. Qua urgente necessitate lex cogit coheredes ad reluendum, quoties unus ex ipsis reluere velit. Quæ utique necessitatis ratio non est in casu nostro, ubi coheredes recte possunt sine redemptione census, rem censitam inter se partiri. Et hæc est vera explicatio d. §. Celsus, quamvis alii dicant ibi agi de re individua: quod gratis omnino affirmatur; nam nihil obstat pignus esse potuisse rem dividuam, vel consistere in pluribus rebus jam divis, ut e.g. in annulo, & vase.

Ceterum redemptio census fit restitutione fortis, argumento ex l.2. C. de pactis inter emptorem, Rocc.2. resp.49. num.1. Boer. dec.182. n.38. ita tamen, ut possit venditor pacisci cum emptore de redimendo censu eo pretio, quo tempore redemptionis æstimabitur: quippe ejusmodi pactum nullam injustitiam continet, præsertim quod æqualis sit contrahentium conditio, cum decrementum valoris æque incertum sit, atque augmentum, Salas de censib. concl.8. num.19. Lessius de justitia, cap.22. dub.7.

Cum vero census redimitur, non est necesse, ut Censualista servet solemnitates, quæ in rerum immobilium alienatione servari debent; quandoquidem hæc requiruntur ad alienationem voluntariam, quamque alienans prohibere potest, si velit; non autem ad alienationem necessariam alienanti, qui illam impedire nequit, etiam si maxime velit, ut

ut patet ex *l. alienationes*, ff. *fam. ercif. l. peto*, §. *pradium*, ff. *de legat. 2.* At vero census alienatio per restitutionem sortis, seu redemptionem non est voluntaria creditori, neque ab illa impediri potest, quia sequitur ex natura contractus, nisi aliter conventum sit. Ergo non requirit ad sui validitatem solemnitates a Jure in alienationibus præscriptas, Rodericus 2. *de redditibus*, q. 15. num. 80. Ferdinandus a Castro 6. *de justitia*, punct. 27. §. 6. num. 2. contra Felicianum to. 2. lib. 4. cap. 7. qui propterea docent, solutionem hanc sortis posse fieri tutori, aut curatori sine decreto Judicis: quia decretum hoc non est necessarium in eo actu, quem pupillus aut minor necessario substat, *l. a D. Pio*, §. *fin. ff. de re judic. l. 3. §. 1. ff. de reb. eorum.*

F I N I S.

IN



I N D E X

T R A C T A T U M ,

Et cujusque Tractatus Capitulum.

De Pignoribus, & Hypothecis.

- D**E nominibus, & definitionibus Pignoris, & Hypothecæ, pag. 21.
De divisione Hypothecæ, 5.
An quandoque in re sua Pignus consistat, 9.
De Hypothecæ expressa, 15.
An Pactum de retrovendendo pariat hypothecam, sic ut re alienata possit contra tertium possessorem agi, 17.
Utrum bona fide commisso subjecta possint hypothecari, 24.
Utrum alienationis nomen in contractu appositum & hypothecam comprehendat, 29.
De lege Commissoria pignori adjecta, 33.
An in venditione Pignoris liceat purgare moram, 42.
De Hypothecæ tacita, 47.
De Hypothecæ alimentorum, ibid.
Quando ex pecunia pro re data contrabatur in rem hypotheca, 51.
De Hypothecæ tacita ejus, qui emphyteusim concessit, 54.
De Hypothecæ orta ex administratione, 59.
De Hypothecæ usurarum & fructuum, 63.
De jure & ordine Creditorum, 65.
Quando Creditor ex instrumento cum hypothecæ posterior præferatur Creditori ex Idiochiro anteriori, 66.
An tacita Hypothecæ anterior præferatur expressæ posteriori, 68.
De ordine scripturæ inter hypothecarios, 70.
De Hypothecis, quarum quæ prior sit, non apparet, 73.
Quando hypothecæ generalis præferatur speciali, aut contra, 76.
De ortu hypothecæ ad prælationem obtinendam, 78.

De

De bonis Maternis , & Materni generis.

- A** *N* bonorum nomen universale semper sit , pag.82.
De quibusdam patrii Juris affectibus , 87.
Num bona adventitia extiterint ante Constantinum Magnum , 88.
Quid Filius familias Patri in bonis maternis acquirat , 92.
De Jure administrandi , quod Pater habet in bonis filiis maternis , aliisque adventitiis , 96.
An & quando ususfructus sub dominio comprehendatur , 117.
De prohibita Patri administratione in bonis filii , quæ administrat , 119.
De natura alienationis , 120.
Utrum sub prohibitione Alienationis comprehendatur Usucapio , & Præscriptio , 123.
An qui occasione acquirendi non utitur , dicatur alienare , 125.
An prohibitus alienare extra familiam possit heredem extraneum instituire , 128.
De Patre alienante , 132.
Ad Auth. Nisi tricennale , 135.

De Officio ejus , cui mandata est Jurisdictio.

- D** *E Jurisdictione , & ordinariis Judiciis* . pag.139.
De Judiciis ordinariis , 141.
De extraordinariis Judiciis , 145.
De Misto Imperio , 148.
De Modica Coercitione , 153.
Utrum modica Coercitio Magistratibus municipalibus competat , 155.
Utrum detur Jurisdictio simplex , & sine Imperio , 162.
De Mero Imperio , 163.
Quibus merum Imperium competat , & quomodo , 166.
Utrum Magistratus Meri Imperii habeat tantum exercitium , Jure penes Principem manente , 169.

De Edendo .

- D** *E priori Editto* , pag.173.
De emendatione , & mutatione actionis , 176.
Quibus casibus Reus edat Actori , 181.
De posteriori Editto , 184.

De

TRACTATUM;

De Transactionibus.

AN cognitio de alimentis transigendis deligari possit, 188.
An prae-textu immodica laesione Transactio rescindatur, 191.
Utrum de controversiis, quae ex testamento proficiuntur, aliter transigi possit, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, 196.

De Vulgari & Pupillari Substitutione.

DE definitione & divisione Substitutionis, 191.
Si cui concessa est potestas disponendi aut testandi, an is idem vulgariter substituere possit, 204.
Utrum in testandi aut disponendi potestate comprehendatur potestas pupillariter substituendi, 207.
An in substitutione pupillari insit vulgaris, 211.
Corollaria, 218.
An insit tacita Vulgaris, vel Pupillaris, cum Mater est in medio, 221.
Corollaria, 226.
An substitutio vulgaris tollat existentiam sui heredis, & eum ex necessario faciat voluntarium, 227.
An transmissarius Justinianeus substitutum vulgarem excludat, 235.
De Transmissario Theodosiano, 244.
Filiis familias recusante hereditatem, an Pater substituto vulgari praefertur, 247.
Utrum substitutus vulgaris excludatur a fisco, 248.
Utrum substitutio in unum casum concepta trahi possit ad alteram, 250.
Utrum ob pubertatem vulgaris tacita expiret, 253.
Utrum substitutio pupillaris facta a patre filio puberi, vel a matre filio impuberi, tacite vulgarem comprehendat.
Utrum qui substitutus est vulgariter & per fideicommissum, habeat electionem, 259.
De Milite substituente filio ultra aetatem pupillarem, 261.
An nudum sui heredis nomen confirmet tabulas pupillares, 263.
De cogendo herede ut adeat, ubi tabulae pupillares adsunt, & simul fideicommissum factum est, 267.
Substitutus, qui ex pupillari succedit, an teneatur respondere Creditoribus, 271.
De Nepotibus postumis, & iis, qui postumorum loco sunt, heredibus instituendis, 276.

- Tractatus prior de Formula Galli*, 279.
De explicationibus Scævola, 283.
Tractatus posterior de Lege Julia Vellea, 285.
Filium non semper statim suum heredem esse, 289.

De Mora.

- D** *efinitio Moræ*, 292.
Utrum Mora nonnunquam sine dilatione alla contrahi possit, 293.
Utrum ad Moram requiratur delus, an satis sit culpa, 295.
De divisione Moræ, & qua ratione contrahatur, 298.
De effectibus Moræ, 308.
De effectibus Moræ Debitoris, 309.
Utrum dandi faciendive difficultate Reus evadat Moram, 312.
De Moræ Creditoris, 318.
De Æstimatione rei debitæ, 322.
*Utrum lite contestata cum Donatore, qui rem donatam non restituit, usu-
 ra vel fructus debeantur*, 324.

De Donationibus.

- D** *efinitio Donationis*, 333.
An Donatio aliquando non sit acquisitio, sed contractus, 335.
*Donationem quandoque non esse alienationem, semper esse acquisitio-
 nem*, 340.
An Donatio quandoque sit modus acquirendi universalis, 347.
De divisione Donationum, 356.
De Donatione, in qua alteri dari quid, vel fieri conventum est, 377.
De Antidoro, seu Remuneratione, 383.
De modis, quibus vel Donatio fit, vel ad donandum obligamur, 391.
De Personis, quæ donant, quæque donationem accipiunt, 412.
*An Donatio inter Patrem Filiumque familias jurejurando firmari pos-
 sit*, 420.
An inter Patrem Filiamque familias dotis causa Donatio valeat, 425.

De Censibus.

- D** *e nomine & substantia Censuum*, 434.
Utrum Censuum rerum immobilium nomine comprehendatur, 436.
 De

T R A C T A T U M,

- De divisione Censui*, 438.
An pactum Commissi in Censu reservativo valeat, 442.
*Utrum in dubio contractus præsumat*ur *Emphyteuticus*, *an Censui reser-*
vativus, 443.
De Hypotheca Censui Consignativi & Reservativi, 444.
Utrum in emptione Censui Consignativi necessaria sit pecunia numera-
ta, 446.
An Censui omnis sit redimibilis, 449.
An Censui Consignativus sit injustus, & usurarius, 450.
De re, quæ Censui subicitur, 453.
Corollaria, 460.
De personis Censum constituentibus, 461.
Proprietarius, 462.
Usuarius, 463.
Usufructuarius, *ibidem*.
Feudatarius seu Baro, 464.
Emphyteuta, 465.
Libellarius & Superficiarius, 467.
Prohibitum alienare, 468.
Hæres fideicommissi gravatus, 469.
Maritus, 472.
Emptor, 474.
Administrator Universitatis, & Ecclesiæ, *ibidem*.
De pretio Censui, 475.
De pactis Censui apposis, 477.
De pacto anticipatæ solutionis, *ibidem*.
De pacto retinendæ rei hypothecatæ, *ibidem*.
De pacto casuum fortuitorum, *ibidem*.
De pactis punientibus Moram, 481.
De pactis circa onera, 482.
De actionibus Censualibus, & exceptionibus Censuarii, 483.
De extinctione Censui, 487.

F I N I S.

INDEX RERUM, ET VERBORUM NOTABILIVM.

A.

Accusatus in causa criminali,
a quo bona petantur, an pos-
sit contra ipsa pendente compelli
ad inventarium conficiendum,
vide v. Inventarium.

Actiones an veniant sub nomine
bonorum, pag. 83.

Actionis mutatio & emendatio an
& quando fieri possit, 176.

Actiones quæ competant Censuali-
tæ, 483.

Actor quomodo differat a Procura-
tore, 182.

Administrator Universitatis vel
Ecclesiæ an possit constituere
censum, 474.

Administratio quomodo inducat
Hypothecam tacitam, vide v.
Hypotheca.

Administratio quomodo debeat
Patri in bonis filii maternis,
aliisque adventitiis, 96.

Æstimatio rei debita in materia
Mora quomodo desumatur, 322.

Alienare prohibitus an possit con-
stituere censum, 468.

Alienationis nomen in contractu
appositum an & hypothecam
comprehendat, vide v. Hypo-
theca.

Alienatio an prohibeatur Patri in
bonis filii, quæ administrat,
119.

Alienationis natura, quæ sit, 120.

An comprehendat Usucapionem &
Præscriptionem, 123.

Alienare an dicatur, qui cum pos-
sit, non acquirit, 125.

Alienare prohibitus extra fami-
liam an possit heredem extra-
neum instituere, 128.

Alienare an, quæ, quomodo, &
quando possit Pater, 132.

Alimentorum causa an pariat Hy-
pothecam tacitam, vide v. Hy-
potheca. 47.

B.

Baro an possit constituere cen-
sum in Feudo, pag. 464.

Bona fideicommisso subjecta an pos-
sint hypothecari, vide v. Hypo-
theca.

Bonorum nomen an semper sit uni-
versale, 83.

Bona adventitia an extiterint an-
te Imperatorem Constantinum,
88.

C.

Census Etymologia & Defini-
tio, pag. 434.

Census an rerum immobilium no-
mine comprehendatur, 436.

Census quotuplex sit, 438.

Census Reservativus an admittat
pactum commissi, 442.

Census Consignativus, & Re-
fer.

Rir 3

servaticus quoad Hypothecam,
 444.
*Census Consignationis an necessa-
 rio requirat pecuniam numera-
 tam in ejus emptione*, 446.
Census omnis an sit redimibilis,
 449.
*Census Consignativus num sit i-
 ustus & usurarius*, 450.
Censui quæ res subjici possit, 453.
Census a quibus possit constitui,
 461.
*Census quoad pretium, vide v. Pre-
 tium*,
*Census quoad pacta, vide v. Pa-
 ctum*,
Census quomodo extinguatur,
*Coercitio Modica quid, & quæ
 ejus partes*, 153.
*An Magistratibus Municipa-
 libus competat*, 155.
*Cognitio de alimentis transigendis
 an delegari possit*, 188.
*Commisoria lex pignori adjecta la-
 te explicatur*, 33.
*Communia verba in Jure non dan-
 tur*, 257.
*Contractus in dubio an presum-
 tur emphyteusis, vel Censu
 servaticus*, 444.
*Conventus in causa civili, a quo
 bona petantur, an possit contro-
 versia pendente compelli ad in-
 ventarium conficiendum, vide
 v. Inventarium*,
*Creditorum concursus late expli-
 catur*, 65.
*Creditoris Mora quomodo, & in
 quibus casibus ei noceat*, 318.
*Cretio in quo differat a Jure deli-
 berandi*, 237.

D. *in solutum an licita in
 genera*, pag. 40.
*Debitor post moram quando tenea-
 tur de interitu rei*, 309.
*Delegari an possit Cognitio de ali-
 mentis transigendis*, 188.
*Dominium in quibus quando compre-
 hendat Usurarium*, 117.
*Donatio inter Patrem & Filium
 an invalida*, 90.
Donatio definitio, 333.
*Donatio num aliquando non sit ac-
 quisitio, sed contractus*, 336.
*Donatio an quandoque non sit alie-
 natio*, 340.
Donatio in aliena an valeat, 345.
*Donatio an quandoque sit modus
 acquirendi universalis*, 347.
*Donatio quoduplex sit, latissime
 explicatur*, 356.
*Donatio, in qua alteri dari quid,
 vel fieri conventum est, ejusque
 effectus*, 377.
Donatio remaneratoria exponitur,
 383.
Donatio quot modis fiat, 391.
*Donatio quoad personas, quæ do-
 nant, quæque donationem acci-
 piunt*, 412.
*Donatio inter Patrem & Filium
 an Jurejurando variari possit*,
 420.
*Donatio an subsistat dotis causa in-
 ter Patrem, Filiamque fami-
 lias*, 425.

E.

E. *Dictum Pratoris de edendo
 quoduplex*, pag. 172.
 Pri.

Primi Edicti quod sit par-
tes, 173.

Secundum Edictum explicat-
tur, 184.

Editio actionis an precedat voca-
tionem in Jus, 172.

Editio quibus casibus fiat Actori
a Reo, 181.

Emphyteusis potiat Hypothe-
cam tacitam, vide v. Hypothe-
ca.

Emphyteuta an possit constituere
censum in re, in qua habet em-
phyteusim, 473.

Emtor cum pacto de retrovendendo
aut integra pretio non soluto
an possit constituere censum,
474.

Exceptiones quæ competant Cen-
suario, 48.

F.

F *Eudatarius an possit consti-*
re censum, pag. 464.

Fideicommissarius an Jus trans-
missionis habeat, 245.

Filiusfamilias delinquens an eva-
dat pœnam, si offeratur Judici
a Patre, 87.

Filiusfamilias quid acquirat Pa-
tri in bonis paternis, 92.

Et quid sit furiosus,
93.

Filius adhuc in potestate an possit
contra alienationem paternam
agere, 136.

Filium non semper statim suum
hæredem esse, 289.

Fiscus actor quibus casibus com-
pellat Rem ad edendum, 181.

G.

G *Alia Formula late explicata,*
pag. 279.

Graduum interruptio an vitiet fi-
deicommissum, 246.

H.

H *Res institutas non potest*
cogi ad adeundum ex Tre-
belliano, pag. 260.

Hæredis sui nomen an con-
firmet tabulas pupillares, 263.

Hæres an cogi possit, ut adeat,
si tabulae pupillares adsunt,
& simul fideicommissum factum
est, 267.

Hæres fideicommissio gravatus an
possit constituere censum, 469.

Hypotheca quid sit, 2.

In quo distet a Pignore, 3.

Quomodo dividatur, 5.

Hypotheca expressa quomodo con-
trahatur, 16.

Hypotheca an oriatur ex pacto de
retrovendendo, ita ut re alie-
nata, possit contra tertium pos-
sessorem agi, 17.

Hypothecari an possint bona fidei-
commissio subiecta, 24.

Hypotheca an intelligatur probi-
bita, alienatione prohibita,
29.

Hypotheca tacita quomodo &
quando contrahatur, 47.

Hypotheca tacita, quæ oritur ex
causa alimentorum, ibid.

Hypotheca tacita an contrahatur
ex pecunia pro re data, 51.

Hypotheca tacita an detur ei, qui
em-

emphyteusim concessit, 54.
Hypotheca tacita, inducitur ex ad-
ministracione, 59.
Hypotheca tacita an detur pro
Usuris & Fructibus, 63.
Hypotheca posterior ex instrumen-
to an praeferatur anteriori
chyrographo, 67.
Hypotheca tacita anterior an prae-
feratur expressa posteriori, 68.
Hypothecarii an praeferruntur in-
ter se ex ordine scripturae, 70.
Hypotheca, quarum quae prior sit
non appareat, quando praeferan-
tur, 73.
Hypotheca generalis quando prae-
feratur speciali, aut contra-
76.
Hypotheca quando oriatur ad pro-
lationem obtinendam, 77.
Hypotheca Censuum Consignativae &
Reservativae, 444.

I.

Impensa quas tenetur reficere
Uxor Viro, pag. 114.
Instrumentum quomodo debeat edi-
Reo ab Actore, 174.
Inventarium an conficere cogatur
controversia pendente accusatus
in causa criminali, vel conven-
tus in causa civili, a quo bona
petantur, 104.
Judicia ordinaria, & in eis ve-
tus ordo, 141.
Judicis datio utrum misti Imperii
sit, an Jurisdictionis, 143.
Judicia extraordinaria quae, 145.
Jurisdictionis quotupliciter in Jure
accipitur, 139.
Quomodo definiatur, 141.

Jurisdictionis simplex sine Imperio an
detur, 162.
Jus deliberandi late explicatur,
& in quo differat a Cretione,
 236.

L.

Legatarius an petat, ab
haerede sibi edicto exhiberi ve-
tulas testamenti, pag. 182.
Legatum Bonorum an comprehen-
dat Venalia, vide v. Venalia.
Legatum Julia Vellea late explicatur,
 285.
Libellarius an possit constituere
censum, 467.

M.

Magistratus Municipales, ed-
rumque Jurisdictionis, pag. 157.
Maritus in re dotali an possit con-
stituere censum, 472.
Merum Imperium quid, 163.
Quibus competat, & quomo-
do, 166.
Miles an possit substituere Filio ul-
tra aetatem pupillarem, 261.
Mistum Imperium quid, & quae
ad illud pertineant, 148.
Mora an possit periculi in vendi-
tione Pignoris, 42.
Mora definitio, 292.
Mora num aliquando contrahi
possit sine ulla dilatione, 293.
Mora an necessario requirat do-
lum, 295.
Mora quotuplex sit, & qua ratio-
ne contrahatur, 293.
Mora in quibus casibus etiam re
ipsa committatur, 306.
 Mo-

Mora debitoris effectus, 308.
**Mora an evadatur ob dandi faciendi difficultatem*, 312.
Mora Creditoris effectus, 318.
Mora effectus quoad estimationem rei debitæ, 322.

P.

Pactum Commissi an valeat in Censu reservativo, pag. 442.
Pactum anticipatæ solutionis illicitum in Censu, 477.
Pactum retinendæ rei hypothecatæ, an in Censu sublineatur, 478.
An Pactum casuum fortuitorum, ibid.
An Pactum puniens moram, 481.
An Pactum circa onera, 482.
Pater administrator adventitiorum Filii in quibus casibus teneatur eidem reddere rationem, 105.
Pater quo nomine in iudicium veniat in bonis adventitiis, 109.
An exigatur Filii consensus in huiusmodi iudicio, ibid.
Pater per se absque Filio potest accipere possessionem adventitiorum, 108.
Pater iudicium suscipiens pro Filio in bonis adventitiis an possit Procuratorem constituere, 112.
Pater in quibus differat a ceteris Fructuariis in quantum ad ea, quæ ad lites & iudicia spectant, 113.
Peculium Castrense & Paganicum, eorumque natura, & jura tam jure veteri, quam novo, 81.
Pecunia numerata an necessario

requiratur in emtione Censuum Consignativi, 446.
Pignus quid sit, 2.
In quo distet ab Hypotheca, 3.
An in re sua quandoque consistat, 9.
Pignus, cui adjicitur lex Commissoria, an sublineatur, 34.
Quid accedente juramento, 35.
Quid si adjiciatur dotis causa, 39.
Pignus an admittat dationem in solutum vel pro soluto, 40.
Pignus an in ejus venditione admittat purgationem moræ, 42.
Postumus quomodo hæres instituitur, 276.
Postumorum quot species sint, 277.
Pretium Censuum quodnam sit iustum, 475.
Procurator quomodo differat ab Actore, 112.
Proprietarius an possit constituere censum in re, in qua habet proprietatem, 462.

S.

Scripturæ ordo an inducat prælationem, 70.
Statutum loquens de Pignore an trahi possit ad Hypothecam, 4.
Substitutio quid & quotuplex sit, 201.
Substitutio vulgaris an possit ordinari ab eo, cui concessa est potestas disponendi aut testandi, 204.
Quid de substitutione pupillari, 207.

Sub:

*Substitutio pupillaris an contineat
vulgarem,* 211.

*Substitutio tacita vulgaris, vel
pupillaris, an insit, cum Ma-
ter est in medio,* 221.

*Substitutio vulgaris an tollat elec-
tionem sui heredis, & eum
ex necessario faciat volunta-
rium,* 227.

*Substitutus vulgaris an excluda-
tur per Transmissariam Justi-
nianeum,* 235.

*Substitutus vulgaris an excluda-
tur per Patrem, Filiosfamilias
recusante hereditatem,* 247.

*Substitutus vulgaris an exclu-
ditur a Fisco,*

*Substitutio in unum casum acce-
pta an trahi possit ad alterum,*
250.

*Substitutio vulgaris tacita an ex-
piret ob pubertatem,* 253.

*Substitutio pupillaris facta a Pa-
tre Filio puberi, vel a Matre
Filio impuberi, an tacite vul-
garem comprehendat,*

*Substitutio ab initio nulla an
ratur in fideicommissum,* 257.

*Substitutus vulgariter & per fi-
deicommissum an habeat electio-
nem,* 259.

*Substitutio an possit fieri per Mili-
tem Filio ultra etatem pupilla-
rem,* 261.

*Substitutus ex pupillari succedens
an teneatur respondere Credito-
ribus,* 271.

*Superficies quid sit, ejusque di-
visio in Urbanam, & Rusti-
cam,* 82. & 83.

*Superficiarius an possit constituere
censum,* 267.

T.

Textus in Auth. Nisi triceni-
nale late exponitur, pag. 135.

Transactio an sit contractus, 187.

*Transactio an rescindatur prae-
textu immodice laesae,* 191.

*Transactio an fieri possit de contro-
versis, quae ex testamento pro-
ficiscuntur, aliter quam inspe-
ctis cognitisque verbis testamen-
ti,* 196.

Transmissio quotuplex sit, 235.

*Transmissarius Justinianus an
substitutum vulgarem excludat,*
ibidem.

*Transmissio Theodosiana late ex-
plicatur, atque de ea plurima
notatu digna,* 244.

V.

Venalia an contineantur in
legato Bonorum, pag. 84.

*An intelligantur tacite pi-
gnerata domino locatori pro pen-
sione praedii,* 86.

*Usucapio an prohibita censetur,
prohibita alienatione,* 124.

*Usuarius & Usufructuarius an
possint constituere censum, cu-
jus habent usum & usumfru-
ctum,* 463.

*Ususfructus cum venditur, quid
transferatur in Emptorem,* 96.

*Ususfructus, quem habet Pater in
bonis Filii adventitiiis, quibus
in rebus distat a communi Usu-
fructu,* 99.

*Ususfructus an & quando sub do-
minio*

R E R U M,

*minio comprehendatur, 117.
 Usufructuarius universalis ex te-
 stamento debet possessionem e mo-
 nu heredis nancisci. 108.*

*Usura vel fructus an debeantur,
 lite contestata cum Donatore,
 qui rem donatam non restituit,
 324.*

**Sacrosanctæ Individuæ Trinitati Laus,
 Honor, & Gloria. Amen.**

